

МВД России
Санкт-Петербургский университет

А.Е. Чечетин

**ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВ ЛИЧНОСТИ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ
ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ**

Монография

Санкт-Петербург
2016

УДК 343
ББК 67.411
Ч 57

Чечетин А.Е.

Ч 57 Обеспечение прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий: монография. СПб.: Изд-во СПб ун-та МВД России, 2016. — 232 с.

Монография посвящена вопросам соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина при проведении оперативно-розыскных мероприятий в контексте решений Конституционного Суда Российской Федерации.

В работе раскрываются: понятие, структура, классификация и правовая основа оперативно-розыскных мероприятий; проводится анализ современного состояния и рассматриваются основные направления обеспечения прав личности при их подготовке и проведении.

Работа предназначена для сотрудников территориальных органов внутренних дел, курсантов, слушателей, адъюнктов образовательных организаций системы МВД России, студентов, аспирантов юридических факультетов гражданских вузов, преподавателей и научных работников, изучающих общеправовую и оперативно-розыскную тематику.

**УДК 343
ББК 67.411**

Рецензенты:

Луговик В.Ф., доктор юридических наук, профессор
(Омская академия МВД России);

Парадеев И.П., начальник Управления уголовного розыска
ГУ МВД России по г. Санкт-Петербургу и Ленинградской области

© Санкт-Петербургский университет
МВД России, 2016

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	4
Глава 1. ПРАВА ЛИЧНОСТИ И ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫЕ МЕРОПРИЯТИЯ	6
§ 1. Уважение прав и свобод человека и гражданина как принцип оперативно-розыскной деятельности	6
§ 2. О правовой основе оперативно-розыскных мероприятий	22
§ 3. Решения Конституционного Суда в системе правового регулирования оперативно-розыскных мероприятий	39
Глава 2. ПОНЯТИЕ, СТРУКТУРА И КЛАССИФИКАЦИЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ.....	55
§ 1. О понятии оперативно-розыскных мероприятий.....	55
§ 2. Структура оперативно-розыскных мероприятий.....	68
§ 3. Классификация оперативно-розыскных мероприятий.....	81
Глава 3. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВ ЛИЧНОСТИ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ В СЕТЯХ СВЯЗИ	92
§ 1. Правовой режим доступа субъектов оперативно-розыскной деятельности к сведениям операторов связи.....	92
§ 2. Контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений	103
§ 3. Прослушивание телефонных переговоров	114
§ 4. Снятие информации с технических каналов связи.....	139
Глава 4. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВ ЛИЧНОСТИ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ ИНЫХ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ	150
§ 1. Обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств	150
§ 2. Проверочная закупка.....	168
§ 3. Оперативный эксперимент	186
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	215
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ	218

ВВЕДЕНИЕ

Государство не может называться правовым, если оно не обеспечивает надежной защиты граждан от преступных посягательств. В то же время борьба с преступностью в правовом государстве должна вестись исключительно правовыми средствами, предполагающими соблюдение прав и свобод личности. Данное требование имеет особое значение для оперативно-розыскной деятельности (далее — ОРД), осуществляемой преимущественно негласными методами, и без которой невозможно обнаружение и раскрытие, прежде всего, организованной преступной деятельности и коррупции. Не случайно законодатель в число основных принципов этой деятельности включил обязательность уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина.

Оперативно-розыскная деятельность, как следует из ее законодательного определения, осуществляется посредством оперативно-розыскных мероприятий (далее — ОРМ), которые наряду с несомненными познавательными достоинствами в силу своей конспиративности сопряжены с потенциальной опасностью необоснованного ограничения конституционных прав личности¹. Нарушение этих прав оперативными сотрудниками уполномоченных органов является одной из серьезных проблем правоохранительной деятельности, о чем свидетельствуют многочисленные жалобы, поступающие в Конституционный Суд Российской Федерации, к Уполномоченному по правам человека в Российской Федерации, а также в Европейский Суд по правам человека (далее — ЕСПЧ). Распространенность нарушений прав личности при осуществлении ОРД обуславливает формирование негативного отношения участников уголовного процесса к результатам оперативно-розыскных мероприятий и препятствует их более широкому использованию в уголовном судопроизводстве. В связи с этим повышение эффективности использования ОРМ в борьбе с преступностью должно сопровождаться укреплением гарантий прав личности при их проведении. Решение этой двуединой задачи связано с необходимостью решения комплекса проблем правового, организационного и тактического характера, рассмотрению части из которых посвящена предлагаемая работа.

В основу монографии положены отдельные материалы защищенной в 2006 году докторской диссертации автора по одноименной теме, результаты анализа материалов обращений о проверке конститу-

¹ См.: Кудрявцев В.Н. Стратегии борьбы с преступностью. М., 2003. С. 110.

ционности норм Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее — Закон об ОРД), поступивших в Конституционный Суд Российской Федерации за период с 2008 по 2016 годы, судебной практики Верховного Суда Российской Федерации, решений ЕСПЧ, а также изучения юридической литературы по проблемам обеспечения прав личности в правоохранительной деятельности.

Глава 1. ПРАВА ЛИЧНОСТИ И ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫЕ МЕРОПРИЯТИЯ

§ 1. Уважение прав и свобод человека и гражданина как принцип оперативно-розыскной деятельности

Конституция Российской Федерации установила, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью; признание, соблюдение и защита прав и свобод человека — обязанность государства (ст. 2); в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией (ст. 17). Эти конституционные установления получили закрепление в ст. 3 Закона об ОРД в качестве одного из принципов этой деятельности, сформулированного как уважение и соблюдение прав и свобод человека и гражданина. Это требование согласно воле законодателя должно стать одним из основополагающих начал и руководящих идей всей ОРД.

Уважение прав и свобод означает не только их признание законодателем в качестве приоритетных по отношению к другим социальным ценностям, но и требует глубокого понимания этого каждым оперативным сотрудником правоохранительных органов при выполнении своих профессиональных обязанностей. Поскольку целью ОРД является защита жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, нельзя защищая права одних лиц пренебрегать при этом законными правами и интересами других граждан. Соблюдение прав и свобод, в свою очередь, должно предполагать строгое следование законодательной процедуре проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, а также принятие необходимых мер по их восстановлению в случае нарушения.

Принцип уважения и соблюдения прав и свобод в процессе осуществления ОРД в первую очередь распространяется на законопослушных граждан, которые могут оказаться в числе близких (родственных) связей лиц, ставших объектами ОРД. В отношении таких лиц недопустимо безосновательное ограничение их конституционных прав и свобод. В то же время Конституционный Суд признал возможным распространение ОРМ на лиц, вступающих в контакты с объектом, в отношении которого осуществляются эти мероприятия постольку, поскольку задача ОРМ заключается в установлении преступных связей проверяемого лица, т. е. тех, кто причастен к противоправной деятельности¹.

¹ П. 7 Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 1998 г. № 86-О // СПС «Консультант Плюс».

Не менее важное значение имеет защита прав и свобод граждан, оказывающих содействие правоохранительным органам государства, в том числе на конфиденциальной основе. Статьи 16, 17 и 18 Закона об ОРД наделяют их дополнительными правами: правом на вынужденное причинение вреда правоохраняемым интересам при правомерном осуществлении своего общественного долга; правом на сохранение конфиденциальности; на правовую защиту и физическую защиту в случае возникновения реальной угрозы их жизни, здоровью или собственности; правом на пенсионное обеспечение и рядом других специальных прав.

Принцип уважения и соблюдения прав и свобод в полной мере распространяется и на лиц, замысливающих, подготавливающих и совершающих преступления и ставших в связи с этим объектами ОРД. Несмотря на то, что эти лица сознательно идут на нарушение закона, они не лишаются неотъемлемых конституционных прав, которые не могут ограничиваться ни при каких условиях, даже в отношении закоренелых правонарушителей. К таким правам Конституция РФ, в частности, относит право на достоинство личности (ст. 21), на судебную защиту своих прав и свобод (ст. 46), на получение квалифицированной юридической помощи (ст. 48), на возмещение вреда, причиненного незаконными действиями должностных лиц органов государственной власти (ст. 53) и некоторые другие.

Механизм защиты отдельных конституционных прав личности в оперативно-розыскной деятельности в общих чертах регламентирован в ст. 5 Закона об ОРД. В части 1 данной статьи закреплена обязанность должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, обеспечивать соблюдение прав человека на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции. Формулировка данной правовой нормы, по нашему мнению, толкуется учеными недостаточно полно. Так, А.Ю.Шумилов прокомментировал ее суть как обязанность оперативно-розыскных органов и их должностных лиц воздерживаться от совершения запрещенных правовыми нормами предписаний¹, а Д.В. Ривман — как требование точного исполнения норм оперативно-розыскного законодательства². Такое понимание нормы ближе к сути принципа законности, который

¹ Шумилов А.Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С постатейным приложением нормативных правовых актов и документов. 6-е изд., испр. и доп. М., 2004. С. 46.

² Ривман Д.В. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». СПб., 2003. С. 60.

тесно взаимосвязан с принципом уважения и соблюдения прав и свобод личности, но носит самостоятельный характер.

Следует обратить внимание на то, что ключевым в данной норме является предписание «обеспечивать соблюдение прав», смысл которого законодатель не раскрывает. Такого понятия нам не удалось обнаружить и в юридической литературе, а поэтому его можно признать новым для правовой терминологии, в связи с чем возникает необходимость определения его сущности.

Новизна исследуемого понятия заключается в том, что используемые здесь слова «обеспечение» и «соблюдение» применяются в юридической науке для формирования двух различных категорий: соблюдение права и обеспечение права. Под соблюдением права в теории понимается форма его реализации, которая заключается в воздержании субъектов права от совершения запрещенных нормой права действий¹. Отсюда следует, что соблюдать права означает строго их выполнять и не допускать нарушений. В свою очередь, под обеспечением прав личности понимается создание благоприятных условий для их реализации и защиты², а также систему их гарантирования, обеспечивающую правомерную реализацию³. Таким образом, нетрудно увидеть, что смысл второго понятия совершенно иной.

Поскольку законодатель объединил два этих понятия в одно, то и рассматривать их необходимо в комплексе, как создание условий, возможностей, исключающих нарушение прав. Перечень этих условий включает целый спектр правовых, организационных, воспитательных и иных мер, которые будут гарантировать соблюдение прав граждан⁴. Таким образом, под обеспечением соблюдения прав личности в ОРД следует понимать *осуществление комплекса правовых, организационных и иных мер, создающих необходимые предпосылки для точного выполнения нормативных предписаний, касающихся оснований, условий и порядка проведения оперативно-розыскных мероприятий и исключающих необоснованное ограничение таких прав*. Пред-

¹ Бабаев В.К., Баранов В.М. Общая теория права: Краткая энциклопедия. Н. Новгород, 1997. С. 137; Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах / Отв. ред. М.Н.Марченко. 3-е изд., перераб. и доп. Том 2: Право. М., 2007. С.709.

² Ростовщиков И.В. Реализация прав личности и деятельность органов внутренних дел. Волгоград, 1996. С. 36.

³ Конституционный статус личности в СССР. М., 1980. С. 195–196.

⁴ Ефремов А.М. Обеспечение прав и свобод личности в оперативно-розыскной деятельности: Монография. Иркутск, 2000. С. 59–69.

лагаемое определение законодательного понятия представляется возможным использовать в качестве базового для его дальнейшего уточнения и развития.

При анализе части первой ст. 5 Закона об ОРД нельзя не обратить внимания на то, что она закрепляет обязанность органов (должностных лиц), осуществляющих ОРД, на обеспечение соблюдения трех конкретных прав на «неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции». Однако это предписание следует толковать расширительно как необходимость соблюдения всех иных конституционных прав, в том числе, напрямую не указанных в данной норме. Такой вывод вытекает из самой сути конституционного принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина.

Кроме того, вызывает вопрос использование законодателем в рассматриваемой норме такого понятия как «тайна корреспонденции», которое не встречается ни в Конституции РФ, ни в Федеральных законах «О почтовой связи», «Об информации, информатизации и защите информации», не используется оно и в иных нормах оперативно-розыскного закона. Скорее всего, законодатель заимствовал данное понятие из текстов Всеобщей декларации прав человека (ст. 12), Международного пакта о гражданских и политических правах (ст. 17) и Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (ст. 8), в которых право на уважение корреспонденции охватывает все формы связи между частными лицами¹. Использование данного понятия можно расценить как политический акт, подчеркивающий практические шаги России по имплементации международных правовых норм в отечественное законодательство. Однако такой прием в данном случае представляется нам не вполне удачным, поскольку он порождает проблему соотношения международного правового термина с уже существующим конституционным понятием права на «тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений» и нарушает принцип единства правовой терминологии. В связи с этим нам представляется уместным рекомендовать законодателю заменить международно-правовой термин в ст. 5 Закона об ОРД на конституционный.

Обеспечение конституционных прав личности при проведении ОРМ имеет двойственную природу, поскольку с одной стороны предполагает их защиту, а с другой — предполагает их правомерное

¹ Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М., 1998. С. 299.

ограничение. В полном соответствии с нормами международного права ст. 55 Конституции РФ установила, что права и свободы человека могут быть ограничены федеральным законом в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Как следует из положений ст. 1 Закона об ОРД ограничение отдельных прав граждан в процессе ОРД преследует публичные интересы — защиту жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечение безопасности общества и государства от преступных посягательств¹. А поскольку ОРД ориентирована на защиту конституционно признанных целей, то и возможность ограничения отдельных прав соответствует конституционным требованиям.

Под ограничением конституционных прав следует понимать установленные федеральным законом случаи, при наступлении которых начинают функционировать правила, уменьшающие (стесняющие, сужающие) границы действия основных прав личности². Такие правила закреплены Законом об ОРД, который предусмотрел возможность ограничения конституционных прав граждан в деятельности оперативно-розыскных служб.

Следует отметить, что в литературе нередко встречается неоправданно узкий подход к понятию ограничения конституционных прав граждан при проведении ОРМ, сторонники которого полагают возможным делить все ОРМ на две категории: ограничивающие и не ограничивающие конституционные права граждан³. Такой подход, на наш взгляд, является методологически ошибочным, поскольку подавляющая часть ОРМ в той или иной степени ограничивает конституционные права личности.

В части первой ст. 5 Закона об ОРД, прежде всего, закреплена необходимость обеспечения права на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, гарантированного ч. 1 ст. 23 Кон-

¹ Вагин О.А. Конституционные проблемы оперативно-розыскной деятельности: Научный доклад // Конституционно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности: Сб. мат-лов Всеросс. круглого стола 3 ноября 2011 г. СПб., 2102. С.7.

² Кальницкий В.В., Марфицин П.Г. Производство следственных действий, сопряженных с ограничением конституционных прав граждан. Омск, 2004. С. 14.

³ Дубоносов Е.С. Основы оперативно-розыскной деятельности / Под ред. Г.К. Синилова. М., 2002. С. 97; Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия: Общие положения. СПб., 2004. С. 55.

ституции РФ. Реализация этого законодательного требования осложняется тем, что содержание понятия «частная жизнь» нормативно не определено¹. В связи с этим для теории и практики ОРД представляется весьма важным иметь четкое представление о содержании права на неприкосновенность частной жизни и его соотношении с другими личными правами граждан, закрепленными в Конституции РФ.

Содержание этого права в общих чертах раскрывается в комментариях к ст. 23 и 24 Конституции РФ, авторы которых включают сюда сферу личных, интимных, семейных, бытовых и иных отношений человека с окружающим миром, не связанных с выполнением служебных обязанностей. Составными элементами, или отдельными сторонами, частной жизни при этом определяются неприкосновенность жилища, тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, тайна денежных вкладов, состояние здоровья, тайна исповеди, тайна нотариальных действий, а также другие сведения, являющиеся его личной или семейной тайной и которые человек не желает предавать огласке². Другие авторы, дополняя указанный перечень, к сфере частной жизни относят также брак, деторождение, усыновление, развод, раздел имущества, семейный бюджет, распоряжение собственностью³, тайну голосования, сведения о фактах биографии, о роде занятий и совершенных поступках, о взглядах, оценках, убеждениях; об отношениях в семье или об отношениях человека с другими людьми⁴. По мнению Европейского Суда по правам человека, понятие частной жизни включает такие элементы индивидуальности лица, как его имя или изображение⁵. Таким образом, понятие «частная жизнь» охватывает самые разнообразные стороны жизнедеятельности человека кроме его официальной,

¹ Тюрин П.Ю. Конституционное право человека и гражданина на неприкосновенность жилища в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С. 11–12.

² Конституция Российской Федерации: Комментарий / Под ред. Б.Н. Топорнина, Ю.М. Батурина, Р.Г. Орехова. М., 1994. С. 149–150; Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. В.В. Лазарева. М., 1997. С. 113; Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. В.Д. Зорькина. 2-е изд., пересмотр., М., 2011. С. 226–231.

³ Петрухин И.Л. Частная жизнь (правовые аспекты) // Государство и право. 1999. № 1. С. 64.

⁴ Мазуров В.А. Уголовно-правовая защита тайны: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2001. С. 18.

⁵ Подольская против Российской Федерации // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2005. № 3. С. 36.

служебной деятельности, но граница между частной жизнью и жизнью, имеющий социальный характер, достаточно условна¹.

Эта условность наглядно проявляется при попытке разграничения поступков людей, относящихся к сфере частной жизни, от противоправных действий. Конституционный Суд в своих решениях неоднократно отмечал, что преступное деяние не относится к сфере частной жизни, право на неприкосновенность которой означает предоставленную человеку и гарантированную государством возможность контролировать информацию о самом себе, препятствовать разглашению сведений личного, интимного характера. В понятие «частная жизнь» включается та область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если она носит непротивоправный характер². Однако этим разъяснениями, к сожалению, не исчерпывается вся широта и глубина понятия «частная жизнь». Размышления над таким судебным разъяснением могут вызвать множество вопросов: какова взаимосвязь противоправной деятельности человека с его интимными, семейными и иными личными отношениями; какие сферы частной жизни затрагиваются противоправной деятельностью, а какие не затрагиваются; какие сведения о личности человека касаются преступного деяния, а какие не касаются; будут ли, например, относиться к частной жизни сведения медицинского характера о сексуальной патологии насильника или сведения о банковских вкладах взяточника? Пытаясь найти ответы на эти вопросы, мы исходим из того, что преступные деяния самым тесным образом связаны со всеми сторонами жизнедеятельности человека, в том числе и самыми интимными, и чем большее место в жизни человека занимает противоправная деятельность, тем меньше становится сфера, относящаяся к его частной жизни, на неприкосновенность которой он может претендовать.

Немаловажным аспектом рассматриваемого вопроса является определение соотношения права на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну с другими личными правами граждан. В тексте Конституции РФ, как известно, право на неприкосновенность частной жизни отделено от права на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, ко-

¹ Романовский Г.Б. Конституционное регулирование права на неприкосновенность частной жизни: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1997. С. 10.

² Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 1998 г. № 86-О, от 9 июня 2005 г. № 248-О, от 16 июля 2013 г. № 1163-О.

торое закреплено в ч. 2 ст. 23, а право на неприкосновенность жилища вообще вынесено в отдельную статью. В связи с этим вполне оправданным представляется рассматривать переписку, телефонные переговоры и иные виды почтовой связи, а также жилище граждан в качестве отдельных аспектов частной жизни¹. Если право на неприкосновенность частной жизни относится к категории основных прав, то право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений — к категории дополнительных (специальных) прав². Иными словами, право на неприкосновенность частной жизни соотносится с правом на тайну корреспонденции и неприкосновенность жилища как общее и конкретное (частное).

Одной из законодательных гарантий обеспечения прав личности является установление запрета (часть вторая ст. 5 Закона об ОРД) на осуществление ОРД для достижения целей и задач, не предусмотренных законом. Этот запрет распространяется на проведение ОРМ в интересах частных охранных предприятий, частных детективов, служб безопасности, хозяйственных и коммерческих структур, а также сбор компрометирующей информации на лиц, обратившихся с заявлением о совершенных в их отношении правонарушениях, обжалующих неправомерные действия должностных лиц, выступающих с публичной критикой в адрес правоохранительных органов.

В части 3 статьи 5 Закона об ОРД конкретизировано закрепленное в Конституции РФ право граждан на обжалование в суд действий органов государственной власти и должностных лиц. Право на обжалование действий органов, осуществляющих ОРД, в первую очередь распространяется на случаи нарушения основных прав и свобод граждан, закрепленных в Конституции РФ: на достоинство личности (ст. 21), на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, на тайну переписки и телефонных переговоров (ст. 23, на ознакомление с документами и материалами, затрагивающими их права и интересы (ст. 24), на неприкосновенность жилища (ст. 25) и некоторых других. Кроме того, могут обжаловаться случаи нарушения ряда специфических прав, которыми наделяются граждане, оказывающие содействие

¹ Толкачев К.Б. Методологические и правовые основания реализации личных конституционных прав и свобод и участие в ней органов внутренних дел. СПб., 1997. С. 62.

² Бурьлов А.В. Право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений в Российской Федерации (конституционно-правовой анализ): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 14.

правоохранительным органам на конфиденциальной основе. Право на обжалование, как указано в пункте 2 Определения Конституционного Суда от 14 июля 1998 г. № 98-О, возникает у граждан даже если они только полагают, что действия должностных лиц оперативных аппаратов привели к нарушению их прав и свобод.

Вместе с тем, статья 5 Закона об ОРД, закрепляя право на обжалование действий органов, осуществляющих ОРД, не регламентирует судебную процедуру рассмотрения таких жалоб, которая в то же время не предусмотрена ни в уголовно-процессуальном, ни в гражданско-процессуальном ни в административно-процессуальном законодательстве. В этой ситуации суды общей юрисдикции, нередко не вникая в суть жалоб, отказывают в их удовлетворении, мотивируя это тем, что они им неподсудны. Данная проблема неоднократно поднималась в жалобах граждан в Конституционный Суд, в которых приводились многочисленные примеры, когда в ответ на жалобу о действиях оперативных сотрудников до возбуждения уголовного дела, поданную в порядке статьи 125 УПК РФ, суды общей юрисдикции уведомяли заявителей, что жалоба подлежит рассмотрению в гражданско-правовом порядке, а в ответ на жалобу, поданную в порядке главы 25 ГПК РФ, отвечали, что ее надо рассматривать в уголовно-процессуальном порядке.

В решениях Конституционного Суда по такого рода жалобам отмечалось, что разрешение вопросов, касающихся определения правовой природы отношений, возникающих между гражданами и сотрудниками органа, осуществляющего ОРД, по поводу действий, совершаемых до возбуждения уголовного дела, и, соответственно, выбора законодательных норм, подлежащих применению при судебном обжаловании этих действий, относится к полномочиям судов общей юрисдикции¹. Такая позиция Конституционного Суда была поддержана Пленумом Верховного Суда РФ, который в своем Постановлении от 10 февраля 2009 г. № 1 установил, что по смыслу части третьей ст. 5 Закона об ОРД в порядке статьи 125 УПК РФ могут быть обжалованы лишь те решения и действия должностных лиц оперативно-розыскных органов по выявлению, пресечению преступлений, а также проверке поступивших заявлений и иных сообщений о совершенном или готовящемся преступлении, которые были направлены на выполнение поручения следователя, руководителя следственного органа и органа дознания. Во всех иных случаях согласно пункту 7

¹ Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 1 апреля 2008 г. № 386-О-О, от 19 февраля 2009 г. № 114-О-О.

Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 2 действия должностных лиц, совершенные ими при осуществлении ОРМ, могут быть оспорены в порядке, предусмотренном главой 25 ГПК РФ. С принятием Кодекса об административном производстве, упразднившим указанную главу ГПК РФ, право граждан на судебное обжалование действий оперативных сотрудников может быть реализовано в процедуре, предусмотренной главой 22 данного Кодекса. Однако жалобы, поступающие в Конституционный Суд, свидетельствуют о том, что судебная практика пока не отрегулировала процедуры рассмотрения таких жалоб, а потому без помощи законодателя эта проблема вряд ли разрешится сама собой.

Право обжалования решений и действий должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, в соответствии с частью 3 статьи 46 Конституции РФ может быть также реализовано путем обращения в международные органы по защите прав и свобод человека, прежде всего, в Европейский Суд по правам человека. К середине 2016 года ЕСПЧ рассмотрел уже более пяти десятков жалоб российских граждан на нарушение их прав при проведении ОРМ, по большей части из которых заявителем была присуждена материальная компенсация. Наиболее известными из числа таких решений являются постановления по делам «Ваньян против Российской Федерации» от 15 декабря 2005 года, «Худобин против Российской Федерации» от 26 октября 2006 года, «Быков против Российской Федерации» от 10 марта 2009 года, «Веселов и другие против Российской Федерации» от 3 октября 2012 года и другие¹.

Согласно ч. 2 ст. 24 Конституции РФ, органы государственной власти и их должностные лица, к числу которых относятся и оперативные сотрудники правоохранительных органов, обязаны обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом. Статья 5 Закона об ОРД регламентирует порядок реализации этой конституционной нормы в ОРД, определяя процедуру доступа граждан к сведениям, собранным в процессе проводившихся в отношении них ОРМ.

В части четвертой этой статьи установлено, что право на ознакомление с результатами ОРД возникает у лица, виновность которого в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке, т. е. «в отношении которого в возбуждении уголовного дела отказано

¹ Полные тексты указанных постановлений размещены в СПС «Консультант Плюс».

либо уголовное дело прекращено за отсутствием события преступления или отсутствием в деянии состава преступления». Таким образом, законодатель предусмотрел два вида процессуальных решений, которые могут быть основаниями для наделения лица правом на ознакомление с информацией, полученной в процессе ОРД. Однако следует иметь в виду, что УПК РФ содержит значительно более широкий перечень случаев, когда констатируется недоказанность виновности лица. К ним, в частности, относится прекращение уголовного преследования в связи с непричастностью подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления, вынесение оправдательного приговора, полная или частичная отмена вступившего в законную силу обвинительного приговора суда и некоторые другие случаи. С учетом этого право на ознакомление с результатами ОРД возникает у более широкого круга лиц, чем это предусмотрено ст. 5 Закона об ОРД.

Как установил Конституционный Суд, по смыслу этой статьи в сочетании с нормами Конституции РФ и уголовно-процессуального законодательства реабилитирующее уголовно-процессуальное решение должно быть принято во всех случаях, включая прекращение дела оперативного учета ввиду невозможности решения задач ОРД. Таким образом, официальное неподтверждение в ходе проведения ОРМ наличия оснований для возбуждения уголовного дела и прекращение в этой связи дела оперативного учета (даже если уголовно-процессуальное решение об отказе в возбуждении уголовного дела не принято) дают гражданам право истребовать от органа, осуществляющего ОРД, сведения о полученной о нем информации¹.

Право лица на истребование сведений о полученной о нем информации возникает при наличии двух условий: 1) оно должно располагать фактами проведения в отношении него оперативно-розыскных мероприятий и 2) полагать, что при этом были нарушены его права. Это в свою очередь означает, что гражданин не обязан доказывать наличие у него подобных фактов и подтверждать причинение ему морального ущерба, вызванного вторжением в его частную жизнь. Следовательно, обязанность сотрудников оперативно-розыскной службы предоставить гражданину полученные о нем оперативно-розыскные сведения порождается одним лишь решением о прекращении уголовно-процессуального производства по реабилитирующим основаниям либо решением о прекращении оперативно-розыскных мероприятий в связи с отсутствием оснований для возбуждения уголовного дела.

¹ Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 1998 г. № 86-О, от 22 ноября 2012 г. № 2046-О.

В случае поступления заявления гражданина о предоставлении сведений о касающейся его информации соответствующий оперативно-розыскной орган обязан предоставить их в пределах, допускаемых требованиями конспирации и исключающих возможность разглашения государственной тайны. При этом в соответствии с пунктом 3 Определения Конституционного Суда от 14 июля 1998 г. № 86-О, не подлежат отнесению к государственной тайне и засекречиванию сведения о фактах нарушения прав и свобод граждан и о фактах нарушения законности должностными лицами органов государственной власти. Здесь же определено, что ст. 12 Закона об ОРД не может служить основанием для отказа лицу в возможности ознакомления с полученными в результате ОРД сведениями, непосредственно затрагивающими его права и свободы, но не относящимися к выполнению задач ОРД. Вместе с этим Конституционный Суд указал, что у гражданина нет конституционного права на истребование всей собранной о нем информации, если ОРМ осуществлялись с соблюдением требований Конституции и в рамках закона.

Закон об ОРД не содержит предписания знакомить гражданина с оперативно-служебными документами, а потому интересующая его информация может оформляться справкой, в которую включаются те сведения, которые содержатся в делах оперативного учета либо других оперативно-служебных документах. Отказ в ознакомлении с информацией также должен быть письменным.

В случае, если будет отказано в предоставлении запрошенных сведений или если заявитель полагает, что сведения получены не в полном объеме, он вправе обжаловать это в судебном порядке. При этом в процессе рассмотрения дела в суде обязанность доказывать обоснованность отказа в предоставлении заявителю сведений возлагается на соответствующий орган, осуществляющий ОРД. Этот же орган обязан по требованию судьи предоставить оперативно-служебные документы, содержащие сведения, в ознакомлении с которыми заявителю было отказано. Реально это означает, что судья должен иметь доступ ко всем делам оперативного учета, без чего судебное разбирательство становится беспредметным. В случае признания решения должностного лица оперативно-розыскного органа об отказе в предоставлении необходимых сведений заявителю необоснованным судья может обязать предоставить требуемые сведения.

Обеспечение в ОРД права на ознакомление с документами и материалами, непосредственно затрагивающими права человека, а также права на судебную защиту непосредственно связано с возможностью

ознакомления с судебными решениями, разрешающими проведение ОРМ, ограничивающих их права. Этот вопрос законодателем, к сожалению, никак не урегулирован, а потому на практике нередко возникают конфликты, связанные с отказом в ознакомлении с такими судебными решениями, что порождает жалобы в Конституционный Суд.

Так, поводом к одному из таких обращений стали отказы судов общей юрисдикции в рассмотрении жалобы гр-на М. на законность судебного решения о прослушивании его телефонных переговоров со ссылкой на отсутствие заверенной копии обжалуемого постановления, которую заявитель не смог получить ни в суде, его вынесшем, ни в оперативно-розыскном органе, где оно хранилось, а его жалобы в Верховный Суд о признании необоснованным таких отказов были также оставлены без рассмотрения. В решении Конституционного Суда по этой жалобе отмечалось, что право на судебную защиту предполагает предоставление лицу доступа — в форме и порядке, исключающих возможность разглашения государственной или иной охраняемой законом тайны, — к соответствующей информации для незамедлительного обращения в суд. При этом нормы УПК РФ не предполагают возможность отказа в рассмотрении надзорной жалобы ввиду непредставления заявителем копии обжалуемого решения, поскольку суд сам вправе истребовать любое уголовное дело и тем самым восполнить указанный недостаток, если копия обжалуемого решения не может быть представлена лицом по независящим от него причинам¹.

В решениях по другим жалобам Конституционный Суд отмечал, что нормы Закона об ОРД не содержат запрета на выдачу копии обжалуемого судебного решения, а право обвиняемого на получение такой копии, предусмотренное пунктом 18 части четвертой ст. 47 УПК РФ, может быть реализовано путем направления запроса в орган, осуществляющий ОРД, где в соответствии с законом этот документ хранится; более того, результаты ОРМ, проводимых на основании судебных решений, должны представляться следователю или в суд именно вместе с копиями этих судебных решений².

Таким образом, Конституционный Суд неоднократно подтвердил свою правовую позицию о том, что положения статьи 5 Закона об ОРД не допускают возможности отказа в ознакомлении с судебными решениями, разрешающими проведение ОРМ, и в обжаловании этих решений. Его решения по этому вопросу обязывают органы, осуществляющие

¹ Определение Конституционного Суда от 21 декабря 2006 г. № 590-О.

² Определения Конституционного Суда от 24 июня 2008 года № 356-О-О, от 15 июля 2008 г. № 460-О-О, от 16 апреля 2009 года № 404-О-О и др.

ОРД, в случае поступления соответствующего запроса предоставлять копию судебного решения лицу, чьи права были ограничены при проведении ОРМ.

Важное значение в обеспечении права на неприкосновенность частной жизни имеет законодательное ограничение сроков хранения информации оперативного характера на лиц, чья виновность не доказана в законном порядке, что препятствует необоснованному накоплению в массивах оперативных учетов персональных данных. Такая информация содержится в оперативно-служебных документах, отражающих результаты отдельных ОРМ (рапорты, справки, акты, сводки наблюдения и т. д.), на физических носителях информации (кассеты с аудио-, видео-записями, фотографии, кино- и фотопленки), а также в делах оперативного учета, где эти документы и физические носители информации концентрируются и хранятся. Материалы с оперативной информацией могут храниться один год, а затем подлежат уничтожению.

Срок хранения таких материалов может продлеваться, если того требуют правосудие или служебные интересы. Потребность более длительного срока хранения оперативных материалов возникает, как правило, тогда, когда данные, собранные оперативным путем, недостаточны для привлечения лица к уголовной ответственности, но свидетельствуют о его криминальной активности, а потому в ведомственных нормативных актах органов, осуществляющих ОРД, устанавливаются более продолжительные сроки хранения отдельных оперативно-служебных документов. В случаях же установления необоснованности заведения дела оперативного учета, т. е. полной непричастности лица к совершению преступлений, сроки хранения материалов не могут превышать установленного законом предела.

Необходимость более длительного хранения оперативных материалов возникает также в интересах правосудия, в частности, в случае подачи жалобы в суд на действия оперативных аппаратов. Следуя логике законодательства, течение срока хранения материалов должно приостанавливаться в момент поступления жалобы в суд, т. к. суду они будут необходимы для рассмотрения жалобы по существу. Для этого судья, принявший жалобу к рассмотрению, должен уведомить руководителя оперативного аппарата о необходимости сохранения имеющихся материалов до особого распоряжения. В подобных ситуациях окончательное решение о сроках дальнейшего хранения либо уничтожении материалов должно приниматься судебными инстанциями.

Для фонограмм и других материалов, полученных в результате прослушивания телефонных и иных переговоров лиц, в отношении

которых не было возбуждено уголовное дело, законодатель предусмотрел сокращенный 6-месячный срок хранения. При этом об уничтожении материалов, отражающих результаты ОРМ, проведенных на основании судебного решения, должен уведомляться судья, давший такое разрешение, а при его отсутствии — председатель судебного органа, в составе которого работал судья. Однако реализация этих положений сопряжена с определенными проблемами, на которых мы подробно остановимся в соответствующем разделе монографии. О наличии проблем, связанных со сроками хранения персональных данных, свидетельствуют и решения ЕСПЧ, который, в одном из постановлений установил нарушение прав заявителя действиями полиции Великобритании, которая отказалась уничтожить отпечатки пальцев и образцы ДНК подозреваемых, чья виновность в совершении преступления не была установлена¹.

Важной гарантией обеспечения конституционных прав личности в ОРД является установление законодательного запрета на разглашение сведений, затрагивающих неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, которые стали известными в процессе проведения ОРМ. Такие сведения не могут предаваться огласке ни в устной, ни в письменной форме, в том числе через средства массовой информации. Для реализации этого требования представляется целесообразным предупреждать участников ОРМ о недопустимости разглашения данных, затрагивающих неприкосновенность частной жизни граждан, а в отдельных случаях отбирать подписку с предупреждением об ответственности по статье 310 УК РФ.

Сведения, затрагивающие неприкосновенность частной жизни, могут предаваться огласке без согласия граждан лишь в случаях, предусмотренных федеральными законами. К таким случаям, прежде всего, относится оглашение сведений в процессе допроса лица в качестве свидетеля по уголовному делу. Конституционное право граждан на неприкосновенность частной жизни не означает, что информация о личных и семейных тайнах, о частной жизни лица не может быть предметом свидетельских показаний.

В части девятой ст. 5 Закона об ОРД установлена обязанность вышестоящего органа, прокурора или суда принять меры по восстановлению нарушенных в процессе осуществления ОРМ прав и законных интересов физических или юридических лиц. Эта норма направ-

¹ Постановление по делу «С. и Марпер против Соединенного Королевства» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2005. № 10. С. 29.

лена на обеспечение права каждого на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц, гарантированного статьей 53 Конституции РФ.

В случае нарушения прав граждан в процессе оперативно-розыскной деятельности сотрудники, ее осуществлявшие, могут быть привлечены к юридической ответственности. Несмотря на то, что действующее российское законодательство не предусматривает специальной юридической ответственности за нарушения Закона об ОРД, такая ответственность наступает в случаях, когда поведение должностных лиц содержит признаки правонарушений, уже предусмотренных в уголовном, административном или гражданском законодательстве.

Наиболее серьезные последствия для оперативных сотрудников могут наступить за нарушения требований закона об обеспечении конституционных прав граждан. В действующем законодательстве предусмотрена уголовная ответственность за нарушение неприкосновенности частной жизни (ст. 137 УК РФ), за нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений (ст. 138 УК РФ), за незаконное проникновение в жилище граждан (ст. 139 УК РФ), за неправомерный отказ в предоставлении гражданину информации, непосредственно затрагивающей его права и свободы, если его виновность в совершении преступления не доказана (ст. 140 УК РФ). За предание гласности сведений о лицах, оказывающих или оказывавших правоохранительным органам содействие на конфиденциальной основе, должностные лица могут быть привлечены к уголовной ответственности за разглашение государственной тайны (ст. 283 УК РФ) или за утрату документов, содержащих государственную тайну (ст. 284 УК РФ). Уголовная ответственность также может наступить за нарушения закона, содержащие признаки злоупотребления должностными полномочиями (ст. 285 УК РФ), превышения должностных полномочий (ст. 286 УК РФ), халатности (статья 293 УК РФ), фальсификации результатов ОРД (ст. 303 УК РФ), провокации взятки либо коммерческого подкупа (ст. 304 УК РФ).

Подводя итог вышеизложенному следует отметить, что положения статьи 5 Закона об ОРД, которая по своему содержанию является одной из наиболее объемных и насыщенных в этом законе, следует рассматривать лишь как один из элементов законодательного механизма обеспечения прав личности при осуществлении ОРД. Важное место в этом механизме занимают многие другие нормы Закона

об ОРД, регулирующие оперативно-розыскные мероприятия, основания, условия их проведения, порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ, права и обязанности субъектов ОРД, которые будут рассмотрены в следующих разделах монографии.

§ 2. О правовой основе оперативно-розыскных мероприятий

Важное значение в механизме обеспечения прав и свобод личности при проведении ОРМ имеет полнота и точность их правового регулирования в законодательных и иных нормативных правовых актах, устанавливающих виды ОРМ, основания, условия и порядок их проведения, а также права и обязанности их субъектов, совокупность которых, объединенная в единую систему, составляет правовую основу ОРМ. Массив таких нормативных правовых актов постоянно увеличивается и в настоящее время составляет весьма значительный объем. Так, при осуществлении поиска в подсистеме российского законодательства СПС «Консультант Плюс» нам удалось обнаружить более 580 нормативных правовых актов федерального уровня, в которых встречается понятие оперативно-розыскных мероприятий. Анализ этих документов свидетельствует о том, что далеко не во всех из них содержатся нормы, регламентирующие проведение ОРМ, а поэтому не каждый такой нормативный правовой акт может рассматриваться в качестве их правовой основы. Но даже с учетом указанного обстоятельства очевидной представляется необходимость в систематизации и анализе нормативных правовых актов, составляющих правовую основу ОРМ.

В основу такой систематизации может быть положен определенный в ст. 4 Закона об ОРД перечень нормативных правовых актов, регламентирующих всю оперативно-розыскную деятельность, одним из структурных элементов которой являются оперативно-розыскные мероприятия.

К правовой основе ОРД законодатель относит, прежде всего, Конституцию РФ, которая является ядром всей правовой системы государства, имеет высшую юридическую силу и прямое действие своих норм¹. Конституция закладывает важнейшие принципы отношений между правоохранительными органами и гражданами в сфере борьбы с преступностью. К таким принципам относятся признание государством высшей ценностью прав и свобод человека (ст. 2), при-

¹ Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. СПб., 2003. С. 90–91.

знание приоритета норм международного права над федеральными законами (ст. 15) и обязательности их соблюдения в области обеспечения прав человека (ст. 17), равенство граждан перед законом (ст. 19), охрана достоинства личности (ст. 21) и личной неприкосновенности (ст. 22), обеспечение права на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну (ст. 23), на неприкосновенность жилища (ст. 25), гарантии судебной защиты прав и свобод граждан (ст. 46), презумпция невиновности (ст. 49) и некоторые другие. Указанные принципы и конституционные ценности образуют системное единство и находятся в определенном иерархическом соподчинении, а потому важнейшей задачей при реализации конституционных положений является поддержание баланса и соразмерности конституционно защищаемых ценностей, целей и интересов. При этом недопустимо умаление одной ценности за счет другой¹.

Конституция РФ допускает возможность ограничения прав и свобод личности федеральным законом, но только в той мере, в какой это необходимо для достижения конституционно значимых целей (ст. 55). Отсюда следует, что действуя в рамках предоставленных дискреционных полномочий, как федеральный законодатель, осуществляя правовое регулирование оперативно-розыскных правоотношений, так и органы, осуществляющие ОРД, связаны этими конституционными требованиями².

Публичные интересы, перечисленные в ст. 55 (ч. 3) Конституции РФ, как неоднократно отмечал Конституционный Суд, оправдывают правовые ограничения прав и свобод, только если такие ограничения адекватны социально необходимому результату; цели одной рациональной организации деятельности органов власти не могут служить основанием для ограничения прав и свобод³. При этом вводимые ограничения права должны отвечать требованиям справедливости, быть соразмерными конституционно закрепленным целям и охраняемым интересам, а также характеру совершенного деяния; такие меры

¹ Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России / В.Д. Зорькин. М., 2011. С. 6–7.

² Вагин О.А. Конституционные проблемы оперативно-розыскной деятельности (научный доклад) // Конституционно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности. Сб. мат-лов Всерос. круглого стола: 3 ноября 2011 г. СПб., 2012. С.19.

³ Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 15 января 1998 г. № 2-П; от 18 февраля 2000 г. № 3-П; 22 июня 2010 г. № 14-П // СПС «Консультант Плюс».

допустимы, если они основываются на законе, служат общественным интересам и не являются чрезмерными¹.

Приведенные правовые позиции имеют непосредственное отношение к ОРД, поскольку ее нацеленность на защиту жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств в полной мере соответствует перечисленным в части третьей статьи 55 Конституции РФ конституционным ценностям, для защиты которых допускается возможность ограничения прав и свобод личности на основании федерального закона.

Ряд норм Конституции РФ напрямую устанавливают условия ограничения конституционных прав граждан, которые, в том числе, имеют прямое отношение к проведению оперативно-розыскных мероприятий. В частности, ч. 2 ст. 23 и ст. 25 предписывают обязательность получения судебного решения в случае необходимости ограничения права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также на неприкосновенность жилища. Эти конституционные требования получили свою детализацию в ст. 8 Закона об ОРД, регламентирующей условия проведения ОРМ.

Конституция РФ закрепила неприкосновенность Президента РФ (статья 91, членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы (статья 98 и судей (статья 125), а потому оперативно-розыскные мероприятия в отношении указанных лиц могут проводиться только в особом порядке, установленном специальными законами. В частности, согласно ч. 7 ст. 16 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации» от 26 июня 1992 г. № 3132-1 осуществление в отношении судьи ОРМ, связанных с ограничением его гражданских прав либо с нарушением его неприкосновенности, допускается не иначе как на основании решения, принимаемого коллегией из трех судей вышестоящего суда.

Приведенные доводы достаточно убедительно показывают ошибочность мнения отдельных авторов, которые не относят Конституцию РФ к правовой основе ОРД².

После Конституции РФ главная роль в непосредственном правовом регулировании ОРМ принадлежит Закону об ОРД — специальному закону, регулиющему отношения в сфере ОРД.

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13 июля 2010 г. № 15-П // СПС «Консультант Плюс».

² См.: Попов В.Л. Научные основы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Минск, 1996. С. 15.

Несмотря на то, что этот законодательный акт принимался на основе имевшегося ранее Закона Российской Федерации «Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации» 1992 г., тем не менее, в силу объективной молодости оперативно-розыскного законодательства, он унаследовал многие недостатки прежнего закона, а поэтому не случайно за более чем двадцатилетний период существования в него двадцатью семью федеральными законами было внесено множество изменений и дополнений. Обилие вносимых поправок свидетельствует о невысоком качестве Закона об ОРД, содержание которого достаточно серьезно критиковалось и критикуется многими исследователями¹.

Следует отметить, что в Законе об ОРД основное внимание уделено правовому регулированию ОРМ, которым посвящена отдельная глава, включающая в себя восемь статей из двадцати четырех имеющихся в законе, а потому занимающая третью часть его объема. В этой главе закреплён перечень ОРМ, основания и условия их проведения, порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан и использования полученных результатов. Кроме этого, немалая часть норм, содержащихся в других разделах закона, регламентируют, в том числе, вопросы, непосредственно связанные с проведением ОРМ. В их числе можно назвать нормы, закрепляющие принципы ОРД, механизм обеспечения конституционных прав граждан, полномочия сотрудников оперативных аппаратов и некоторые другие. Всего же в восемнадцати статьях закона ОРМ упоминается более пятидесяти раз.

¹ Например, см.: Горяинов К.К., Вагин О.А., Исиченко А.П. Теория и практика применения органами внутренних дел Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // Проблемы теории и практики оперативно-розыскной деятельности: Мат-лы науч.-пр. конф. / Под ред. К.К. Горяинова, И.А. Климова. М., 2002. С. 5–22; Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. О законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности: Научный доклад. М., 2003. — 24 с.; Шумилов А.Ю. Проблемы законодательного регулирования в оперативно-розыскной деятельности: десять лет спустя (конституционные, административные, уголовные, уголовно-процессуальные и уголовно-сыскные аспекты): монография. 2-е изд., испр. и доп. М., 2008. — 260 с.; Соловей Ю.П. О совершенствовании законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации // 15 лет Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности»: сб. мат-лов Всерос. научн.-практ. конф. Омск, 2010. С. 3–8, Луговик В.Ф. Оперативно-розыскное законодательство и перспективы его совершенствования // Оперативно-розыскное право: сб. науч. ст. / Отв. ред. Н.В.Павличенко. Волгоград, 2013. С. 79–104 и др.

Однако частота упоминаний ОРМ в тексте Закона об ОРД сама по себе не свидетельствует о качестве их правового регулирования, к которому имеется много претензий у правоприменителей. Так, половина опрошенных нами оперативных сотрудников органов внутренних дел отметили, что сталкивались на практике с проблемой толкования законодательных норм, регламентирующих проведение ОРМ, а 72,3 % респондентов указали, что законодательная регламентация ОРМ удовлетворяет их далеко не в полной мере. В качестве основных причин неудовлетворенности 61,1 % сослались на слабую регламентацию прав оперативных работников при проведении ОРМ; 27,7 % — на неурегулированность порядка использования результатов ОРМ; 16 % — на недостаточную регламентацию порядка проведения ОРМ; 11,1 % — на нечеткость оснований проведения ОРМ, 5,5 % — на нечеткость условий проведения ОРМ и порядка получения судебного решения.

Небезинтересным представляется толкование опрошенными оперативными сотрудниками самого понятия ОРМ. Так, на вопрос о том, какие действия можно отнести к оперативно-розыскным мероприятиям, только 44,4 % респондентов указали на перечень ОРМ, закрепленный в статье 6 Закона об ОРД, 50 % — отнесли к ним также любые другие действия оперуполномоченных в процессе ОРД, а 5,6 % затруднились с ответом на этот вопрос. Таким образом, половина опрошенных оперативных сотрудников расширительно толкуют содержание правового понятия «оперативно-розыскное мероприятие», что позволяет сделать вывод об их готовности к действиям, выходящим за рамки закона, в силу неправильного понимания ими смысла правовой нормы. В качестве примера этому можно сослаться на весьма распространенную практику проведения личных досмотров задерживаемых в результате ОРМ лиц, заподозренных в совершении преступления. Применяя эту принудительную меру, оперативные сотрудники обосновывают свои действия ссылками на статью 6 Закона об ОРД, которая, как известно, возможности проведения личного досмотра в качестве ОРМ не предусматривает.

Вышеизложенное дает повод для дискуссии о целесообразности законодательного определения понятия ОРМ в качестве правовой категории. В своих прежних работах мы отмечали, что отсутствие законодательного определения ОРМ является существенным пробелом Закона об ОРД¹. Такой вывод основывался, прежде всего, на том, что понятие

¹ См.: Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: монография. М., 2006. С. 83.

ОРМ широко используется законодателем в правотворческой деятельности, а поэтому проблема его единообразного толкования и применения имеет междисциплинарное и межотраслевое значение. Кроме того, к этому подталкивал опыт наших соседей, в частности, Республики Казахстан, в законе «Об оперативно-розыскной деятельности» которого понятие ОРМ получило законодательное закрепление¹.

Идея официального закрепления понятия ОРМ имела сторонников и среди российских законодателей. Так, в проекте федерального закона № 186152-3, внесенного 5 марта 2002 года депутатом Государственной Думы и известным криминологом А.И.Гуровым, предлагалось в Законе об ОРД наряду с другими основными понятиями дать и легальное определение ОРМ². Несмотря на то, что этот законопроект был в дальнейшем снят с рассмотрения, тем не менее, сама идея была реализована в новой редакции Модельного закона «Об оперативно-розыскной деятельности», в которой закреплено понятие оперативно-розыскного мероприятия³.

На необходимости законодательного закрепления понятия ОРМ настаивают и некоторые современные исследователи. В частности, Н.С.Железняк к числу недостатков, называемых им «белыми пятнами» Закона об ОРД, относит отсутствие в нем определения ОРМ, что, по его мнению, не обеспечивает необходимых методологических предпосылок для единообразного понимания закона и существенно затрудняет включение добытых оперативно-розыскным путем сведений в процесс доказывания по уголовным делам, поскольку документы, описывающие результаты проведенных ОРМ, зачастую подвергаются ревизии со стороны суда, прокуратуры и адвокатов⁴.

Вопрос о законодательном определении ОРМ непосредственно связан с необходимостью решения другой более общей проблемы законодательного регулирования — закрепления в тексте Закона

¹См.: Советы Казахстана. 1994. 18 окт.

² Проект федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» № 186152-3 // СПС «Консультант Плюс». Дата доступа: 28.02.2016.

³ Модельный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» (новая редакция). Принят на двадцать седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ (постановление № 27-6 от 16 ноября 2006 года) // СПС «Консультант Плюс». Дата доступа: 28.02.2016.

⁴ Железняк Н.С. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности в России и зарубежных странах: научно-практический комментарий. Новосибирск, 2008. С. 84–85; он же. Основы оперативно-розыскной деятельности: учебник. 2-е изд. доп. Красноярск. 2013. С.87.

об ОРД основных понятий и терминов, используемых в нем. Сегодня многие законодательные акты имеют свои глоссарии, определяющие основные понятия, используемые в них. Для оперативно-розыскного законодательства закрепление дефинитивных норм особенно актуально, поскольку в нем используется терминология, ранее употреблявшаяся лишь в закрытых ведомственных нормативных актах и неизвестная широкому кругу правоприменителей.

Данное обстоятельство было учтено и реализовано в оперативно-розыскных законах Республики Беларусь и Литовской Республики, а также в упомянутой новой редакции Модельного закона «Об оперативно-розыскной деятельности». О необходимости включения в российское оперативно-розыскное законодательство основных понятий и терминов неоднократно указывалось в юридической литературе¹ и даже предпринимались попытки реализации этого предложения в законотворческой деятельности. Одной из таких попыток стал упомянутый выше законопроект депутата Государственной Думы А.И. Гурова. Вторая попытка создания официального оперативно-розыскного глоссария предпринята В.Ф. Луговиком в инициативном авторском проекте оперативно-розыскного кодекса, который был облечен в форму проекта федерального закона «Оперативно-розыскной кодекс Российской Федерации», внесенного в Государственную Думу 6 июля 2015 года депутатом А.А. Агеевым².

Разделяя позиции ученых о целесообразности закрепления в отдельной статье оперативно-розыскного закона используемых в нем основных понятий следует, на наш взгляд, определиться с перечнем таких понятий. Дело в том, что исследователями предлагаются разнообразные и часто несовпадающие варианты таких перечней, что требует их сравнительного анализа и теоретического обоснования.

Так, в упомянутом законопроекте А.И.Гурова в такой перечень были включены 23 дефиниции: понятие ОРД, понятие ОРМ, определения всех ОРМ, а также понятия должностного лица и руководителя органа,

¹ См.: Шумилов А. Ю. Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в России: Монография. М., 1997. С. 209; Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. Указ. раб. С. 11; Железняк Н.С. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности в России и зарубежных странах: научно-практический комментарий. Новосибирск, 2008. С. 85.

² Проект федерального закона № 831609-6 «Оперативно-розыскной кодекс Российской Федерации» // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс»; Луговик В.Ф., Лихарев В.В. Оперативно-розыскной кодекс Российской Федерации: проект /под общей ред. А.А. Агеева. М., 2015. — 64 с.

осуществляющего ОРД, оперативного подразделения, контракта, методов ОРД, результатов ОРД. Такой же перечень основных понятий, за исключением определения ОРД, предлагался учеными НИИ ФСИН России в их инициативном авторском проекте изменений оперативно-розыскного закона¹. В новой редакции модельного закона «Об оперативно-розыскной деятельности» перечень основных понятий был несколько сокращен и в нем оставлены только определения конкретных ОРМ, а также понятия ОРД и ОРМ. Более широкий перечень основных понятий предлагался в работах В.М. Атмажитова и В.Г. Боброва с включением в него определений таких специальных терминов как «средства ОРД», «оперативная проверка», «документирование», «дело оперативного учета», «лицо, сотрудничающее по контракту», «содействие лиц органам, осуществляющим ОРД» и некоторые другие². Таким образом, большинство авторов в основу перечня считают необходимым положить определения конкретных ОРМ, добавляя к нему без какого-либо обоснования ряд иных терминов.

Иной подход был предложен В.Ф. Луговиком, который считает необоснованными попытки закрепления в законе правовых дефиниций ОРМ как родового понятия и их отдельных видов, полагая более целесообразным раскрывать их сущность через правовую регламентацию процедур их проведения³. Вместо этого в своем авторском проекте оперативно-розыскного кодекса он предложил два десятка понятий, которые, по его мнению, имеют ключевое значение в законодательном регулировании ОРД. Несмотря на то, что составленный им перечень основных понятий аккумулировал в себе предложения других авторов, его анализ позволяет обнаружить в нем элементы избыточности предлагаемого правового регулирования, требующие его основательной переработки.

¹ К.К.Горяинов, О.А.Вагин, Исиченко А.П., Ковалев О.Г. Инициативный авторский проект Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» // Современные подходы к правовому регулированию оперативно-розыскной деятельности: инициативные авторские проекты Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» / Сост. В.Ф. Луговик. Омск, 2006. С. 83–86.

² Атмажитов В.М., Бобров В.Г. О законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности: научный доклад. М., 2003. С. 11; они же. К вопросу о законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности // Государство и право. 2004. № 11. С. 30–31.

³ Луговик В.Ф. Оперативно-розыскной кодекс Российской Федерации: авторский проект. Омск, 2014. С. 26.

При установлении перечня основных используемых в законе понятий следует, прежде всего, руководствоваться правилам юридической техники, разработанными общей теорией права. Согласно этим правилам к понятиям, нуждающимся в особом разъяснении, относятся те, которые обладают следующими характеристиками: неточные; редкие; специальные; сложные юридические; обыденные, но имеющие множество смыслов, по-разному трактуемые юридической наукой и практикой, употребляемые в нормативном акте в расширительном или ограничительном смысле и некоторые другие¹. Исходя из этих характеристик, можно сделать вывод, что понятия, содержание которых раскрыто в других законодательных или подзаконных нормативных актах, не нуждаются в особом разъяснении, а потому и включении их в перечень основных понятий Закона об ОРД.

Из предложенного В.Ф. Луговиком перечня к числу таковых относятся шесть из восемнадцати перечисленных им терминов. Так, понятие информационно-телекоммуникационной сети закреплено в пункте 4 статьи 2 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»², оператора связи — в пункте 12 статьи 2 Федерального закона «О связи»³, личного досмотра — в статье 27.7 КоАП РФ, результатов ОРД, понятого и специалиста — в статьях 5, 58 и 60 УПК РФ. Коль скоро эти понятия уже закреплены в законодательстве, то нет необходимости их дублирования в Законе об ОРД, если в них не вкладывается какой-либо иной смысл.

Следует обратить также внимание на то, что содержание некоторых понятий фактически раскрывается в отдельных статьях проекта кодекса, специально им посвященным. Так, понятие оперативно-розыскного органа раскрывается в статье 18, в которой закреплен перечень органов, уполномоченных на осуществление ОРД; руководителя оперативно-розыскного органа — в статье 22, руководителя оперативного подразделения — в статье 23, оперуполномоченного — в статье 24, оперативного дела — в статье 31, прослушивание телефонных переговоров — в статье 57. Соответственно, большая часть предложенных для включения в перечень основных понятий Закона

¹ Кашанина Т.В. Юридическая техника: учебник. М., 2007. С. 173.

² Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ // СПС «Консультант Плюс».

³ Федеральный закон «О связи» от 7 июля 2003 года № 126-ФЗ // СПС «Консультант Плюс».

об ОРД не требует особого разъяснения, а потому их закрепление в отдельных дефинитивных нормах представляется излишним.

На наш взгляд, в законе должны найти закрепление такие понятия, которые несут особую смысловую нагрузку в регулировании оперативно-розыскных правоотношений, а их содержание неоднозначно толкуется в правоприменительной практике. К числу таковых можно, на наш взгляд, отнести используемые в действующем Законе об ОРД следующие понятия: организация, тактика, методы, силы и средства ОРД; специальные технические средства, предназначенные для негласного получения информации; иные технические средства; документирование; правила конспирации; провокация; контракт; содействие и сотрудничество граждан; частная жизнь, тайна корреспонденции, тайна телефонных переговоров и некоторые другие понятия. Что же касается конкретных ОРМ, то законодатель, на наш взгляд, должен раскрыть содержание наиболее сложных из них, таких как проверочная закупка, обследование помещений, снятие информации с технических каналов связи, контролируемая поставка, оперативный эксперимент.

В целом же вопрос о формировании перечня основных понятий, требующих закрепления в Законе об ОРД, нуждается, на наш взгляд, в дальнейшем обсуждении учеными и практиками.

Анализируя состояние правового регулирования ОРМ, нельзя обойти вниманием дискуссию о нецелесообразности закрытого перечня ОРМ. Закрепленное в ч. 2 ст. 6 Закона об ОРД правило, согласно которому законодательный список ОРМ может быть изменен или дополнен только Федеральным законом, по мнению ряда ученых, сковывает инициативу оперативных работников и их творческий подход к решению задач борьбы с наиболее опасными видами преступлений; тормозит развитие оперативно-розыскной тактики, внедрение новых, не предусмотренных законом, но основанных на достижениях науки и техники, форм и методов ОРД¹.

¹Например, см.: Бобров В.Г. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: вопросы, требующие разрешения // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (актуальные вопросы правового регулирования оперативно-розыскной, контрразведывательной, частной сыскной, уголовно-процессуальной и уголовно-исполнительной деятельности): Вневедомств. сб. науч. раб. / Под ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 1. М., 1998. С. 11–12; Волченков В.В. Состояние борьбы с незаконным оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ, взрывных устройств и меры по ее усилению // Оперативно-розыскная работа: Бюллетень МВД России. 2001. № 2. С. 4 и др.

Для решения данной проблемы предлагаются самые разнообразные меры. Наиболее радикальные предложения сводятся к тому, чтобы отказаться от законодательной регламентации перечня ОРМ и отдать это на откуп ведомственному правовому регулированию¹. По мнению других исследователей, законодателю следует закрепить перечень лишь наиболее сложных и ответственных ОРМ, в первую очередь ограничивающих конституционные права и свободы, и предусмотреть норму, разрешающую осуществление иных ОРМ, не указанных в этом перечне². Другими словами, перечень ОРМ предлагается сделать открытым. Однако такое предложение имеет своих противников. В частности, А.В. Земскова настаивает на том, что оперативные работники не могут проводить какие-либо другие ОРМ, не включенные в законодательный перечень, а если это и делается, то полученные результаты нельзя использовать в уголовно-процессуальном доказывании как изначально полученные незаконно³. Интересно в связи с этим отметить, что Закон Украины «Об оперативно-розыскной деятельности» не определил исчерпывающего перечня ОРМ, а поэтому украинские авторы настаивают на законодательном закреплении исчерпывающего перечня ОРМ⁴.

Достаточно актуальной в связи с этим представляется дискуссия о целесообразности дополнения законодательного перечня ОРМ. Так, К.К. Горяинов, О.А. Вагин и А.П. Исиченко предлагают дополнить законодательный список ОРМ указанием на контролируемый сбыт, а также контрольную покупку — для получения образцов, документирования правонарушений в сфере товарооборота, оказания услуг и поставок про-

¹ См.: Новиков В.О. Правовые и организационно-тактические основы проведения оперативно-технических мероприятий в оперативной разработке организованных преступных формирований: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Волгоград, 2003. С. 12.

² См.: Бобров В.Г. Указ. раб. — С. 13; Железняк Н.С. Содействие граждан оперативным подразделениям органов внутренних дел: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002. С. 119.

³ См.: Земскова А.В. О связи оперативно-розыскных и уголовно-процессуальных правоотношений в уголовном судопроизводстве // Оперативно-розыскная работа: Бюллетень МВД России. 2001. № 2. С. 10.

⁴ См.: Рыжков Э.В., Степанов Ю.В. Методологические подходы к совершенствованию оперативно-розыскного законодательства // Методологічні проблеми теорії і практики оперативно-розшукової діяльності в сучасних умовах: Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС імені 10-річчя незалежності України. Спеціальний випуск. Луганск, 2004. С. 67; Дубко Ю.В. Оперативно-розыскное обеспечение специальных операций: организационно-тактические формы // Там же. С. 90–91.

дукции, свободная реализация которых не запрещена¹. К категории ОРМ Н.С. Железняк относит вербовку, задержание и засаду, которые, по его мнению, содержат обязательные для ОРМ элементы². В.М. Аتماжитов и В.Г. Бобров предлагают предусмотреть в ст. 6 Закона об ОРД такие ОРМ, как личный сыск, использование экстраординарных психофизиологических возможностей человека, составление оперативного психологического портрета и оперативные переговоры³. В работах целого ряда других авторов содержатся и иные предложения по дополнению списка ОРМ, которые нельзя обойти вниманием.

Мнение о необходимости дополнения законодательного перечня ОРМ разделяет и большая часть (83,4 %) опрошенных нами оперативных сотрудников органов внутренних дел, не считают это нужным лишь 5,5 %, а 11,1 % респондентов затруднились ответить на этот вопрос. Из числа перечисленных в анкете действий наибольшее число опрошенных (66,6 %) предложили включить в законодательный перечень ОРМ засаду, 35,5 % — задержание с поличным, 33,3 % — опрос с использованием полиграфа и применение служебно-розыскной собаки, 22,2 % — переговоры с преступником. Отсюда видно, что перечисленные выше действия занимают достаточно важное место в содержании ОРД и вопрос об их законодательном урегулировании является достаточно актуальным.

Учитывая относительную молодость оперативно-розыскного законодательства, следует согласиться с тем, что перечень закрепленных в Законе об ОРД оперативно-розыскных мероприятий, скорее всего, должен развиваться и совершенствоваться, но подходить к этому процессу следует, на наш взгляд, осторожно и взвешенно. Каждое новое предложение о дополнении или изменении перечня мероприятий должно детально обсуждаться учеными и практиками, прежде чем вноситься на рассмотрение законодателей.

Что касается проблемы закрытости перечня ОРМ, то представляется целесообразным использовать пример уголовно-процессуального законодательства, которое для собирания доказательств, кроме предусмотренных законом следственных действий, предусматривает возможность осуществления иных процессуальных мер (ст. 86 УПК РФ). По нашему мнению, проблема ограниченности перечня ОРМ может быть разре-

¹ См.: Горяинов К.К., Вагин О.А., Исиченко А.П. Теория и практика применения органами внутренних дел закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: Научный доклад. М., 2001. С. 8.

² См.: Железняк Н.С. Указ. дис. С. 118.

³ См.: Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. Указ. раб. С. 14–15.

на, если законодатель предусмотрит осуществление кроме ОРМ иных действий, направленных на решение задач ОРД, отвечающих принципам ОРД и не причиняющих вреда гражданам.

Кроме Закона об ОРД к правовой основе оперативно-розыскных мероприятий относится значительное число и других законодательных актов, которые в зависимости от роли и характера регулируемых отношений можно разделить на четыре самостоятельные группы:

- устанавливающие общие положения осуществления ОРД;
- регламентирующие деятельность отдельных субъектов ОРД;
- регулирующие отношения, возникающие при решении частных задач ОРД;
- устанавливающие меры по защите конституционного права граждан на неприкосновенность частной жизни.

К первой группе законодательных актов, устанавливающих общие положения осуществления ОРД, следует отнести Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Российской Федерации.

Уголовный кодекс определяет материальные признаки преступлений, на выявление, предупреждение и раскрытие которых нацелена ОРД. Установление наличия этих признаков является согласно ст. 7 Закона об ОРД основанием для проведения ОРМ, а при их отсутствии ОРД осуществляться не может.

В уголовном законе содержится ряд правовых институтов и норм, имеющих важное значение для осуществления ОРМ. Так, ст. 15 УК РФ раскрывает понятия преступлений средней тяжести, тяжкого и особо тяжкого преступления, наличие признаков которых, согласно ст. 8 Закона об ОРД, является одним из основных условий проведения таких ОРМ, как прослушивание телефонных переговоров и оперативного эксперимента. Установление целого ряда уголовно-правовых запретов (ст. 137–139, 283, 286, 303, 304, 330 УК РФ и др.) является одной из гарантий соблюдения законности и прав граждан при осуществлении ОРМ.

Уголовно-процессуальное законодательство, в свою очередь, придало органам исполнительной власти, наделенным полномочиями по осуществлению ОРД, статус органов дознания (ч. 1 ст. 40 УПК РФ). Определяя полномочия органа дознания УПК РФ запретил проведение дознания лицом, которое проводило или проводит по данному уголовному делу оперативно-розыскные мероприятия (ч. 2 ст. 41 УПК РФ).

УПК РФ определяет порядок взаимодействия следователя и оперативного работника при расследовании преступлений (ч. 4 ст. 157, ч. 2 ст. 163, ч. 7 ст. 164 УПК РФ); устанавливает перечень преступлений, по

которым обязательно предварительное следствие (ст. 150 УПК РФ), что согласно ст. 8 Закона об ОРД является обязательным условием осуществления ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан. Определяя обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу (ст. ст. 86–89 УПК РФ), виды доказательств (ст. ст. 74–84 УПК РФ), способы их собирания, проверки и оценки (ст. 70 УПК РФ), понятие результатов оперативно-розыскной деятельности (п. 36¹ ст. 5 УПК РФ) уголовно-процессуальный закон служит основой для определения приемов получения оперативно-розыскной информации и процедур ее использования в уголовном процессе.

Ко второй группе законодательных актов, составляющих правовую основу ОРМ, можно отнести законы так называемого статусного характера¹, регламентирующие деятельность отдельных субъектов ОРД, которые закладывают основы разграничения полномочий оперативных аппаратов при проведении ОРМ. К числу таковых, прежде всего, относятся федеральные законы Российской Федерации «О полиции» от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ, «О федеральной службе безопасности» от 3 апреля 1995 г. № 40-ФЗ, «О государственной охране» от 27 мая 1996 г. № 57-ФЗ, Закон Российской Федерации «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы» от 21 июля 1993 г. № 5473-1 и некоторые другие.

К третьей группе законодательных актов, составляющих правовую основу ОРМ, относятся законы, регулирующие отношения, возникающие при решении частных задач ОРД. В их числе можно назвать Федеральный закон «О наркотических средствах и психотропных веществах» от 8 января 1998 г. № 3-ФЗ (далее — Закон о наркотиках), статья 36 которого разрешает использование наркотических средств и психотропных веществ при проведении отдельных ОРМ, а статья 49 наделяет органы, осуществляющие ОРД, правом на проведение контролируемой поставки и проверочной закупки наркотических средств и психотропных веществ в целях выявления, предупреждения и раскрытия преступлений, связанных с их незаконным оборотом; Федеральный закон «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов» от 20 апреля 1995 г. № 45-ФЗ, который в ст. 5 предусмотрел возможность проведения оперативно-розыскных мероприятий в целях обеспечения мер безопасности защищаемых лиц; Федеральный закон «О противодействии терроризму» от 6 марта 2006 г., в котором ре-

¹ Об этом см.: Сурков К. Правовая политика в области оперативно-розыскной деятельности // Юридический мир. 2005. № 4(100). С. 31.

гламентирован правовой режим контртеррористической операции, предусматривающий ведение контроля телефонных переговоров и иной информации, передаваемой по телекоммуникационным системам и некоторые другие.

Особую роль в правовом регулировании ОРМ выполняют законодательные акты, обеспечивающие механизм защиты конституционного права граждан на неприкосновенность частной жизни при проведении ОРМ, которые можно объединить в четвертую группу. Спецификой этой группы законодательных актов является то, что в них ОРМ напрямую не регламентируются, но устанавливаются ограничения на сбор информации о частной жизни граждан, которые следует соблюдать при их проведении. К их числу следует отнести Федеральный закон «О связи» от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ, Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» от 2 декабря 1990 г. № 395-1, Федеральный закон об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ, Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» от 27 июля 2006 г., Федеральный закон «О персональных данных» от 27 июля 2006 г. и некоторые другие.

Существование этой группы законодательных актов является одним из признаков перехода российской правовой системы к демократии, поскольку курс на построение правового государства включает и изменение характера правового регулирования. При демократическом режиме правоохранительные органы императивно ограничиваются в своих полномочиях¹. Для регулирования их деятельности в современных условиях все большее значение приобретает разрешительный метод, согласно которому они имеют только те права и осуществляют те функции и действия, которые прямо предусмотрены в законе («разрешено лишь то, что прямо установлено в законе»)².

К правовой основе ОРД, согласно ч. 1 ст. 3 Закона об ОРД, относятся также иные нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти, которые, как известно, принимаются не только для упорядочения определенных общественных отношений, но и для создания механизмов реализации уже принятых законов³. По общему требованию, подзаконные акты должны соответствовать закону, содержать

¹ Лившиц Р.З. Теория права. М., 1994. С. 97.

² Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. СПб., 2003. С. 23.

³ Проблемы теории государства и права / Под ред. М.Н.Марченко. М., 1999. С. 334.

нормы права, конкретизирующие, детализирующие и организационно обеспечивающие действие закона¹. Подзаконные акты по субъекту их принятия можно разделить на три основные группы: Указы Президента Российской Федерации; постановления Правительства Российской Федерации и ведомственные нормативные правовые акты².

Формирование правового государства и гражданского общества предполагает последовательное и неуклонное соблюдение общепризнанных принципов международного права и норм международных договоров, участницей которых является Российская Федерация³. Данное положение нашло закрепление в ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, которая рассматривает нормы международного права и международные договоры Российской Федерации в качестве составной части ее правовой системы.

Определяя в ст. 4 Закона об ОРД правовую основу ОРД, законодатель не упомянул в ней международные правовые акты по вопросам борьбы с преступностью. В то же время анализ его содержания позволяет сделать вывод, что нормы международного права все же нашли в нем отражение. В частности, п. 6 ч. 1 ст. 7 рассматривает запросы международных правоохранительных организаций в качестве самостоятельного основания проведения ОРМ, а п. 3 ст. 14 закрепляет в числе обязанностей оперативных служб необходимость выполнения запросов правоохранительных органов иностранных государств.

К числу базовых международных правовых актов, закрепляющих основные права личности, соблюдение которых обязаны обеспечивать органы, осуществляющие ОРД, следует отнести Всеобщую декларацию прав человека, принятую Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г., Международный пакт о гражданских и политических правах, принятый Генеральной Ассамблеей ООН 19 декабря 1966 г., Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, принятую Советом Европы 4 ноября 1950 г. и некоторые другие международные правовые акты, подписанные или ратифицированные Российской Федерацией.

Источником правового регулирования ОРД являются и международные правовые акты, принятые государствами — членами СНГ, в числе которых первостепенное значение имеет Конвенция о правовой

¹ Гранат Н.Л. Источники права // Юрист. 1998. № 9. С. 6–12.

² Подробнее об этом см.: Чечетин А.Е. Теоретические и правовые проблемы оперативно-розыскных мероприятий. Барнаул, 2005. С. 119–121.

³ См.: Доклад о деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации в 1999 году. М., 2000. С. 29.

помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанная в г. Минске 22 января 1993 г., а также в г. Кишиневе 7 октября 2002 года. Согласно ст. 6 этого документа стороны обязались оказывать друг другу правовую помощь путем выполнения процессуальных и иных действий, предусмотренных законодательством, а также осуществления оперативно-розыскных мероприятий в рамках расследуемого уголовного дела. Конвенция регламентировала содержание и форму поручений об оказании правовой помощи, порядок их исполнения, правила выдачи предметов, которые могут иметь значение доказательств по уголовным делам, и ряд других вопросов, касающихся проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Отдельную группу международных правовых актов составляют соглашения о сотрудничестве между правоохранительными органами государств — участников СНГ, в числе которых, к примеру, можно Соглашение о сотрудничестве в сфере специального сопровождения оперативно-розыскной деятельности, подписанное на заседании Совета министров внутренних дел государств — участников СНГ 16–18 декабря 1998 г. в г. Москве, в котором регламентирована процедура выполнения запросов на проведение наблюдения за лицами, обоснованно подозреваемыми в совершении преступлений, при пересечении ими внутренних границ СНГ.

К числу международных правовых актов, которыми обязаны руководствоваться сотрудники оперативно-розыскных служб, следует отнести и решения ЕСПЧ, в первую очередь принятые по жалобам граждан против Российской Федерации. Это вытекает из международных обязательств Российской Федерации, взятых на себя при вступлении в Совет Европы в 1996 году. Из тех решений ЕСПЧ, в которых установлено нарушение прав заявителей действиями оперативных сотрудников, следует, что примененные ими тактические приемы, ставшие поводом для разбирательства в Европейском Суде, должны признаваться незаконными и подлежать исключению из арсенала ОРД.

Данное обстоятельство в совокупности с упомянутым конституционным положением позволяет сделать вывод, что международные правовые акты следует рассматривать в качестве обязательного элемента правовой основы ОРМ. Такой подход разделяется многими современными исследователями¹. В связи с этим представляется целесообразным дополнить ст. 4 Закона об ОРД нормой, закрепляющей

¹ Подробнее об этом см.: Чечетин А.Е. Указ. раб. С. 124–126.

международные договоры Российской Федерации, а также общепризнанные принципы и нормы международного права в качестве правовой основы ОРД.

Таким образом, правовую основу ОРМ составляет весьма обширный перечень законодательных и иных нормативных правовых актов, составляющих определенную систему. Тенденция увеличения массива юридических норм, регламентирующих ОРМ, свидетельствует об укреплении роли ОРМ в системе правовых средств борьбы с преступностью. В то же время существующие нормативные правовые акты имеют немалое количество коллизий и пробелов, требующих комплексного совершенствования на основе системного подхода.

§ 3. Решения Конституционного Суда в системе правового регулирования оперативно-розыскных мероприятий

Особое место в системе правового регулирования ОРМ занимают постановления судебных органов по вопросам применения права и прежде всего Конституционного Суда Российской Федерации. По поводу правовой природы актов судебного нормативного толкования в отечественной юридической литературе нет единства взглядов, однако в современной науке судебная практика оценивается как особый источник права¹.

Значение и роль в правовом регулировании ОРД решений Конституционного Суда и содержащихся в них правовых позиций до настоящего времени практически не исследовались. Это можно объяснить, прежде всего, отсутствием достаточного количества правового материала для его обобщения и научного анализа, поскольку свое первое решение по жалобе на нормы Закона об ОРД Конституционный Суд принял лишь 5 июня 1997 года², а за десять последующих лет число таких решений не превышало трех десятков, большей частью которых заявителям было отказано в принятии жалоб к рассмотрению ввиду их несоответствия установленным законом критериям допустимости.

Однако за последние несколько лет массив решений Конституционного Суда по жалобам на нормы Закона об ОРД существенно пополнился как количественно так и качественно. Только за период

¹ Общая теория государства и права: Академический курс в трех томах / Отв. ред. М.Н. Марченко. 3 изд., перераб и доп. Т. 2: Право. М., 2007. С. 285.

² Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 5 июня 1997 г. № 72-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Л.А.Юлдашевой // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

с 2010 по 2015 годы было принято более ста решений по жалобам на нормы Закона об ОРД, что к июню 2016 года увеличило их общее число, составившее уже более ста восьмидесяти. В этот же временной отрезок 9 июня 2011 года было принято первое в истории оперативно-розыскного законодательства решение Конституционного Суда по жалобе на нормы Закона об ОРД в форме постановления¹. Приведенные данные свидетельствует, с одной стороны, о негативной тенденции увеличения правовых конфликтов в процессе применения норм Закона об ОРД, а с другой — о появлении возможности обобщения и анализа накопленной судебной практики рассмотрения таких жалоб, позволяющей сформулировать научно-обоснованные выводы.

Несмотря на то, что ст. 4 Закона об ОРД не содержит упоминания о решениях Конституционного Суда как источнике правового регулирования ОРД, авторы наиболее популярных в профессиональной среде комментариев к Закону об ОРД после принятия Конституционным Судом известного среди специалистов Определения от 14 июля 1998 года № 86-О², в число нормативных правовых актов, составляющих правовую основу ОРД, стали включать наряду с другими решения Конституционного Суда.

Одними из первых об этом написали исследователи из Омской академии МВД России в третьем издании своего научно-практического комментария к Закону об ОРД³. Вслед за ними решения Конституционного Суда в правовую основу ОРД включил профессор Д.В. Ривман, оговорившись при этом, что источником права судебные акты не являются⁴. По поводу такой оговорки следует отметить, что в вопросе о правовой природе актов судебного норматив-

¹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 9 июня 2011 года № 12-П по делу о проверке конституционности положений пункта седьмого статьи 16 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» и части первой статьи 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» в связи с жалобой гражданина И.В. Аносова // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

² См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 1998 года № 86-О по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности по жалобе гражданки И.Г.Черновой // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

³ См.: Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий / Под ред. В.В. Николюка, В.В. Кальницкого, А.Е. Чечетина. Омск, 1999. С. 20.

⁴ См.: Ривман Д.В. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». СПб., 2003. С. 50.

ного толкования в отечественной юридической литературе нет единства взглядов, однако в современной науке судебная практика оценивается как особый источник права¹.

Более категоричное и радикальное мнение о значении и месте решений Конституционного Суда в правовой основе ОРД было высказано О.А. Вагиным, который отнес их к высшему — конституционному уровню правового регулирования ОРД наряду с Конституцией РФ². Эта позиция была воспроизведена им в учебнике «Теория оперативно-розыскной деятельности»³, а также в работах других авторов⁴. Однако с таким подходом не согласился профессор А.Ю. Шумилов, по мнению которого, решения Конституционного Суда в правовую основу ОРД непосредственно не входят, но при этом относятся к особой группе источников правового регулирования общественных отношений в сфере ОРД, поскольку его решения дают толкование правовых норм⁵.

Таким образом, несмотря на некоторые непринципиальные, на наш взгляд, разногласия, большинство авторов комментариев к Закону об ОРД едины в признании важности решений Конституционного Суда в правовом регулировании и возможности прямого или опосредованного отнесения их к правовой основе этого вида правоохранительной деятельности. Однако до настоящего времени исследователями не предпринималось попыток обоснования места и роли решений Конституционного Суда в системе правового регулирования ОРД.

При рассмотрении этого вопроса следует учитывать разнообразие видов решений Конституционного Суда, установленных как законом, так и сложившейся практикой конституционного судопроизводства.

¹ Общая теория государства и права: Академический курс. В 2 т. / Под ред. проф. М.Н. Марченко. Т. 2: Теория права. М., 1998. С. 153.

² См.: Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С приложением решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека / Вступ. ст. В.Д.Зорькина. М., 2006. С. 52.

³ См.: Теория оперативно-розыскной деятельности: Учебник / Под ред. К.К.Горяинова, В.С.Овчинского, Г.К.Синилова. М., 2006. С. 40; Указ. раб. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2012. С.41.

⁴ Например, см.: Постатейный комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / Под рук. А.Б. Смушкина (Е.В. Китрова, В.А. Кузьмин). М., 2008. С.18.

⁵ См.: Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С постатейным приложением нормативных правовых актов и документов / Авт.-сост. А.Ю.Шумилов. 6-е изд. доп. и перераб. М., 2004. С. 39–40.

Согласно статье 71 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее — Закон о Конституционном Суде) применительно к рассматриваемому нами предмету можно выделить два основных вида решений: итоговые решения в виде постановления, которые выносятся по существу поставленного в жалобе гражданина или запроса суда вопроса, и все иные решения, принимаемые в ходе осуществления конституционного судопроизводства, именуемые определениями. В свою очередь практика Конституционного Суда сформировала несколько разновидностей определений, выносимых по жалобам граждан и запросам судов, в том числе определения с так называемым «позитивным содержанием», определения об отказе в принятии обращений к рассмотрению, определения о прекращении производства по делу и некоторые другие¹.

Юридическая сила и правовая природа итоговых решений Конституционного Суда определена Конституцией РФ, в которой установлено, что акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу (ст. 125, ч. 6). Это конституционное положение получило свое развитие в ст. 79 Закона о Конституционном Суде, в которой закреплено, что решение Конституционного Суда действует непосредственно и не требует подтверждения другими органами и должностными лицами, а позиция Конституционного Суда о соответствии Конституции РФ смысла нормативного правового акта или его отдельного положения, придаваемого им правоприменительной практикой, выраженная в его постановлении, подлежит учету правоприменительными органами с момента вступления его в силу².

Основываясь на этих положениях Конституционный Суд установил, что его решения, в результате которых неконституционные нормативные акты утрачивают юридическую силу, имеют такую же сферу действия во времени, пространстве и по кругу лиц, как решения нормотворческого органа, и, следовательно, такое же, как нормативные акты, общее значение³. Более того, указанная статья Консти-

¹ Об этом см.: Комментарий к Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» / Под ред. Г.А.Гаджиева. М., 2012. С. 384–386.

² См.: Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» от 21 июля 1994 года № 1-ФКЗ // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

³ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июня 1998 года № 19-П по делу о толковании отдельных положений статьи 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

туции наделяет решения Конституционного Суда не только свойствами нормативности, но и большей юридической силой по сравнению с признаваемыми неконституционными законами. Отсюда следует вывод, что по своей юридической силе итоговые решения Конституционного Суда в иерархии правовых актов занимают место непосредственно после Конституции и имеют подконституционный характер¹.

Приведенная выше характеристика решений Конституционного Суда относится, прежде всего, к его итоговым решениям в виде постановлений, которые выносятся по результатам публичных слушаний и рассмотрения по существу дел по запросам судов о проверке конституционности закона, подлежащего применению, и жалобам граждан на нарушение их конституционных прав законом, примененным в их деле². За свою 25-летнюю историю Конституционный Суд принял пока лишь единственное постановление по делу о проверке конституционности положений Закона об ОРД от 9 июня 2011 года № 12-П, упоминавшееся выше. На его примере есть возможность проанализировать место и роль итоговых решений Конституционного Суда в системе правового регулирования ОРД.

Указанное постановление Конституционного Суда было вынесено по результатам рассмотрения жалобы бывшего судьи районного суда гр-на А., в отношении которого проводились ОРМ на основании судебного решения, полученного с нарушением принципа территориальной подсудности. Проблема, поднятая заявителем, заключалась в том, что ст. 9 Закона об ОРД, регламентирующая порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ, допускала возможность изменения территориальной подсудности решения этого вопроса, но не предусматривала порядка ее изменения. Отсутствие в законе такого порядка позволило сотрудникам ФСБ получить разрешение на проведение ОРМ в отношении гр-на А., подозревавшегося в вымогательстве взятки, в суде другого субъекта Российской Федерации, что привело,

¹ См.: Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12. С.5; Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2006. С.47; Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2011. С. 413–414.

² См.: Комментарий к Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» / Под ред. Г.А.Гаджиева. М., 2012. С. 382.

как утверждалось в жалобе, к нарушению права на законный суд, гарантированного ст. 47 Конституции РФ.

По результатам публичных слушаний дела Конституционный Суд в своем постановлении признал оспариваемые нормы не противоречащими Конституции РФ. При этом Суд установил, что конституционно-правовой смысл данных норм в системе действующего правового регулирования предполагает при наличии обоснованных опасений относительно возможности рассекречивания планируемых ОРМ направление соответствующих материалов для рассмотрения в равнозначный суд, который определяется решением Председателя Верховного Суда РФ или его заместителя, принятым по ходатайству инициатора ОРМ. В резолютивной части постановления было также указано на то, что выявленный Судом конституционно-правовой смысл взаимосвязанных законоположений, оспариваемых в жалобе, является общеобязательным и исключает любое иное их истолкование в правоприменительной практике.

Это решение Конституционного Суда было исполнено правоприменителем и повлияло, прежде всего, на исход уголовного дела по обвинению гр-на А., поскольку при рассмотрении его ходатайства о признании недопустимыми доказательствами результатов ОРД судья был вынужден оценивать правильность применения в его деле правовых норм с учетом их конституционно-правового истолкования. Поскольку в деле гр-на А. отсутствовало решение Председателя Верховного Суда или его заместителя об изменении территориальной подсудности при получении разрешения на проведение ОРМ в отношении судьи, то принявшая такое решение судебная коллегия суда соседнего региона не может быть признана законным составом суда, а потому доказательства, полученные в результате ОРМ, основанных на ее решении, суд признал недопустимыми¹. Решение Конституционного Суда было исполнено и законодателем, который внес соответствующее дополнение в ст. 9 Закона об ОРД², устранившее выявленный Конституционным Судом нормативный пробел.

¹ Подробнее об этом см.: Чечетин А.Е. Почему результаты оперативно-розыскных мероприятий были признаны недопустимыми доказательствами // Научный вестник Омской академии МВД России, № 2 (45), 2012. С. 59–62.

² См.: Федеральный закон от 10 июля 2012 года № 114-ФЗ «О внесении изменений в статью 16 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» и статью 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», внесенного Правительством Российской Федерации // Электронный ресурс: СПС «Консультант-Плюс».

Однако юридическое значение Постановления Конституционного Суда от 9 июня 2011 года № 12-П не исчерпывается указанными последствиями, поскольку его мотивировочная часть содержит ряд правовых позиций, которые также должны рассматриваться как непосредственные источники правового регулирования отношений, возникающих в сфере ОРД, поскольку им присущи определенные черты, характерные для источников права¹.

К числу таких правовых позиций можно отнести положения о том, что судебные решения, на основании которых допускается ограничение прав, гарантируемых статьями 23 и 25 Конституции РФ, должны приниматься с соблюдением правил установленной законом подсудности дел, а ее изменение возможно только в судебной процедуре и только при наличии указанных в законе оснований, препятствующих рассмотрению дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом (пункт 3); если обращение за получением разрешения на проведение оперативно-розыскных мероприятий в компетентный суд может повлечь нарушение режима секретности, в том числе обусловленное наличием у гражданина, в отношении которого запрашивается разрешение, личных связей в сфере его профессиональной деятельности, рассмотрение этого вопроса может быть возложено на другой суд, помимо прямо указанного в законе (пункт 4); вопрос об изменении территориальной подсудности уголовного дела разрешается председателем вышестоящего суда или его заместителем в порядке, установленном частями третьей, четвертой и шестой ст. 125 УПК РФ (пункт 6.3). Из приведенных правовых позиций следует, что в случае возникновения опасности рассекречивания планируемых ОРМ при обращении в суд по месту их проведения или месту нахождения органа, ходатайствующего об этом, их инициаторы должны обращаться к председателю вышестоящего суда либо к его заместителю для определения компетентного суда. При этом должны соблюдаться и правила ведомственной подсудности, которые не допускают возможности обращения в военные суды за получением разрешения на проведение ОРМ в отношении лиц, не относящихся к категории военнослужащих.

К постановлениям Конституционного Суда по своему значению и юридической силе наиболее близки определения с так называемым «позитивным содержанием», которые принимаются в случаях, когда для разрешения поставленного заявителем вопроса не требуется выне-

¹ Об этом см.: Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С.162.

сения итогового решения в виде постановления, но при этом устанавливается конституционно-правовой смысл обжалуемых положений с учетом ранее выработанных и сохраняющих свою силу правовых позиций. Их основным внешним отличием является то, что все они принимаются по заключениям судей Конституционного Суда, которые провели их предварительное изучение в порядке статьи 41 Закона о Конституционном Суде, а в их порядковый регистрационный номер включались литеры «О-П». Кроме того, такие определения, как правило, по решению Суда публикуются в официальных изданиях.

Содержательным же отличием «позитивных» определений является наличие в них правовых позиций, дающих конституционное истолкование и раскрывающих конституционно-правовой смысл оспариваемой в обращении (жалобе) законодательной нормы. В таких определениях, по сути, находит разрешение поставленная в обращении конституционно-правовая проблема, хотя она и не рассматривается в процедуре публичного слушания по делу. В силу этого выявление конституционного смысла имеет такое же значение, как признание нормы неконституционной, с точки зрения юридической силы выявленного Конституционным Судом смысла¹. Таким образом, «позитивные» определения занимают такое же место в системе правового регулирования ОРД, как и постановления Конституционного Суда.

Из числа изученных нами 160 определений Конституционного Суда по обращениям, связанным с проверкой конституционности норм Закона об ОРД, 10 могут быть отнесены к категории определений с «позитивным содержанием».

Наиболее значимым из их числа по объему правового материала и числу правовых позиций, безусловно, является уже упоминавшееся Определение Конституционного Суда от 14 июля 1998 года № 86-О. Его особенность заключалась в том, что жалоба заявительницы была принята к рассмотрению, но после состоявшегося публичного слушания Конституционный Суд прекратил производство, поскольку ряд оспариваемых норм к началу рассмотрения дела утратили силу, а другие, как установил Суд, либо не подлежали применению в деле заявительницы, либо ее права не нарушали. Несмотря на то, что данное определение является фактически решением о прекращении конституционного судопроизводства, тем не менее, в нем были сформулированы правовые позиции, в которых выявлен конституционно-правовой смысл целого ряда норм Закона об ОРД, обязательный для

¹ См.: Зорькин В.Д. Современный мир, право и Конституция. М., 2010. С. 371.

применения в иных оперативно-розыскных ситуациях. В их числе можно назвать следующие принципиальные положения:

— осуществление негласных ОРМ с соблюдением требований конспирации и засекречивание сведений в области ОРД само по себе не нарушает прав человека и гражданина, однако при этом орган, осуществляющий ОРД, должен проверить поступающую к нему информацию и в случае, если она является заведомо ложной, принять соответствующие законные меры к участнику оперативно-розыскных действий;

— сведения о фактах нарушения прав и свобод человека и гражданина, о фактах нарушения законности органами государственной власти и их должностными лицами не подлежат отнесению к государственной тайне и засекречиванию;

— Закон об ОРД не допускает сбора, хранения, использования и распространения информации о частной жизни проверяемого лица, если это не связано с выявлением, предупреждением, пресечением и раскрытием преступлений, а также выявлением и установлением лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших;

— постановление руководителя органа с ходатайством о проведении ОРМ, а также само судебное постановление, его разрешающее, должны быть мотивированными;

— судья не обязан давать разрешение на проведение ОРМ лишь на основе поступившего к нему представления руководителя органа, осуществляющего ОРД, если не приходит к выводу о необходимости такого разрешения, его обоснованности и законности;

— если сведения, на основании которых начаты ОРМ и заведено дело предварительной оперативной проверки, не подтвердились, либо в ходе осуществления ОРМ обнаруживаются признаки не преступления, а иных видов правонарушений, то проводимые ОРМ и дело оперативного учета подлежат прекращению, что, в свою очередь, позволяет проверяемому лицу истребовать сведения о полученной о нем информации;

— если лицо, в отношении которого проводятся ОРМ по судебному решению, узнало об этом и полагает, что его права и законные интересы ущемлены, то оно имеет право на обжалование и судебную защиту и в порядке административного судопроизводства может обращаться в суд в соответствии с установленной подсудностью.

По поводу последнего следует отметить, что ч. 3 ст. 5 Закона об ОРД устанавливает возможность судебного обжалования лишь действий органов, осуществляющих ОРД, не упоминая при этом

о допустимости обжалования судебных решений, санкционирующих проведение ОРМ. Не предусмотрено это и в ст. 9 Закона об ОРД, регламентирующей основания и порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ. Таким образом, приведенная правовая позиция восполнила в этой части имеющийся законодательный пробел, закрепив право заинтересованных лиц на оспаривание не только действий оперативно-розыскных органов, но и судебных решений, на основании которых они проводились.

Сформулированные в Определении от 14 июля 1998 года № 86-О правовые позиции многократно использовались как самим Конституционным Судом для мотивировки принимаемых им решений по другим обращениям, так и судами общей юрисдикции при разрешении спорных вопросов о правильности толкования норм Закона об ОРД в правоприменительной практике. Достаточно отметить, что ссылки на правовые позиции этого определения встречаются в трех десятках других решений Конституционного Суда.

Достаточно широко применяются в правоприменительной практике правовые позиции, сформулированные в Определении Конституционного Суда от 2 октября 2003 года № 345-О¹, которые носят несомненный нормативный характер. В этом решении Конституционный Суд по существу дал истолкование пределов конституционного права на тайну телефонных переговоров, разъяснив, что данное право по своему конституционно-правовому смыслу предполагает комплекс действий по защите информации, получаемой по каналам телефонной связи, независимо от времени поступления, степени полноты и содержания сведений, фиксируемых на отдельных этапах ее осуществления. В силу этого информацией, составляющей охраняемую Конституцией РФ и действующими на ее территории законами тайну телефонных переговоров, считаются любые сведения, передаваемые, сохраняемые и устанавливаемые с помощью телефонной аппаратуры, включая данные о входящих и исходящих сигналах соединения телефонных аппаратов конкретных пользователей связи; для доступа к указанным сведениям органам, осуществляющим ОРД, необходимо получение судебного решения. Таким образом, Конституционный Суд разрешил возникший на практике спор об условиях

¹ См.: Определение Конституционного Суда от 2 октября 2003 года № 345-О по запросу Советского районного суда города Липецка о проверке конституционности части четвертой статьи 32 Федерального закона от 16 февраля 1995 года «О связи»// Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

получения оперативно-розыскными органами сведений от операторов связи о соединениях абонентов (детализации телефонных соединений), установив возможность их получения только на основании судебного решения. Этим судебным решением по существу был восполнен законодательный пробел, поскольку Законом об ОРД условия наведения справок у операторов связи урегулированы не были. Сегодня эта правовая позиция воспринимается всеми правоприменителями как общеобязательное требование нормативного характера, несмотря на то, что в тексте Закона об ОРД она до сих пор не закреплена в отличие от УПК РФ, в который введена ст. 186.1 «Получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами».

Важные правовые позиции, содержащие конституционно-правовое истолкование положений Закона об ОРД, сформулированы в ряде других «позитивных» определений Конституционного Суда. Так, в Определении от 4 февраля 1999 года № 18-О¹ Суд установил, что результаты ОРМ являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Закона об ОРД, могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем. И хотя эта правовая позиция в большей степени регулирует не ОРД, а процессуальный порядок использования в доказывании ее результатов, устраняя недостатки статьи 89 УПК РФ, тем не менее, она обязывает оперативных сотрудников соблюдать порядок представления оперативно-розыскных материалов следователю и создавать необходимые условия для их проверки процессуальным путем. Ссылки на это решение встречаются в десятке других определений Конституционного Суда.

В Определении Конституционного Суда от 1 декабря 1999 года № 211-О была сформулирована правовая позиция о том, что законодательные нормы, регламентирующие проведение по поручению следователя опросов граждан, не подлежат применению к обвиняемому без учета положений уголовно-процессуального законодательства, закрепляющих гарантии прав этого особого участника судопроизводства, а проведение ОРМ, сопровождающих производство предварительного расследования по уголовному делу, не может подменять процессуальные действия, предусмотренные уголовно-процессуальным законом. Таким образом, этим решением по существу был установлен запрет на проведе-

¹ Полные названия и тексты данного, а также всех упоминаемых далее определений Конституционного Суда см.: Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

ние даже по поручению следователя опросов обвиняемых, находящихся под стражей без разъяснения им права на отказ от дачи показаний и на возможность участия в проводимом опросе адвоката.

Вопрос о возможности допуска адвокатов к участию в проведении гласных ОРМ, который в Законе об ОРД никак не урегулирован, получил свое развитие в другом «позитивном» определении Конституционного Суда от 9 июня 2005 года № 327-О. В нем указывалось, что лицу, в отношении которого проводятся ОРМ в связи с подозрением его в причастности к подготовке или совершению преступления, должна предоставляться возможность воспользоваться квалифицированной юридической помощью адвоката, если таковая не исключается необходимостью обеспечения режима секретности, соблюдения требований оперативности и конспиративности. Отсюда следует, что сотрудники оперативно-розыскных органов не только обязаны разъяснить право на квалифицированную юридическую помощь лицу, в отношении которого проводится гласное ОРМ, но и, естественно, не могут отказывать в допуске адвоката, если он прибыл на место проведения ОРМ.

Самой многочисленной разновидностью решений Конституционного Суда являются определения об отказе в принятии обращений к рассмотрению в силу их несоответствия требованиям допустимости — так называемые «простые отказные» определения, которые, как правило, не содержат нормативного начала и касаются лишь оценки применения закона в конкретной ситуации. В то же время некоторые подобного рода «отказные» определения содержат такую интерпретацию оспоренных законоположений, которая выходит за пределы рассмотренной ситуации, имеет нормативное значение и может распространяться на других субъектов права, находящихся в аналогичной ситуации¹. Иными словами, в чисто «отказных» определениях также может быть сформулирована правовая позиция Конституционного Суда, имеющая общеобязательный характер².

Проведенный анализ определений Конституционного Суда об отказе в принятии к рассмотрению жалоб на нарушение конституционных прав граждан нормами Закона об ОРД показал, что их большая половина в своей мотивировочной части содержит правовые

¹ См.: Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2006. С.86.

² См.: Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011. С.133.

позиции, которые позволяют разрешить многие острые вопросы, связанные с обеспечением прав личности при проведении ОРМ.

К числу таковых, в частности, относится вопрос о правомерности задержания граждан в процессе проведения ОРМ, в том числе задержания «с поличным» сбытчиков наркотиков и взяточников. Такие мероприятия как оперативный эксперимент, проверочная закупка и наблюдение, как правило, проводятся с целью задержания проверяемых лиц в момент их покушения на преступление. Практику борьбы с преступностью трудно представить без применения такого приема пресечения преступлений, а потому в теории ОРД задержание «с поличным» рассматривается в качестве допустимого способа реализации оперативно-розыскных данных¹. В то же время Закон об ОРД не предусматривает возможности таких действий, а потому, если задержание обосновывается необходимостью решения задач ОРД, то оно воспринимается заинтересованными лицами как незаконное ограничение конституционного права на неприкосновенность личности и порождает жалобы в Конституционный Суд.

Так, поводом одной из таких жалоб стало задержание заявителя и содержание его в течение двух часов в изолированном помещении органа внутренних дел, которое было обосновано необходимостью проведения оперативно-розыскного отождествления личности и признано законным судами общей юрисдикции. В Определении от 15 апреля 2008 года № 312-О-О об отказе в принятии к рассмотрению этой жалобы Конституционный Суд указал, что проводимое в рамках ОРД отождествление личности и уголовно-процессуальные действия по задержанию подозреваемого осуществляются в различных правовых режимах и имеют самостоятельные правовые основания, предусмотренные соответственно Законом об ОРД и УПК РФ. Отождествление личности относится к мерам проверочного характера с целью установления лиц, причастных к преступной деятельности, путем непроцессуального опознания по идентифицирующим признакам и не предполагает применение такой меры принуждения, как задержание отождествляемого лица. Задержание — как мера принуждения, обеспечения подготовки и проведения ОРМ или достижения каких либо целей ОРД Законом об ОРД не предусмотрено. Оно может иметь место в порядке и по основаниям, установленным статьями 27.3 и 27.4

¹ См. например: Теория оперативно-розыскной деятельности: Учебник. 2-е изд, перераб. и доп. / Под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Сенилова. М., 2012. С. 342–343.

КоАП РФ или статьями 91 и 92 УПК РФ, которые предусматривают обязательное составление протокола задержания.

Приведенное положение с полным основанием можно назвать правовой позицией Конституционного Суда, поскольку в нем на основе системного толкования правовых норм разъяснена недопустимость задержания граждан для решения задач ОРД и на основании норм Закона об ОРД. Эта правовая позиция была воспроизведена в ряде других определений Конституционного Суда об отказе в принятии к рассмотрению жалоб граждан, которые задерживались сотрудниками оперативных служб за незаконный оборот наркотиков без документального оформления либо со ссылкой на нормы Закона об ОРД¹. Таким образом, Конституционный Суд ограничил усмотрение оперативных сотрудников в выборе тактических приемов задержания с поличным в результате проведения ОРМ, указав на иную правовую природу применения мер принуждения в отношении лиц, застигнутых при совершении преступления. К сожалению это не снимает проблемы недостаточности правового регулирования неотложного задержания лиц, чья преступная деятельность должна пресекаться в процессе ОРД. Эта проблема требует своего разрешения на законодательном уровне.

В ряде «отказных» определений Конституционного Суда был разрешен достаточно спорный в практике вопрос об условиях проведения ОРМ в отношении адвокатов. Причиной спора стала недостаточная проработанность законодателем норм, регламентирующих адвокатскую тайну в статье 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре». Согласно пункту 3 этой статьи «проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения». Наличие в данной норме столь императивного предписания без уточнения того, на какие конкретные виды ОРМ оно распространяется, не согласуется с положениями ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД, согласно которой судебные решения требуются лишь для проведения ОРМ, которые ограничивают конкретные конституционные права: на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища. Эта несогласованность порождает

¹ Определения Конституционного Суда от 22 апреля 2010 года № 531-О-О и 532-О-О, от 27 мая 2010 года № 704-О и др.

ет неопределенность в истолковании и применении в процессе ОРД положений ч. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре.

В Определении от 22 марта 2012 года № 629-О-О Конституционный Суд, мотивируя свой отказ в принятии к рассмотрению жалобы адвоката, в отношении которого был проведен оперативный эксперимент без судебного решения, сделал вывод, что ОРМ в отношении адвокатов по общему правилу могут проводиться без судебного разрешения, которое необходимо лишь в случаях, когда они «вторгаются в сферу осуществления им собственно адвокатской деятельности и могут затрагивать адвокатскую тайну», а совершение адвокатом преступного деяния никак не может относиться к сфере адвокатской деятельности. Эта правовая позиция получила свое подтверждение также в Определении от 17 июля 2012 года № 1472-О.

В ряде жалоб в Конституционный Суд заявителями ставился вопрос о недопустимости негласного сбора образцов голоса обвиняемых, содержащихся под стражей, для проведения фоноскопических экспертиз. Такой прием нередко используется в тех случаях, когда обвиняемые отказываются предоставить образцы своего голоса следователю в уголовно-процессуальном порядке, ссылаясь на конституционное право не свидетельствовать против себя самого. В определениях об отказе в принятии к рассмотрению этих жалоб Конституционный Суд, ссылаясь на свои ранее сформулированные правовые позиции о процессуальных гарантиях прав обвиняемых, указал на то, что проведение ОРМ в связи с производством предварительного расследования по уголовному делу не может подменять процессуальный порядок получения образцов для сравнительного исследования, установленный ст. 202 УПК РФ¹. Этими решениями установлен фактический запрет на негласное получение у обвиняемых образцов голоса с целью их использования в проведении фоноскопической экспертизы по уголовным делам, что позволяет стороне защиты ставить под сомнение законность экспертизы, в которой использовались такие образцы.

В «отказном» определении Конституционного Суда от 18 декабря 2003 г. № 498-О было указано на то, что ст. 8 Закона об ОРД не предусматривает возможности проникновения оперативных сотрудников в жилище в целях задержания разыскиваемого лица без согласия на то проживающих там лиц и без судебного решения. В мотивировочной части этого решения отмечалось, что закон допускает проникновение в жилище без судебного решения лишь в случаях, кото-

¹ Определения Конституционного Суда от 24 января 2008 г. № 104-О-О и от 25 февраля 2011 г. № 261-О-О.

рые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации, на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД с обязательным уведомлением суда в течение 24 часов. В данном решении Конституционный Суд формально ограничивается лишь буквальным толкованием положений ст. 8 Закона об ОРД, однако с учетом обстоятельств применения оспариваемой нормы им фактически признаются незаконными проникновения оперативных сотрудников в жилище в указанных здесь целях, если при отсутствии судебного решения не было получено согласия на то проживающих там лиц.

Вышеизложенное позволяет прийти к выводу о том, что решения Конституционного Суда, вынесенные не только в виде постановлений и «позитивных» определений, но в ряде случаев и «простых отказных» определений, содержат правовые позиции, которые дают общеобязательное для всех правоприменителей толкование норм оперативно-розыскного законодательства, выступают регулятором правоотношений в сфере ОРД, а потому входят составным элементом в правовую основу этой деятельности.

Глава 2. ПОНЯТИЕ, СТРУКТУРА И КЛАССИФИКАЦИЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ

§ 1. О понятии оперативно-розыскных мероприятий

Обеспечение прав личности при проведении ОРМ напрямую, на наш взгляд, зависит от правильного понимания всеми правоприменителями, включая оперативных сотрудников, следователей, прокуроров и судей сущности и содержания разрешенных к применению ОРМ, адекватного восприятия ими использованных в законе правовых категорий и терминов. При этом действия сотрудников оперативно-розыскных служб должны не только соответствовать закону, но и быть гармонично согласованы с основными конституционными положениями.

Поскольку же, как уже отмечалось, в Законе об ОРД отсутствуют определения закрепленных в нем ОРМ, то перед наукой ОРД встает важнейшая задача их теоретической разработки и раскрытия содержания исходных понятий¹. Одним из таких исходных и в то же время системообразующих в науке ОРД следует признать понятие ОРМ, посредством которых, как закреплено ст. 1 Закона об ОРД осуществляется оперативно-розыскная деятельность.

Термин — «оперативно-розыскные мероприятия» в отечественном законодательстве в качестве правовой категории, как нам удалось установить, впервые был использован в ст. 12 Закона СССР от 6 марта 1991 г. «О советской милиции», закрепляющей права милиции, в том числе, право на проведение ОРМ². Аналогичная норма с аналогичным термином была закреплена также в ст. 14 Закона СССР от 16 мая 1991 г. «Об органах государственной безопасности в СССР», затем этот термин был применен законодателем в ст. 29 Закона РФ от 17 января 1992 г. «О прокуратуре Российской Федерации», определяющей предмет прокурорского надзора, и, наконец, в Законе РФ от 13 марта 1992 г. «Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации» он становится базовым и системообразующим правовым термином, поскольку в 20-ти его статьях он употребляется 35 раз. В пришедшем же ему на смену Федеральном законе от 12 августа 1995 г. «Об оперативно-розыскной деятельности», содержащем 23 статьи, данный термин применен уже 61 раз. За прошедшие почти четверть века после своего первого появления в

¹ Климов И.А. Оперативно-розыскная деятельность как процесс познания. М., 1994. С. 67.

² Тексты упоминаемых законов размещены в СПС «Консультант Плюс».

законодательстве термин «оперативно-розыскные мероприятия» получил «прописку» уже в более чем 30 федеральных законов. Однако ни в одном из них не раскрыто содержания ставшего столь распространенным правового термина.

В науке ОРД, в отличие от законодательства, термин «оперативно-розыскные мероприятия» появился более четырех десятилетий назад, но при этом употреблялся в различных значениях, поскольку в одних случаях сущность ОРМ связывалась с познавательной стороной ОРД, направленной на поиск, обнаружение и фиксацию информации, необходимой для оперативных аппаратов¹, а в других — с деятельной, направленной на реализацию полученной оперативно-розыскной информации². Таким образом, к моменту появления этого термина в законодательстве, наука не имела общепризнанного и устоявшегося определения понятия ОРМ.

Попытки определить понятие ОРМ с учетом его закрепления в законодательстве предпринимались в работах В.М. Аتماжитова, В.Г. Боброва, В.В. Дюкова, В.И. Елинского, А.М. Ефремова, Н.С. Железняк, С.И. Захарцева, Ю.Ф. Кваши, А.Г. Лекаря, В.Н. Омелина, Д.В. Ривмана, К.В. Суркова, М.А. Шматова, А.Ю. Шумилова и целого ряда других ученых. Всего нам удалось обнаружить в изученной литературе более пяти десятков определений ОРМ, и их количество продолжает увеличиваться. При этом подавляющее большинство характеризуется немалым разнообразием авторских подходов, существенно отличающихся друг от друга. Результаты усилий ученых в решении этого вопроса содержат немало ценного эмпирического и теоретического материала, позволяющего продолжить научные поиски с целью определения сущности рассматриваемого нами явления. Данное обстоятельство обуславливает необходимость и возможность проведения сравнительного анализа современных подходов к определению понятия ОРМ для дальнейшего конструирования искомой дефиниции.

Методологической основой при определении понятия ОРМ должны выступать законы и правила логики — науки о формах и законах правильного мышления, ведущего к истине³. Соблюдение правил формальной логики обеспечивает последовательность, формаль-

¹ См.: Алексеев А.И., Синилов Г.К. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. М., 1973. С. 10.

² См.: Гребельский Д.В. Теоретические основы и организационно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. М., 1977. С. 57.

³ См.: Иванов Е.А. Логика. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2001. С. 3.

ную обоснованность мыслей, правильность мышления. Само по себе это еще не гарантирует достижения истины, но соответствие процесса и результатов познания нормам формальной логики — непеременимое условие успешности каждого познавательного процесса. В соответствии с требованиями формальной логики все положения, выводы теории ОРД должны быть логически последовательными, определенными и обоснованными¹.

Наша позиция основывается на том, что определение понятия в науке ОРД, как и в любой другой отрасли знания, является ничем иным, как логической операцией, в процессе которой раскрывается его содержание². Современные авторы называют эту операцию конструированием понятий, отмечая, что этот процесс протекает в виде поиска такого множества необходимых условий, которое было бы достаточным для однозначного определения требуемого класса вещей³. Поскольку содержание всякого понятия составляют существенные признаки предметов действительности, то определение понятия есть вместе с тем раскрытие сущности соответствующего предмета⁴. С помощью определений юридическая наука находит и задает границы, отделяющие явления, мыслимые с помощью данного понятия, от всех остальных явлений⁵.

В логике существует несколько приемов определения понятий, а основным из них является определение через ближайший род и видовое отличие⁶. Этот прием использовался еще древнегреческими философами. Так, Сократ для установления точных определений исследуемых понятий, делил их на роды и виды, преследуя при этом не только теоретические, но и практические цели⁷. Развивая его учение, Аристотель разработал правила определения понятий, которые приняты современной традиционной логикой. Суть этих правил следующая: 1) определение должно быть соразмерным, т. е. ни слишком узким, ни слишком широким; 2) определение должно быть ясным, т. е. свободным от двусмысленности и непонятных слов; 3) в определении не должно быть

¹ См.: Алексеев А.И., Синилов Г.К. Указ. раб. С. 183.

² См.: Тер-Акопов А.А. Юридическая логика. М., 2002. С. 40.

³ См.: Светлов В.А. Практическая логика. — 2-е изд., испр. и доп. — СПб., 1997. С. 29.

⁴ См.: Иванов Е.А. Указ. раб. — С. 71.

⁵ См.: Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в юриспруденции: монография. М., 2015. —С.51.

⁶ См.: Кондаков Н.И. Указ. раб. С. 409.

⁷ См.: Кессиди Ф.Х. Сократ. М., изд. 2-е доп. 1998. С.68.

круга, т. е. термин, встречающийся в определяющей части, не должен определяться через определяемый термин¹. На необходимость соблюдения этих правил при определении понятий в науке ОРД указывалось В.И. Елинским, исследовавшим проблемы формирования языка этой науки².

Чтобы разобраться в содержании имеющихся в литературе по ОРД определений ОРМ, следует использовать принятое в логике деление определений по характеру определяемого предмета на два основных вида — реальные и номинальные. К первому виду относятся определения самого предмета, отраженного в соответствующем понятии, которые раскрывают существо предмета и его качественную специфику. Ко второму, в свою очередь, относятся определения, в которых раскрывается смысл термина, обозначающего исследуемый предмет³.

Анализ выявленных в ходе исследования определений ОРМ позволяет заключить, что значительную часть из них можно отнести к категории номинальных, в которых определяется смысл термина, а не сущность предмета. Авторы номинальных определений, как правило, не ставят перед собой цели формулирования строго научных дефиниций, ограничиваясь самыми общими (зачастую обыденными) представлениями о сути рассматриваемого явления и излагая свое понимание того, о чем они ведут речь. В этом случае происходит отождествление понятия и термина, что следует расценивать как порочную практику, тормозящую развитие понятийного аппарата теории оперативно-розыскной деятельности⁴. Тем не менее номинальные определения представляют немалый научный интерес, поскольку отражают ценностные (аксиологические) элементы исследуемого явления.

В ходе нашего исследования использовался метод контент-анализа имеющихся в литературе определений ОРМ, позволивший определить частоту упоминания различными авторами тех или иных отличительных признаков мероприятий⁵.

¹См.: Войшвилло Е.К., Дегтярев М.Г. Логика. М., 1998. С. 265–270.

² См.: Елинский В.И. Основы методологии теории оперативно-розыскной деятельности. М., 2001. С. 136–139.

³ Иванов Е.А. Указ. раб. С. 75; Войшвилло Е.К., Дегтярев М.Г. Указ. раб. С. 253–255.

⁴ Ломтев С.П. Гносеологические и аксиологические элементы понятийного аппарата теории оперативно-розыскной деятельности // Актуальные вопросы развития теории и практики оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: Межвуз. сб. науч. тр. / Отв. ред. К.М. Тарсуков. М., 1999. С. 154.

⁵ Подробней см.: Чечетин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия: понятие, сущность, структура: Препринт. Барнаул, 2004. С. 7–20.

Первые реальные определения ОРМ нам удалось обнаружить в работах одного из основоположников теории ОРД А.Г. Лекаря, который определял их как *«действия работников органов охраны общественного порядка, основанные на использовании имеющихся в их распоряжении негласных средств и методов в сочетании с гласными и направленные на решение частных задач оперативно-розыскной деятельности»*¹.

Логический анализ данного определения позволяет увидеть, что в качестве родового признака понятия ОРМ здесь используется достаточно широкое и распространенное в русском языке понятие «действие», означающее поступок, поведение человека². В юридической же терминологии действие относится к разновидностям юридических фактов, наступление которых зависит от воли и сознания людей³. В свою очередь под юридическим фактом понимаются предусмотренные в законе обстоятельства, которые составляют основание для возникновения (изменения, прекращения) конкретных правоотношений⁴. Интегрируя обыденный и юридический смысл понятия «действия» применительно к рассматриваемому нами предмету можно заключить, что действия как родовый признак понятия ОРМ означает волевые и осознанные поступки и поведение людей, порождающие возникновение конкретных правоотношений. Поскольку вся оперативно-розыскная деятельность складывается из отдельных актов поведения, поступков ее участников, то представляется вполне обоснованным действия субъектов оперативно-розыскной деятельности рассматривать в качестве родового признака исследуемого понятия. Такая позиция разделяется многими исследователями, которые определения ОРМ рассматривают именно через понятие действий.

Анализируя далее определение ОРМ, сформулированное А.Г. Лекарем, в качестве видовых особенностей, отличающих оперативно-розыскные мероприятия от любых иных действий как юридических

¹ См.: Оперативно-розыскная деятельность органов охраны общественного порядка. Раздел 1. Основы оперативно-розыскной деятельности. М., 1966. С. 11; Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел. Общая часть / Под ред. А.Г. Лекаря, Д.В. Гребельского. М., 1972. С. 14.

² См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. Изд.6-е стереотип. М., 1964. С. 152.

³ См.: Барихин А.Б. Большой юридический энциклопедический словарь. М., 2004. С.130.

⁴ Там же. С.709.

фактов, в том числе от действий, входящих в содержание ОРД, можно выделить следующие признаки:

1) их основанность на использовании негласных средств и методов в сочетании с гласными;

2) специальный субъект действий в лице сотрудников оперативных подразделений;

3) направленность действий на решение частных задач ОРД.

Первый отличительный признак ОРМ, включенный в данное определение, напрямую вытекает из основополагающего принципа ОРД — сочетания гласных и негласных методов и средств. Он позволяет отграничивать ОРМ от других действий, осуществляемых сотрудниками правоохранительных органов при выполнении своих функций: административных, уголовно-процессуальных, режимных и т. д. Хотелось бы обратить внимание на то, что А.Г. Лекарь в своем определении отдает явный приоритет негласным средствам и методам, поскольку, как отмечено в определении, ОРМ «основаны» на их использовании и лишь «сочетаются» с гласными средствами и методами. По данным нашего исследования, этот признак в различных редакциях¹ присутствует в большинстве изученных определений ОРМ, а потому его можно считать общепризнанным среди специалистов.

Второй из указанных в определении А.Г. Лекаря признаков означает, что к категории оперативно-розыскных мероприятий можно относить только такие действия, которые осуществляются специально уполномоченными субъектами. Это требование напрямую вытекает из содержания ст. 1 Закона об ОРД, согласно которой оперативно-розыскная деятельность может осуществляться только оперативными подразделениями государственных органов, уполномоченных на то

¹ Например, см.: Гребельский Д.В., Самойлов В.Г., Вандышев А.С., Волынский А.Ф., Нелюбин Я.В. Проблемы личного сыска и дальнейших исследований сущности и системы оперативно-розыскных средств и методов // Информационное сообщение лаборатории проблем оперативно-розыскной деятельности кафедры оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. Вып. 1. М., 1970. С. 10; Дюков В.В. К вопросу об оперативно-розыском мероприятии // Актуальные проблемы совершенствования оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: Мат-лы конф. М., 1977. С. 85; Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел. Термины и определения. Киев, 1998. С. 31; Абрамов А.М., Блинов Ю.С., Тузов Л.Л. Оперативно-розыскные мероприятия, осуществляемые подразделениями криминальной милиции. М., 1999. С. 13; Железняк Н.С. Основы оперативно-розыскной деятельности: конспективные ответы на традиционные вопросы. Красноярск, 2002. С. 17.

законом. Это обстоятельство, по нашему мнению, позволяет отграничивать ОРМ от действий частных детективов, которые по своему содержанию в ряде случаев могут иметь определенное сходство с оперативно-розыскными мероприятиями. Рассматриваемый признак в различных редакционных вариантах упоминается в более половины изученных нами определений, что свидетельствует о признании его значимости.

При этом, если А.Г. Лекарь к субъектам проведения ОРМ относит только сотрудников оперативных аппаратов, то другие исследователи в качестве субъектов ОРМ называют также «иных лиц, участвующих в ОРД»¹, «уполномоченных на то лиц»², «органы, уполномоченные законодателем»³, «правомочные субъекты»⁴. Наиболее универсальным из всех имеющихся нам представляется предложенный В.Н. Омелиным термин «уполномоченные субъекты»⁵, который получил широкое распространение в современной учебной литературе⁶, а потому предлагается использовать его для конструирования понятия ОРМ.

Третий отличительный признак ОРМ, включенный А.Г. Лекарем в понятие ОРМ, отражает цель, на достижение которой мероприятие направлено. Направленность ОРМ на какую-то определенную цель в качестве их отличительного признака встречается в 93 % изученных нами определений, но при этом используемые авторами формулировки целей ОРМ весьма разнообразны. Если попытаться сгруппировать

¹ См.: Словарь оперативно-розыскной терминологии / Под ред. И.И. Басецкого. Мн., 1993. С. 25; Оперативно-розыскная деятельность: словарь-справочник / Составитель В.Ю.Голубовский. СПб., 2001. С.109; Елинский В.И. Указ. раб. С. 137.

² См.: Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / Под. ред. А.Ю. Шуилова. М., 1997. С. 60.

³ См.: Кваша Ю.Ф., Матвеев С.Е. Оперативно-розыскные мероприятия, применяемые в оперативном поиске. М.; Н. Новгород, 1998. С. 4.

⁴ См.: Ильиных В.Л. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности». Комментарий. Саратов, 1997. С. 16.

⁵ См.: Омелин В.Н. Понятие оперативно-розыскных мероприятий // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: Матлы науч.-пр. конф. М., 2005. С. 23.

⁶ Например, см.: Оперативно-розыскная деятельность: учебник / И.А. Климов и др. / Под ред. И.А. Климова. М., 2014. С.196; Дубоносов Е.С. Основы оперативно-розыскной деятельности: Учебное пособие / Под ред. Г.К. Синилова. М., 2009. С.147.

имеющиеся подходы к формулированию целей ОРМ, то можно выделить три основные группы.

К первой самой малочисленной группе можно отнести определения, в которых цели ОРМ отождествляются с общими задачами всей оперативно-розыскной деятельности и формулируются как: «решение задач оперативно-розыскной деятельности»¹, «решение стоящих перед ними задач»², «достижение целей и разрешение задач оперативно-розыскной деятельности»³ и т. д. Такая формулировка целей ОРМ, отождествляющая их с задачами всей оперативно-розыскной деятельности, а тем более с ее общими целями, представляется нам неточной. Такой вывод вытекает, прежде всего, из содержания Закона об ОРД, в котором установлено, что на решение задач ОРД направлены не только ОРМ, но и иные содержательные элементы этой деятельности: создание информационных систем, заведение дел оперативного учета (ст. 10), соблюдение правил конспирации (ст. 14), установление отношений сотрудничества с отдельными лицами (ст. 15) и т. д.

Кроме того, каждая из задач ОРД, сформулированная в ст. 2 Закона об ОРД, решается лишь в результате применения комплекса ОРМ и других оперативно-розыскных действий. Например, для раскрытия преступлений необходимо использовать информационные системы, информировать другие органы, устанавливать отношения сотрудничества, использовать документы, зашифровывающие личность и т. д. Таким образом, направленность на решение общих задач ОРД не может рассматриваться в качестве сущностного признака ОРМ, отличающего их от иных оперативно-розыскных действий.

Ко второй группе можно отнести определения, в которых целью ОРМ называется решение частных (отдельных, конкретных, тактических) задач оперативно-розыскной деятельности⁴. Нельзя не согласиться с тем, что с помощью ОРМ должны решаться какие-либо конкретные (локальные, промежуточные) тактические задачи. Направленность на решение частной тактической задачи отличает ОРМ от ряда других понятий и категорий оперативно-розыскной деятель-

¹ См.: Шумилов А.Ю. Закон и оперативно-розыскная деятельность: Толковый словарь понятий и терминов, используемых в законодательстве в области оперативно-розыскной деятельности. М., 1996. С. 36.

² См.: Ильиных В.Л. Указ. раб. С. 16.

³ См.: Захарцев С.И. Теория и правовая регламентация оперативно-розыскных мероприятий: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2004. С. 11.

⁴ Например, см.: Оперативно-розыскная деятельность: словарь-справочник / Составитель В.Ю. Голубовский. СПб., 2001. С.109;

ности, таких как оперативный поиск, оперативная разработка, оперативно-розыскная профилактика и т. д. В то же время такая формулировка целей ОРМ не позволяет отграничить их от действий оперативного работника по заведению дела оперативного учета, привлечению лица к негласному сотрудничеству, представлению результатов оперативно-розыскной деятельности и т. д., которые также направлены на решение частных задач ОРД, а потому вряд ли ее можно отнести к существенным признакам ОРМ.

Третью группу составляют определения, в которых целью ОРМ называется сбор (поиск, добывание) информации (фактических данных), необходимой для решения задач ОРД. Сторонниками такого видения целей ОРМ выступают В.Г. Бобров, Е.С. Дубонос, А.А. Чувилов, В.Н. Омелин, Ю.Ф. Кваша, И.А. Климов, К.В. Сурков и некоторые другие ученые, а также 87 % опрошенных нами сотрудников оперативно-розыскных служб. Как справедливо отмечалось авторами одного из фундаментальных учебников по ОРД, перечень ОРМ «определен единой общей сутью — направленностью на получение информации для ее последующей реализации»¹. На наш взгляд, это наиболее точное определение целей ОРМ, позволяющее отграничить их от множества других действий оперативных работников, носящих вспомогательный и технический характер.

Однако с такой точкой зрения не согласился С.И. Захарцев, по мнению которого, данный признак нельзя назвать отличительным, поскольку не все ОРМ направлены на получение информации. К числу таковых им отнесены сбор образцов для сравнительного исследования, поскольку образцы следует в дальнейшем исследовать, а также оперативное внедрение, осуществление которого само по себе информацию, якобы, не предоставляет². Однако, приведенные нашим оппонентом аргументы представляются недостаточно убедительными в силу следующих обстоятельств. Во-первых, само понятие получения информации как цели ОРМ может быть достаточно широким, а потому, например, получение образцов наркотиков, боеприпасов, контрафактных предметов и т. п. уже будет содержать сведения о причастности лица к их незаконному обороту, а их дальнейшее исследование позволит лишь конкретизировать их вид, состав, свойства

¹ См.: Теория оперативно-розыскной деятельности : Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. /Под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. М., 2014. С. 232.

² См.: Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия: Общие положения. СПб., 2004. С. 25.

и т. д. Во-вторых, само по себе внедрение в преступную среду все же, на наш взгляд, позволяет внедренному сотруднику получать необходимую информацию путем произвольной фиксации своими органами чувств всего, что происходит вокруг него, без осуществления каких-либо активных действий. При этом уважаемый оппонент проявляет непоследовательность в своей оценке целевой направленности оперативного внедрения, поскольку в другом разделе работы соглашается с нашим мнением о том, что оперативное внедрение можно определить как «способ получения информации»¹.

Проведенный нами анализ имеющихся дефиниций ОРМ показал, что по мере накопления научных знаний выделенные А.Г. Лекарем существенные признаки оперативно-розыскных мероприятий уточнялись и дополнялись. Так, В.В. Дюков исходя из семантического толкования слова «мероприятие» определил ОРМ не просто как действие, а как «комбинированную серию (систему) взаимосвязанных действий оперативных работников»². Такой подход использовался в 60 % изученных нами дефиниций ОРМ.

Такое уточнение подчеркивает сложный характер оперативно-розыскного мероприятия как самостоятельного структурного элемента ОРД. Нельзя не согласиться с тем, что большая часть мероприятий складывается из каких-то отдельных действий, объединенных единым замыслом. В таких случаях смысл слова и сущностная характеристика явления, которое им обозначено, в полной мере совпадают. Вместе с тем нельзя не признать, что некоторые мероприятия (опрос, наведение справок, отождествление, сбор образцов для сравнительного исследования) могут ограничиваться какими-то отдельными элементарными действиями. В связи с этим мы полагаем, что наличие системы взаимосвязанных действий вряд ли будет оправданным рассматривать в качестве обязательного признака любого ОРМ.

Большой вклад в исследование сущности ОРМ внес А.Ю. Шумилов, который в своих работах предложил несколько различных определений ОРМ, включив в них весьма важный признак — законодательную закрепленность ОРМ³. Позже об этом признаке стали упоминать и другие авторы⁴. Отнесение указанного признака к числу наиболее существен-

¹ Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия. С. 134–135.

² См.: Дюков В.В. Указ. раб. С. 85.

³ См.: Шумилов А.Ю. Юридические основы оперативно-розыскных мероприятий. М., 1999. С. 6.

⁴ Елинский В.И. Указ. раб. С. 137; Ильиных В.Л. Указ. раб. С. 16; Оперативно-розыскная деятельность. 2-е изд., доп. и перераб. / Под ред. К.К. Горяи-

ных представляется нам абсолютно обоснованным, поскольку это подчеркивает правовую природу оперативно-розыскных мероприятий. Закрепление в ст. 6 Закона об ОРД исчерпывающего перечня ОРМ дает полное право относить к таковым только те, которые в ней перечислены, любые же другие действия, осуществляемые в процессе ОРД, мероприятиями называться не могут.

Анализ имеющихся в литературе определений ОРМ позволяет обратить внимание на еще один признак, упоминающийся в каждой третьей дефиниции — нормативная регламентация порядка проведения оперативно-розыскных мероприятий. Впервые его включили в свое определение Д.В. Ривман и И.К. Храбров, отмечавшие при этом наличие у оперативно-розыскных мероприятий «строгих процедурных, тактических и пространственно-временные ограничений»¹. Последнее уточнение представляется нам дискуссионным, поскольку этот признак может быть применим лишь к незначительной части ОРМ, которые ограничивают наиболее охраняемые законом конституционные права граждан (на неприкосновенность жилища, тайну телефонных переговоров и т. д.). Значительная же часть мероприятий, как известно, не имеет строгих процедурных и пространственно-временных ограничений (например: опрос, отождествление, наведение справок и т. д.), а поэтому приведенный признак будет исключать их из объема рассматриваемого понятия.

По-разному формулируют указанный признак различные авторы: одни отмечают, что ОРМ проводятся на «основании и в порядке, предусмотренном законодательством»², другие — «в соответствии с требованиями ведомственных нормативных актов»³, третьи — «на основании и в порядке, установленном законом и подзаконными нормативными актами»⁴. Наиболее лаконично и емко этот признак

нова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова, А.Ю. Шумилова. М., 2004. С. 297; Дубоносов Е.С. Основы оперативно-розыскной деятельности: Учебное пособие / Под ред. Г.К.Синилова. М., 2009. С.147; Оперативно-розыскная деятельность: учебник / Климов И.А., Е.С. Дубоносов, Л.Л. Тузов и др. / Под ред. И.А. Климова. М., 2014. С.196.

¹ См.: Ривман Д.В., Храбров И.Е. К вопросу о сущности, видах и методах оперативно-розыскного наблюдения // Актуальные проблемы теории и практики оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: Сб. ст. Красноярск, 1997. С. 134.

² Михайлов В.И. Контролируемая поставка как оперативно-розыскная операция. М., 1998. С. 31.

³ Кваша Ю.Ф., Матвеев С.Е. Указ. раб. С. 4.

⁴ Омелин В.Н. Указ. раб. С. 23.

сформулировал В.Г. Бобров, отмечавший необходимость соответствия ОРМ требованиям нормативных правовых актов¹. Соглашаясь с этим, следовало бы лишь дополнить, что каждое оперативно-розыскное мероприятие согласно принципу законности должно проводиться в строгом соответствии с требованиями одновременно как законодательных, так и подзаконных нормативных правовых актов. В связи с этим данный признак с полным основанием можно отнести к числу существенных и подлежащих включению в искомое определение.

При исследовании вопроса о понятии ОРМ отдельного внимания заслуживают работы С.И. Захарцева, который посвятил свою докторскую диссертацию разработке теории оперативно-розыскных мероприятий, а потому не мог обойтись без авторского определения предмета своего исследования, которое кардинально отличается от имеющихся в научных источниках.

К сожалению в монографиях уважаемого коллеги не раскрыт методологический подход, взятый за основу конструирования понятия ОРМ, не использованы логические правила, о необходимости применения которых ранее уже отмечалось учеными в области ОРД², не применялся исторический и другие возможные методы исследования, за исключением малопродуктивного для решаемой задачи метода семантического толкования. Обращает на себя внимание и весьма скромная эмпирическая база его исследования, поскольку сославшись на то, что понятие и сущность ОРМ рассматривало относительно небольшое количество ученых³, им были проанализированы определения ОРМ лишь пяти авторов, хотя к тому времени по данным нашего исследования существовало уже более двадцати авторских определений. В связи с этим научная обоснованность предложенного им определения понятия ОРМ в целом представляется малоубедительной⁴.

Изучение имеющихся в юридической и специальной литературе определений ОРМ показало, что многие из них не отвечают логическому требованию соразмерности: некоторые чрезмерно лаконичны,

¹ Бобров В.Г. Понятие оперативно-розыскного мероприятия. Основания и условия проведения оперативно-розыскных мероприятий. М., 2003. С. 4.

² Елинский В.И. Указ раб. С. 136–139.

³ Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия: Общие положения. СПб., 2004. С. 20.

⁴ Более подробно об этом см.: Чечетин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия: понятие, сущность, структура: Препринт. Барнаул, 2004. С. 8., он же. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: монография. М., 2006. С. 17–20.

а поэтому их объем слишком широк и не позволяет отграничить ОРМ от смежных понятий и категорий¹, другие, наоборот, содержат избыточные признаки, которые сужают объем рассматриваемого понятия². В связи с этим важной задачей становится определение оптимального количества отличительных признаков анализируемого понятия.

Основываясь на логико-семантическом анализе современных подходов к определению понятия ОРМ и руководствуясь правилом соразмерности предлагается выделить пять видовых отличительных признаков исследуемого предмета, которые могут быть положены в основу конструируемого понятия. К числу таких признаков можно отнести следующие:

- 1) законодательную закреплённость оперативно-розыскных мероприятий;
- 2) возможность их проведения только уполномоченными субъектами;
- 3) осуществление в строгом соответствии с требованиями, установленными нормативными правовыми актами;
- 4) основанность на применении преимущественно негласных средств и методов в сочетании с гласными средствами и методами;
- 5) нацеленность на выявление фактических данных, необходимых для решения задач ОРД.

Взяв за основу перечисленные признаки можно сформулировать следующее определение: *оперативно-розыскные мероприятия — это закреплённые в Федеральном законе «Об оперативно-розыскной деятельности» действия, проводимые уполномоченными на то субъектами в соответствии с требованиями нормативных правовых актов, основанные на применении преимущественно негласных средств и методов в сочетании с гласными средствами и методами, направленные на непосредственное выявление фактических данных, необходимых для решения задач оперативно-розыскной деятельности.*

Осознавая, что определение понятия не только результат познавательной деятельности, но и сложный, нередко длительный процесс³, следует подчеркнуть, что предложенная дефиниция не претендует на бесспорность и окончательную завершенность. Однако полагаем, что проделанная работа окажется полезной для дальнейшего изучения понятия и сущности оперативно-розыскных мероприятий.

¹ См., напр.: Ильиных В.Л. Указ. раб. С. 16.

² См., напр.: Ривман Д.В., Храбров И.Е. Указ. раб. С. 134.

³ См.: Иванов Е.А. Указ. раб. С. 79.

§ 2. Структура оперативно-розыскных мероприятий

Любое оперативно-розыскное мероприятие, как всякое организованное действие, имеет свою структуру, которая состоит из взаимосвязанных между собой элементов. Структуру ОРМ одним из первых исследовал А.Ю. Шумилов, который предпринял для этого оригинальный подход, основанный на учении о юридическом составе правомерного поступка. Им было предложено ввести новое для теории ОРД понятие «состав оперативно-розыскного мероприятия», определяемый им как система «элементов объективного и субъективного свойства, предусмотренных оперативно-розыскным законодательством и нормативными правовыми актами оперативно-розыскных органов»¹. Состав ОРМ, по его мнению, представляет собой единство четырех элементов: объекта, объективной стороны, субъекта и субъективной стороны². В таком подходе несомненно присутствует определенная логика, поскольку в юридической литературе, на которую ссылается А.Ю. Шумилов, действительно используется понятие состава правомерного поведения. Однако в приводимых им аргументах в то же время немало и дискуссионных моментов³.

Более перспективным нам представляется применение системного подхода к определению структуры ОРМ, который использовали К.К. Горяинов, Ю.Ф. Кваша, К.В. Сурков, В.Г. Бобров и некоторые другие ученые. На основе этого подхода в структуре ОРМ были выделены такие элементы, как: задача оперативно-розыскного мероприятия; его деятельная сторона; субъекты ОРМ; приемы, повышающие эффективность ОРМ; приемы организационного характера⁴, объект, в отношении которого мероприятие проводится⁵.

¹ Шумилов А.Ю. Юридические основы оперативно-розыскных мероприятий. М., 1999. С. 11.

² См.: Там же. С. 14.

³ Об этом см.: Бобров В.Г. О некоторых вопросах оперативно-розыскных мероприятий // Актуальные проблемы теории борьбы с преступностью и правоприменительной практики: Межвуз. сб. науч. тр. Вып. 7 / Отв. ред. В.И. Горобцов. Красноярск, 2004. С. 206–207; Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия: общие положения. СПб., 2004. С. 28–36; Четин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия: понятие, сущность, структура: Препринт. Барнаул, 2004. С. 38–39.

⁴ См.: Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. М., 1997. С. 280.

⁵ См.: Сурков К.В., Кваша Ю.Ф., Матвеев С.Е. Оперативно-розыскная деятельность: Словарь-справочник. М.; Н. Новгород, 1998. С. 24.

Наиболее четко структура ОРМ с точки зрения системного подхода была обозначены В.Г.Бобровым, который выделил в ней две группы элементов: обязательные для каждого мероприятия и носящие факультативный характер¹. Основываясь на его подходе полагаем вполне обоснованным к числу обязательных отнести пять элементов ОРМ, включающих в себя:

- 1) решаемую оперативно-тактическую задачу;
- 2) объект мероприятия;
- 3) содержательную часть;
- 4) субъект мероприятия;
- 5) приемы организационного характера.

В качестве исходного элемента в структуре любого оперативно-розыскного мероприятия, на наш взгляд, следует рассматривать *оперативно-тактическую задачу*, которую необходимо решить в конкретной оперативно-розыскной ситуации². Решаемая оперативно-тактическая задача выступает целью конкретного оперативно-розыскного мероприятия, определяющая в свою очередь средства и способы действий по ее достижению.

С помощью ОРМ решаются самые разнообразные задачи, которые могут быть классифицированы по различным основаниям. По мнению В.Г. Боброва, в зависимости от характера (направленности) результатов, получаемых путем проведения ОРМ, их задачи могут быть разделены на познавательные, деятельные и обеспечивающие. Познавательными он называет задачи, направленные на получение новых сведений о лицах, фактах и обстоятельствах, представляющих оперативный интерес; деятельными — заключающиеся в реализации уже имеющихся данных, а обеспечивающими — создающие условия для последующего проведения других мероприятий³. Кроме того, оперативно-тактические задачи ОРМ В.Г. Бобров предлагает делить на непосредственные и опосредованные, относя к непосредственным задачам те, которые напрямую решаются путем проведения конкретного мероприятия, а к опосредованным — выполнение которых обеспечивается путем использования результатов решения задач непосредственных⁴.

¹ См.: Бобров В.Г. Понятие оперативно-розыскного мероприятия. Основания и условия проведения оперативно-розыскных мероприятий. М., 2003. С. 10–23.

² О понятии оперативно-розыскной ситуации см.: Давыдов С.И. Ситуационный подход в теории и практике оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: монография. Барнаул, 2009. С. 109.

³ Бобров В.Г. Указ. раб. С. 14.

⁴ Там же. С. 15.

Обе эти классификации представляют безусловный интерес, поскольку позволяют глубже понять сущность самих ОРМ. Вместе с тем, следует признать, что как и любая классификация они носят достаточно условный характер. По нашему мнению, из деления задач на познавательные, деятельные и обеспечивающие не следует, что конкретные ОРМ могут решать только какой-то один вид задач, поскольку, как уже отмечалось ранее, отличительной особенностью любого ОРМ является их нацеленность на получение (поиск, добывание) информации (фактических данных). Таким образом познавательная задача присутствует, как правило, во всех ОРМ.

Развивая предложенную В.Г. Бобровым классификацию задач ОРМ можно использовать и другие критерии деления. Так, в зависимости от степени конкретизации цели оперативно-розыскных мероприятий можно разделить на общие и частные. При этом к общей цели ОРМ, как вытекает из предложенного нами понятия оперативно-розыскных мероприятий, является выявление фактических данных, необходимых для решения задач ОРД. Если с помощью следственных действий обеспечивается сбор доказательств, то ОРМ, прежде всего, нацелены на сбор оперативно-розыскной информации, которая может быть использована как для решения задач ОРД, так и в уголовном процессе, включая доказывание по уголовным делам.

Частная цель мероприятия определяется той конкретной задачей, которую предполагается решить с его помощью в условиях складывающейся оперативно-тактической ситуации. Так, частной целью опроса может выступать необходимость получения сведений о конкретном событии либо о конкретном человеке; отождествления личности — проверка сходства конкретного лица с имеющимися приметами преступника либо установление круга лиц, обладающих конкретными поисковыми признаками; наведения справок — получение сведений о прошлой преступной деятельности либо биографии проверяемого лица и т. д.

Каждое оперативно-розыскное мероприятие имеет свои специфические познавательные возможности, поэтому, в зависимости от возникающих задач, выбираются те или иные мероприятия, с помощью которых они могут быть решены. В то же время одни и те же задачи с учетом складывающейся ситуации могут быть решены с помощью различных мероприятий. Так, для установления состава преступной группы могут использоваться наблюдение, прослушивание телефонных переговоров, опросы, оперативное внедрение и некоторые другие мероприятия.

При рассмотрении задач ОРМ в качестве их структурного элемента следует иметь в виду, что во многих случаях мероприятия могут носить многоцелевой характер, т. е. при их осуществлении решается несколько оперативно-тактических задач. Так, при опросе кроме получения информации о конкретном объекте или событии может быть решена задача установления других осведомленных об этом лиц, проверки уже имеющихся по данному вопросу сведений, изучения мотивации поведения опрашиваемого и т. д. В связи с этим в зависимости от приоритетности (иерархии) решаемых задач их можно разделить на главные (основные) и вспомогательные (второстепенные). При этом исходя из конкретной ситуации одна и та же цель ОРМ в одном случае может быть главной, а в другом — второстепенной. Так, главной целью опроса в одном случае будет получение новых сведений, а в другом — проверка имеющихся.

Объектом ОРМ выступает то, на что направлено конкретное оперативно-розыскное мероприятие, в отношении кого или чего при его проведении осуществляется сбор оперативно-розыскной информации.

Объекты проведения ОРМ В.Г.Бобров предложил объединить в 6 самостоятельных групп: физические лица, юридические лица, факты (обстоятельства), места, объекты-носители доказательственной информации и иные объекты¹. Соглашаясь с необходимостью классификации объектов ОРМ на несколько групп, вместе с тем хотелось бы обратить внимание на дискуссионность некоторых его тезисов.

В частности представляется безосновательным отнесение к объектам ОРМ упомянутых им «фактов и обстоятельств, в том числе непротивоправного характера». Если проанализировать, например, ситуацию, связанную с фактом обнаружения неопознанного трупа, то следует признать, что наличие сведений об обнаружении трупа будет выступать основанием для проведения таких ОРМ, как отождествление личности, сбор образцов для сравнительного исследования (отпечатки пальцев рук, образцы волос и крови), опрос осведомленных лиц и т. д. Объектами же проводимых мероприятий в данном случае будут выступать: труп, обнаруженные предметы и следы, а также осведомленные лица. Сам же по себе факт обнаружения трупа объектом ОРМ быть не может.

Вызывает определенные сомнения отнесение к объектам ОРМ лиц, «образ жизни и поведение которых свидетельствуют, что они могут встать на путь совершения преступлений», а также «замышляющих про-

¹ См.: Бобров В.Г. Указ. раб. С. 11.

тивоправные деяния». Эти сомнения порождены тем, что в перечне оснований проведения ОРМ, предусмотренном п. 2 ч. 1 ст. 7 Закона об ОРД, указанные категории лиц не упоминаются, а поэтому проведение в отношении них ОРМ будет незаконным. Нельзя при этом не согласиться с тем, что отсутствие в перечне оснований проведения ОРМ сведений о лицах, замысливающих совершение преступлений, в значительной степени ограничивает возможности оперативно-розыскных служб в решении задачи предупреждения преступлений¹, а потому действующая формулировка упомянутой нормы Закона об ОРД представляется несовершенной и требует своей корректировки.

К основным объектам ОРМ, по нашему мнению, прежде всего, относятся лица, подготавливающие, совершающие или совершившие преступления, а также граждане, скрывающиеся от органов следствия и суда, уклоняющиеся от уголовного наказания, и лица, без вести пропавшие. При этом лиц, могущих выступать объектами ОРМ, следует делить на две категории: обладающие неприкосновенностью и не обладающие ею, поскольку от категории объекта будет зависеть и условия проведения ОРМ. Так, если объектом предполагаемого ОРМ является судья, то, как известно, для этого требуется получить разрешение коллегии из трех судей вышестоящего суда.

Объектами отдельных ОРМ могут выступать лица, не причастные к противоправной деятельности, но располагающие сведениями о такой деятельности других людей. Так, например, ч. 4 ст. 8 Закона об ОРД прямо предусматривает возможность прослушивания телефонных переговоров лиц, которые могут располагать сведениями о преступлениях средней тяжести, тяжких и особо тяжких преступлениях, а объектами опроса могут выступать любые лица, располагающие оперативно значимой информацией.

В своей классификации объектов ОРМ В.Г. Бобров предложил выделить в отдельные группы юридических лиц и места, представляющие оперативный интерес. Соглашаясь в принципе с возможностью такого деления, вместе с тем мы полагаем, что здесь вполне уместно использовать понятие криминогенного объекта, которое включает в себя обе группы упомянутых объектов. Касаясь юридических лиц, следовало бы уточнить, что объектами ОРМ могут выступать лишь те из них, где го-

¹ Подробней об этом см.: Бобров В.Г. О некоторых вопросах законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Десять лет российскому оперативно-розыскному закону): Вневед. сб. науч. раб. / Под ред. А.Ю.Шумилова. М., 2002. С. 48.

товятся или совершаются преступления (например, фирма, осуществляющая незаконную банковскую деятельность или контрабандную поставку товаров). Такое же уточнение можно сделать и для указанных автором мест, поскольку, по нашему мнению, объектами ОРМ могут выступать лишь криминогенные объекты, обладающие признаками того, что на них подготавливаются, совершаются или совершены преступления. Нельзя при этом не согласиться с необходимостью проведения превентивной разведки во многих объектах и местах, но Закон об ОРД не позволяет безгранично расширять объекты ОРМ.

При этом помещения (места), выступающие объектом ОРМ, в зависимости от их статуса также можно разделить на две категории: ограниченного доступа и неограниченного доступа. К первой группе относятся жилые помещения, которым статьей 25 Конституции РФ гарантируется неприкосновенность, а потому ч. 2. ст. 8 Закона об ОРД разрешила проведение ОРМ, ограничивающих эту неприкосновенность, только на основании судебного решения.

Отдельную группу объектов ОРМ составляют предметы, в отношении которых такие мероприятия проводятся. К их числу следует отнести орудия преступлений; оружие, наркотики, боеприпасы и другие предметы, изъятые из гражданского оборота; предметы, сохранившие на себе следы преступления; иные объекты, могущие иметь доказательственное значение (следы обуви, транспортных средств, крови, выделений человека, волосы и т. д.). К этой же группе мы полагаем вполне правомерным отнести и неопознанные трупы. Перечисленные предметы и вещества выступают объектами таких мероприятий, как сбор образцов для сравнительного исследования, проверочная закупка, исследование предметов и документов, отождествление личности, контролируемая поставка. Некоторые мероприятия могут, на наш взгляд, проводиться в отношении нескольких объектов. Так, объектом проверочной закупки будут выступать одновременно лицо, подозреваемое в сбыте наркотиков, само наркотическое средство и объект, где происходит незаконный сбыт. Объектом контролируемой поставки могут быть предметы, изъятые из гражданского оборота, перевозящее их лицо, маршрут перемещения, поставщик, а также получатель товара.

Таким образом, классификация объектов ОРМ, на наш взгляд, может включать в себя три основные группы: лица, представляющие оперативный интерес, криминогенные объекты и предметы-носители оперативно-розыскной информации.

Главным элементом в структуре любого ОРМ является его *содержательная часть*, которая одними авторами называется деятель-

ной стороной оперативно-розыскного мероприятия¹, а другими — функциональной². Содержательная часть включает в себя совокупность конкретных способов и приемов, используемых субъектом оперативно-розыскного мероприятия для достижения поставленной цели. В то же время совокупность способов и приемов, составляющих содержание ОРМ, является, на наш взгляд, ни чем иным, как методами ОРД. Такой вывод полностью согласуется с мнением ученых, полагающих, что методы ОРД являются структурным элементом оперативно-розыскных мероприятий³.

При этом, содержательную часть некоторых ОРМ будет составлять какой-то один метод, как, например, разведывательный опрос при проведении опроса. В то же время в содержание целого ряда мероприятий включаются несколько методов ОРД. Так, при проведении оперативного эксперимента кроме экспериментального метода⁴ используется наблюдение, оперативное распознавание и легендирование; при проведении контролируемой поставки — наблюдение, оперативный осмотр, оперативное распознавание.

Приемы познания, используемые при проведении ОРМ, имеют ряд специфических черт, обусловленных особенностями сферы его применения. Поскольку большая часть ОРМ зачастую применяется в условиях активного противодействия правонарушителей, используемые частные методы познания обогащаются приемами, направленными на преодоление или нейтрализацию такого противодействия. Для этого оперативные работники могут маскировать свою принадлежность к правоохранительным органам либо скрывать истинные цели своих действий. Такими тактическими приемами обогащаются все методы познания, используемые при проведении ОРМ. Отсюда следует вывод, что содержательная часть ОРМ кроме познавательных приемов включает в себя и тактические приемы конспирации, зашифровки, легендирования и преодоления противодействия криминальной среды.

¹См.: Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Указ. раб. С. 280.

²См.: Бобров В.Г. Указ. раб. С. 10.

³См.: Волынский А.Ф. Оперативно-розыскные методы и мероприятия // Информационное сообщение лаборатории проблем оперативно-розыскной работы кафедры оперативно-розыскной деятельности. Вып. 3 с. М., 1973. С. 23; Гребельский Д.В. Теоретические основы и организационно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. М., 1977. С. 75.

⁴ С.И.Давыдов предложил назвать его методом оперативного инсценирования ситуаций. См.: Давыдов С.И. Указ. раб. С. 225.

Немаловажное место в структуре ОРМ занимает *субъект* его проведения, а поскольку в юридической литературе по данному вопросу отсутствует единство взглядов, то необходимо четко определить, кто может выступать в этом качестве.

Так, по мнению одних авторов, к субъектам ОРД следует относить только сотрудников оперативных аппаратов¹, другие причисляют к субъектам также лиц, оказывающих негласное содействие², третьи добавляют к этому перечню лиц, оказывающих и гласное содействие³, четвертые включают в этот список судей, санкционирующих проведение ОРМ⁴. Наиболее широкое понятие субъектов оперативно-розыскных мероприятий предложил В.Г.Бобров, включивший в их перечень наряду с лицами, организующими оперативно-розыскные мероприятия и непосредственно участвующими в их проведении, также тех, кто в силу своих должностных полномочий обладает определенной правоспособностью в сфере осуществления ОРД (следователи, прокуроры и судьи)⁵. Таким образом, можно констатировать, что исследователи идут по пути постепенного расширения перечня субъектов ОРМ, относя к ним достаточно обширный круг лиц, роль и значение которых в решении задач ОРД весьма различны.

При этом, в юридической литературе термин «субъект» употребляется наряду с другим термином — «участник» оперативно-розыскных мероприятий. Каких-либо прямых попыток разграничить содержание указанных терминов нам пока встретить не удалось. В то же время анализ содержания учебников по ОРД показывает, что их авторы произвольно разграничивают указанные термины. Так, в первом открытом учебнике по курсу ОРД одна глава называется «Оперативные подразделения органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, как субъекты оперативно-розыскного процесса», а другая —

¹См.: Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел. Общая часть / Под ред. А.Г. Лекаря, Д.В. Гребельского. М., 1972. С. 14; Дементьев В.П. Системный анализ оперативно-розыскной деятельности // Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности: Сб. науч. тр. Омск, 1986. С. 78.

²См.: Словарь оперативно-розыскной терминологии / Под ред. И.И. Басецкого. Мн., 1993. С. 25; Шумилов А.Ю. Указ. раб. С. 21.

³См.: Основы оперативно-розыскной деятельности / Под ред. С.В. Степашина. СПб., 1999. С. 225.

⁴См.: Абрамов А.М. Теоретические и прикладные проблемы раскрытия и расследования мошенничества. М., 2002. С. 169–170.

⁵См.: Бобров В.Г. Указ. раб. С. 16–17.

«Понятие и участники оперативно-розыскного процесса»¹. Аналогичного подхода придерживаются авторы другого известного открытого учебника, в оглавлении которого субъекты и участники ОРД также разграничиваются². В то же время авторы более современных учебников по курсу ОРД эти понятия отождествляют³.

Проблема разграничения понятий субъекта и участника правоохранительной деятельности активно обсуждалась в уголовно-процессуальной литературе⁴, однако обозначенные там подходы вряд ли в полной мере могут быть применены в ОРД. Дело в том, что круг участников уголовного судопроизводства и их правовой статус достаточно конкретно определены в уголовно-процессуальном законодательстве. Поэтому понятие участников уголовного судопроизводства рассматривается как правовая категория, а субъектов — как научная.

В то же время в Законе об ОРД понятие участников этой деятельности не используется, а вместо этого вводится понятие органа, осуществляющего ОРД, и граждан, содействующих этим органам. Коль скоро понятия субъектов и участников оперативно-розыскной деятельности в законе не используются, они оба должны быть отнесены к научным категориям. Отсюда возникает проблема соотношения двух научных понятий, требующая ответа на вопрос, следует ли рассматривать данные понятия как равнозначные либо их необходимо разграничивать. Более правильным нам представляется последнее.

¹ См.: Основы оперативно-розыскной деятельности: учебник / Под ред. С.В.Степашина. СПб., 1999. С. 701–702.

² См.: Оперативно-розыскная деятельность. — 2-е изд., доп. и перераб. / Под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Сенилова, А.Ю. Шумилова. М., 2004. С. 839.

³ Например, см.: Маркушин А.Г. Оперативно-розыскная деятельность: учебник для вузов. 2-е изд, перераб. и доп. М., 2013. С. 104; Дубоносов Е.С. Оперативно-розыскная деятельность: учебник для вузов. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2014. С.147; Оперативно-розыскная деятельность: учебник для студентов вузов / Под ред. И.А. Климова. М., 2014. С. 118.

⁴ См.: Рахунов Р.Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. М., 1961. С. 37; Каз Ц.М. Субъекты доказывания в советском уголовном процессе (государственные органы). Саратов, 1968. С. 28; Чувилев А.А., Добровольская Т.Н. Особенности преподавания курса уголовного процесса в вузах МВД СССР. Вопросы методики чтения проблемных лекций по Общей части. М., 1985. С. 35; Якупов Р.Х. Уголовный процесс / Под ред. В.Н. Галузо. М., 1998. С. 89.

К определению понятия субъектов ОРМ, по нашему мнению, необходимо подходить не только с юридических, но и с философских позиций. В юриспруденции субъектом права является лицо, обладающее по закону способностью иметь и осуществлять права и юридические обязанности¹. В философии же под субъектом понимается носитель предметно-практической деятельности и познания, источник активности, направленной на объект². Если интегрировать оба эти подхода, то отличительными признаками субъекта оперативно-розыскных мероприятий будут выступать, во-первых, обладание правами и юридическими обязанностями, а во-вторых, активная роль в их осуществлении. Таким образом, субъектом ОРМ следует признавать того, кто, обладая необходимыми полномочиями, выступает их инициатором, организатором, непосредственным исполнителем и несет ответственность за законность и обоснованность предпринимаемых действий.

В русском языке участником называется тот, кто участвует в чем-нибудь³, а не выступает его инициатором и организатором. В отличие от субъекта, данный термин означает присутствие пассивного начала. Если попытаться сравнить понятия участника и субъекта, то можно сделать вывод о том, что первое понятие значительно шире второго, т. е. каждый субъект будет выступать участником ОРМ, но не каждый участник может быть субъектом.

При таком подходе к числу субъектов оперативно-розыскных мероприятий следует, прежде всего, отнести оперативно-розыскные подразделения правоохранительных органов, их руководителей и должностных лиц. Именно они наделены необходимыми полномочиями на проведение ОРМ и выступают при этом главными источниками активности. Согласно ч. 5 ст. 6 Закона об ОРД они решают поставленные задачи посредством личного участия в организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий, используя помощь должностных лиц, специалистов, а также отдельных граждан с их согласия.

Приведенные выше доводы не позволяют нам согласиться с мнением уважаемых нами ученых об отнесении к субъектам ОРМ следователей, прокуроров и судей⁴. С одной стороны, эти должностные лица правоохранительных органов действительно являются участника-

¹ См.: Барихин А.Б. Большой юридический энциклопедический словарь. — М., 2004. С. 609.

² См.: Советский энциклопедический словарь. М., 1979. С. 1294.

³ См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. — 6-е изд. М., 1964. С. 832.

⁴ См.: Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики // Государство и право. 2005. № 3. С. 25.

ми оперативно-розыскного процесса как заказчики, распорядители санкций и потребители оперативно-розыскной информации¹. Однако непосредственно в осуществлении ОРМ они не участвуют. Так, следователи могут давать поручения по находящимся в производстве уголовным делам, которые выступают основанием для проведения ОРМ. Однако при этом, следователь вправе только ставить задачу, устанавливать сроки выполнения поручений, но не может давать указаний о характере, организации и тактике проводимых в ходе выполнения поручения ОРМ². Таким образом, выступая субъектом оперативно-розыскных отношений следователь, тем не менее, не становится одновременно субъектом оперативно-розыскных мероприятий.

В свою очередь основной функцией прокуроров и судей является не инициирование ОРМ, а проверка обоснованности и законности их проведения. В связи с этим более правильным было бы относить их не к субъектам ОРМ, а к субъектам контроля и надзора за оперативно-розыскной деятельностью. При этом следует учитывать, что суду отводится центральное место в системе контроля за обеспечением прав и свобод личности при раскрытии и расследовании преступлений³.

К участникам ОРМ, по нашему мнению, следует относить должностных лиц неоперативных подразделений правоохранительных органов, а также должностных лиц иных государственных и негосударственных органов, чьи полномочия и профессиональные навыки могут быть использованы при проведении отдельных ОРМ. К данной категории участников относятся также специалисты, обладающие научными, техническими и иными специальными знаниями. В отдельную категорию участников можно выделить граждан, оказывающих содействие органам, осуществляющим ОРД, как на гласной, так и на негласной основе. Участники оперативно-розыскных мероприятий, в отличие от субъектов, могут действовать лишь в пределах тех заданий или поручений, которые им дали оперативные сотрудники, и при этом не несут ответственности за свои действия, если не вышли за отведенные им рамки поведения.

¹ См.: Зникин В.К. Оперативно-розыскное обеспечение раскрытия и расследования преступлений. Кемерово, 2003. С. 104.

² Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С приложением решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека / Отв. ред. В.С. Овчинский; вступ. ст. В.Д. Зорькина. 2-е изд., доп. и перераб. М., 2014. С. 135–136.

³ См.: Азаров В.А., Таричко И.Ю. Функция судебного контроля в истории, теории и практике уголовного процесса России. Омск, 2004. С. 271.

С позиций предлагаемого подхода нам представляется необоснованным, а потому дискуссионным положение разработанного профессором В.Ф.Луговиком проекта оперативно-розыскного кодекса, исключющее вышеперечисленные категории лиц из числа участников ОРД¹. Не вполне понятна логика уважаемого профессора, который специалистов и понятых относит к участникам ОРД, а лиц, оказывающих содействие, в том числе на гласной основе, к таковым не причисляет, хотя они по определению привлекаются именно к участию в оперативно-розыскной деятельности в целом и проведению ОРМ в частности. При этом положения о социальной и правовой защите содействующих лиц включаются им в один раздел с участниками ОРД.

К числу обязательных элементов структуры оперативно-розыскного мероприятия следует относить и *приемы организационного характера*, которые обеспечивают интеграцию всех его вышеназванных частей в единую систему и создают необходимые предпосылки для эффективного решения возникающей тактической задачи. Этот элемент включает в себя анализ и оценку оперативно-тактической ситуации, принятие решения и планирование, а также документальное оформление полученных результатов.

Подготовка любого ОРМ должна начинаться с анализа оперативно-розыскной ситуации, в ходе которого изучаются исходные данные, служащие основанием для проведения ОРМ, проводится проверка этих данных по имеющимся информационным массивам правоохранительных органов для установления дополнительных сведений, проверки их достоверности и полноты. Полученная информация должна оцениваться с точки зрения наличия поводов и оснований для проведения ОРМ².

Принятие решения на проведение ОРМ предполагает постановку актуальной тактической задачи, требующей своего разрешения, определение целесообразности и реальности проведения того или иного мероприятия в существующих условиях. В зависимости от видов ОРМ и условий их осуществления решение на их проведение может приниматься оперативным работником либо руководителем органа, осуществляющего ОРД. В случаях, когда планируемое ОРМ связано с ограничением конституционных прав граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также правом на неприкосновенность жилища, то такие решения санкционируются судом.

¹ См.: Луговик В.Ф. Оперативно-розыскной кодекс Российской Федерации: авторский проект / В.Ф.Луговик. Омск, 2014. С. 80–81.

² Об этом см.: Давыдов С.И. Указ. раб. С. 202–203.

Планирование ОРМ включает в себя выбор места, времени, участников мероприятия, необходимых специальных технических средств, порядка и тактики его осуществления. Для проведения сложных ОРМ, которые требуют соблюдения конспирации, использования оперативных комбинаций, участия нескольких сотрудников оперативных подразделений, специалистов и граждан, оказывающих содействие, как правило, разрабатываются письменные планы их осуществления. Такие планы утверждаются соответствующими руководителями, уполномоченными на осуществление ОРД.

К числу обязательных элементов ОРМ следует также относить документальное оформление полученных результатов, поскольку без подготовки соответствующих оперативно-служебных документов мероприятие нельзя признать завершенным. Результаты проведения ОРМ в зависимости от вида проводимого мероприятия, согласно подзаконным нормативным актам, регламентирующим организацию и тактику ОРД, могут оформляться различными документами: рапортами, справками, справками-меморандумами, сводками, актами, объяснениями граждан, участвовавших в ОРМ, сообщениями негласных сотрудников, а также иными документами. Кроме того, согласно ст. 15 Закона об ОРД в случае изъятия документов, предметов, материалов при проведении гласных ОРМ может составляться протокол, отвечающий требованиям уголовно-процессуального законодательства.

Нельзя не согласиться с выводом В.Г.Боброва о том, что отдельные оперативно-розыскные мероприятия в ряде случаев вместе с обязательными могут включать также и факультативные элементы. К числу таковых относятся техническое и информационное обеспечение ОРМ, а также действия, сопутствующие оперативно-розыскным мероприятиям и повышающие их эффективность¹. Использование специальных технических средств при проведении ОРМ существенно повышает их эффективность. Более того, на применении специальной техники полностью основаны такие ОРМ, как прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, контроль почтовых отправлений, электронное наблюдение и некоторые другие.

Таким образом, структура оперативно-розыскных мероприятий дает общее представление об их составных элементах, содержание которых индивидуально для каждого вида ОРМ и в своей совокупности должно обеспечивать соблюдение законности и прав личности при их осуществлении.

¹ См.: Бобров В.Г. Указ. раб. С. 20–23.

§ 3. Классификация оперативно-розыскных мероприятий

Для более глубокого понимания сущности оперативно-розыскных мероприятий, их разграничения одного от другого необходимо провести их классификацию. Под классификацией понимается научно-методологический прием, позволяющий упорядочить знания об окружающей действительности путем распределения изучаемых предметов на взаимосвязанные классы и группы¹. Сущность классификации с точки зрения формальной логики заключается в раскрытии объема понятия путем перечисления всех понятий, которые являются по отношению к нему видовыми², а ее назначение состоит, прежде всего, в том, чтобы быть средством лучшего познания изучаемых объектов³. Научная классификация рассматривается философией как отражение объективной взаимосвязи явлений, как способ углубления знаний от явлений к их сущности, к объективным закономерностям, связывающим явления⁴.

Деление ОРМ на виды и группы по различным основаниям предпринималось в работах Д.В. Гребельского, В.А. Лукашова, В.Г. Боброва, А.Ю. Шумилова, К.В. Суркова, Ю.Ф. Кваши, О.А. Вагина, А.П. Исиченко, Н.С. Железняк, С.И. Захарцева и ряда других ученых, однако в науке пока не сложилась общепринятая система классификации ОРМ, а потому эти вопросы, по нашему мнению, нуждающихся в теоретических исследованиях.

Одно из первых упоминаний о необходимости разделения ОРМ встречается в монографии Д.В. Гребельского⁵, предлагавшего в зависимости от используемых организационно-тактических форм разделить оперативно-розыскные мероприятия на два вида: 1) осуществляемые непосредственно сотрудниками оперативных аппаратов; 2) проводимые опосредованно, т. е. с помощью других сил ОРД.

Эта классификация основана на исторически сложившейся оперативно-розыскной практике и нашла отражение в Законе об ОРД, который в части 4 ст. 6 закрепляет правило о том, что ОРМ, связанные с контролем почтовых отправлений, прослушиванием телефонных пе-

¹ См.: Методологические проблемы социологического исследования / под ред. Д.Ф.Козлова. М., 1979. С. 51.

² См.: Формальная логика: учебник. Л., 1977. С. 138.

³ Там же. С. 140.

⁴ См.: Мостепаненко М.В. Философия и методы научного познания. Л., 1972. С. 120.

⁵ См.: Гребельский Д.В. Теоретические основы и организационно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. М., 1977. С. 78–79.

реговоров и снятием информации с технических каналов связи «проводятся с использованием оперативно-технических сил и средств» органов ФСБ, ОВД и ФСКН. В свою очередь часть 5 этой же статьи Закона об ОРД уполномочивает должностных лиц оперативно-розыскных органов принимать личное участие в организации и проведении ОРМ, используя помощь должностных лиц, специалистов и отдельных граждан. Таким образом, на законодательном уровне определено, что часть ОРМ может проводиться непосредственно сотрудниками оперативных подразделений, а часть — специализированными подразделениями органов, осуществляющих ОРД, которые устанавливаются ведомственными нормативными актами. Так приказом МВД России от 19 июня 2012 года № 608 утвержден перечень оперативных служб органов внутренних дел, в который включены в качестве самостоятельных структурных единиц оперативно-поисковые и оперативно-технические подразделения¹. В других подзаконных нормативных актах МВД России, регламентирующих организацию и тактику ОРД, определены виды ОРМ, осуществляемые этими специализированными подразделениями, которые в зависимости от субъекта, уполномоченного на их проведение, названы оперативно-поисковыми и оперативно-техническими мероприятиями. К числу оперативно-поисковых мероприятий традиционно относится наблюдение, а к оперативно-техническим — прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, контроль почтовых отправлений и некоторые другие разновидности ОРМ, основанные на применении специальных технических средств.

В современных работах по оперативно-розыскной проблематике предлагается немалое число классификаций ОРМ, в основу которых положены самые различные признаки их деления: тактическая активность ОРМ², возможность использования их результатов в доказывании по уголовным делам³, цели проведения¹, степень проникновения

¹ Приказ МВД России от 19 июня 2012 года № 608 «О некоторых вопросах организации оперативно-розыскной деятельности в органах внутренних дел» // Электронный ресурс СПС «Консультант Плюс».

² См.: Ривман Д.В., Храбров И.Е. К вопросу о сущности, видах и методах оперативно-розыскного наблюдения // Актуальные проблемы теории и практики оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: Сборник статей. Красноярск, 1997. С. 134–135.

³ См.: Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия: теория и практика: монография / под ред. В.П. Сальникова. СПб., 2004. С. 98; он же. Оперативно-розыскные мероприятия: Общие положения: Монография. СПб., 2004. С. 56.

в криминально-криминогенную среду², этапы раскрытия преступлений³ и ряд других. Однако большинство этих критериев классификации пока не нашли поддержки у специалистов в силу недостаточной обоснованности своей теоретической и практической значимости.

Из числа предлагаемых в литературе классификаций ОРМ внимание ряда исследователей привлекло предложение о разделении их в зависимости от применяемых методов на три группы: 1) адаптированные сыском криминалистические методы; 2) разведывательные методы, свойственные только сыску; 3) разведывательные операции⁴. Однако, выделение третьей группы ОРМ в отличие от первых двух осуществлено, на наш взгляд, по совершенно иному критерию, что противоречит одному из основных логических правил деления⁵. Причисленные авторами к этой группе оперативное внедрение и контролируемая поставка, скорее всего, должны быть отнесены к группе ОРМ, основанных на разведывательных методах, поскольку они обладают, по нашему мнению, признаками, свойственными только сыску и не имеют своих аналогов в уголовном процессе. В то же время нельзя не согласиться, что по своему содержанию, продолжительности и степени сложности они существенно отличаются от всех других мероприятий, но для этого следует применить другие критерии классификации.

Таким образом, рассматриваемую классификацию ОРМ, основанную на используемых в них методах познания, на наш взгляд, представляется целесообразным преобразовать из трехзвенной в двухзвенную. К первой группе мероприятий, в основе которых лежат криминалистические методы следует отнести шесть оперативно-розыскных мероприятий: опрос, наведение справок, сбор образцов для сравнительного исследования, исследование предметов и документов, отождествление личности, обследование помещений, зданий, сооружений, участков

¹ См.: Абрамов А.М. Теоретические и прикладные проблемы раскрытия и расследования мошенничества: Монография. М., 2002. С. 171–172; Горенская Е.В. Проблемы борьбы с нелегальным автобизнесом: учеб. пособие. М., 2001. С. 69.

² См.: Вагин О.А., Исиченко А.П., Шабанов Г.Х. Оперативно-розыскные мероприятия и использование их результатов: учеб.-практ. пособие. М., 2006. С. 11.

³ См.: Бондарь Т.И. Деятельность оперативных аппаратов органов внутренних дел на первоначальном и последующем этапах раскрытия преступлений: учеб. пособие. М., 2002. С. 17–22.

⁴ См.: Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: комментарий. М., 1997. С. 197–198.

⁵ О логических правилах деления см.: Иванов Е.А. Логика: учебник. М., 1996. С. 97–98.

местности и транспортных средств. Все остальные ОРМ будут относиться ко второй группе мероприятий, основанных на разведывательных методах получения информации.

Поскольку криминалистические методы познания лежат в основе следственных действий, закрепленных в УПК РФ, то использование одних и тех же методов познания в уголовном процессе и ОРД позволяет сделать вывод о содержательном сходстве с ними ряда ОРМ. Такое сходство, в частности, имеют опрос и допрос, сбор образцов для сравнительного исследования и процессуальное получение образцов, исследование предметов и документов и экспертиза, отождествление личности и опознание, обследование помещений и процессуальный осмотр. Наличие у части ОРМ содержательного сходства со следственными действиями позволяет сделать вывод о наличии у них процессуальных аналогов и разделить все ОРМ на две группы: имеющие процессуальные аналоги и не имеющие таковых. Такая классификация позволяет проводить более четкое и сущностное разграничение ОРМ и следственных действий, в том числе, основанных на сходных методах познания, и на наш взгляд, имеет определенное прикладное значение.

Наиболее глубокое освещение вопросы классификации ОРМ получили в работах профессора А.Ю. Шумилова, который называет это систематизацией ОРМ и предлагает достаточно разветвленную и сложную систему их деления на различные категории и виды¹.

Свою систематизацию ОРМ он делит на две формы: простую и сложную; в свою очередь простая форма систематизации предполагает деление ОРМ на простые и сложные. К простым он относит те ОРМ, которые состоят из совокупности одного решения и одного действия, могут совершаться одним лицом и влекут наступление не более одного юридически значимого последствия. Таковыми, по его мнению, являются пять ОРМ: опрос, наведение справок, сбор образцов для сравнительного исследования, наблюдение, отождествление личности. В свою очередь к категории сложных он относит ОРМ, которые состоят из двух или более взаимодополняющих действий, требуют принятия двух или более решений, обязательно проводятся двумя или более лицами, влекут наступление двух и более юридически значимых последствий.

Деление ОРМ на простые и сложные использовалось и в подзаконных нормативных актах МВД России, в которых сложными были

¹ См.: Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности: учебник для вузов. М., 2006. С. 183–196.

названы мероприятия, предполагающие осуществление оперативных комбинаций, участие нескольких сотрудников оперативных подразделений, специалистов, граждан, в том числе содействующих на конфиденциальной основе. При необходимости проведения таких ОРМ, как правило, разрабатываются планы, которые утверждаются соответствующими руководителями органов внутренних дел. К числу сложных исходя из указанных признаков, относятся такие ОРМ, как контролируемая поставка, проверочная закупка, оперативный эксперимент, оперативное внедрение, скрытое или электронное наблюдение, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, а также некоторые другие. В свою очередь, к простым относятся мероприятия, которые могут проводиться оперативным работником самостоятельно, без привлечения дополнительных сил и средств.

По нашему мнению деление ОРМ на простые и сложные позволяет более глубоко познать их организационные стороны, а потому такая классификация, несомненно, значима для характеристики отдельных оперативно-розыскных мероприятий.

К сложной форме систематизации А.Ю. Шумилов относит так называемую «систему категоризации» ОРМ, предполагающую выделение групп ОРМ, объединенных общностью существенных свойств, признаков, связей и отношений. Таким образом, он предлагает в основу разделения ОРМ на категории положить не один какой-то критерий, а систему «научно обоснованных признаков материально-объективного и формально-юридического характера»¹. На основе разработанной системы признаков им выделяются три категории ОРМ: обычные, острые и специальные, которые применяются во многих его работах².

Анализ такой «категоризации» ОРМ позволяет обратить внимание на ряд весьма дискуссионных аспектов. Во-первых, уважаемый профессор предлагает в основу своей «категоризации» ОРМ положить не один, а несколько признаков, что идет вразрез с правилами логики, которые предписывают каждый шаг классификации прово-

¹ Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности. С. 188.

² См.: Шумилов А.Ю. Юридические основы оперативно-розыскных мероприятий: Учеб. пособие. М., 1999. С. 9–10; он же: Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». 6-е изд., доп. и испр. М., 2004. С. 64; он же: Оперативно-розыскная деятельность в схемах и определениях: учебное наглядное пособие. 4-е изд. испр. и доп. М., 2008. С. 60; он же: Оперативно-розыскная деятельность: вопросы и ответы. В 2-х кн. Кн. II: Оперативно-розыскные мероприятия и меры. Учеб.-практ. пособие. 3-е изд., пересмотр. и испр. М., 2008. С. 17–21.

дить только по одному основанию¹. Отсюда следует, что предлагаемое им деление ОРМ на категории не является классификацией с точки зрения логики, но в таком случае возникает вопрос о содержании используемого им понятия «категоризации» и его сущностного отличия от классификации как логической операции.

Во-вторых, если сравнить отличительные признаки «обычных» и «острых» ОРМ, то можно легко обнаружить, что их принципиальное различие будет состоять, как отмечает сам А.Ю. Шумилов, в том, что первые, не влекут ограничения конституционных прав граждан и проводятся оперативными сотрудниками самостоятельно, а вторые — влекут такое ограничение и потому не могут проводиться самостоятельно и требуют предварительной санкции уполномоченных должностных лиц.

Однако деление ОРМ по признаку ограничения конституционных прав граждан представляется нам не вполне корректным, поскольку большинство ОРМ в той или иной степени ограничивают конституционные права лиц, в отношении которых они проводятся. Так, при опросе, наведении справок, наблюдении и оперативном внедрении могут собираться, в том числе, сведения, входящие в сферу частной жизни гражданина, а при сборе образцов для сравнительного исследования, проведении проверочной закупки и оперативного эксперимента может ограничиваться право на личную неприкосновенность и достоинство личности. Судебное же решение является необходимым условием ограничения двух конкретных прав, гарантированных ч. 2 ст. 23 и ст. 25 Конституции РФ. Таким образом, критерием разграничения выделенных А.Ю. Шумиловым двух категорий ОРМ будут выступать не ограничение конституционных прав в целом, а условия проведения ОРМ, затрагивающих эти два конституционных права, ограничение которых, согласно самой Конституции РФ, допустимо только на основании судебного решения.

Несмотря на наличие спорных моментов, предложенное А.Ю. Шумиловым деление ОРМ на три категории было использовано отдельными авторами в своих работах².

Из числа предлагаемых в юридической литературе классификаций ОРМ наиболее конструктивной нам представляется классификационная система, предложенная В.Г. Бобровым, который в своей из-

¹ См.: Светлов В.А. Практическая логика: учеб. пособ. / 2-е изд., испр. и доп. СПб., 1997. С. 66.

² Например, см.: Зуев В.И. Оперативно-розыскная деятельность: уч.- метод. пособие. Оренбург. 2007. С. 104–106.

вестной среди специалистов работе использовал три критерия деления ОРМ на группы: продолжительность проведения; форма проведения; необходимость санкционирования.

В зависимости от продолжительности проведения ОРМ он разделил их на разовые (опрос, наведение справок, сбор образцов для сравнительного исследования и т. д.) и длящиеся (контроль почтовых отправлений, прослушивание телефонных переговоров и т. д.)¹. Такая классификация позволяет глубже понять организационно-тактические аспекты различных ОРМ. Вместе с этим мы полагаем целесообразным вместо термина «разовые» использовать здесь более точный термин — «кратковременные», поскольку в основе деления здесь лежит продолжительность, а не эпизодичность мероприятия.

Важное значение для понимания сущности ОРМ имеет их деление по признаку гласности проведения на две группы: мероприятия, проводимые как гласно, так и негласно, и мероприятия, проводимые только негласно. Такая классификация приводилась в комментарии к Закону об ОРД, подготовленном учеными ВНИИ МВД России², применялась А.Ю. Шумиловым³, получила свое развитие в комментарии к Закону об ОРД Омской академии МВД России⁴ и широко используется в современных учебниках по курсу ОРД⁵. Таким образом, данную классификацию можно считать общепризнанной среди специалистов.

Вместе с тем при использовании этой классификации обращает на себя внимание отсутствие единства в отнесении конкретных мероприятий к тому или иному их виду. Так, в комментарии к Закону об ОРД Омской академии МВД России к группе мероприятий, которые могут проводиться как гласно, так и негласно, отнесены: опрос,

¹ См.: Бобров В.Г. Понятие оперативно-розыскного мероприятия. Основания и условия проведения оперативно-розыскных мероприятий: Лекция. — М., 2003. С. 23.

² См.: Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. М., 1997. С. 445.

³ См.: Шумилов А.Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». М., 1999. С. 52.

⁴ См.: Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Научно-практический комментарий / Под ред. проф. В.В. Никулова, доц. В.В. Кальницкого, А.Е. Чечетина. — 6-е изд., перераб. и доп. — Омск, 1999. С. 135.

⁵ См.: Оперативно-розыскная деятельность: учебник / под ред. И.А.Климова. М., 2014. С. 202; Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. М., 2014. С. 233–234.

наведение справок, сбор образцов для сравнительного исследования, исследование предметов и документов, наблюдение, отождествление личности, обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, а ко второй группе — все остальные оперативно-розыскные мероприятия. В то же время В.Г. Бобров к первой группе ОРМ относит также проверочную закупку, не приводя, к сожалению, аргументов по данному поводу, в связи с чем нам трудно судить об обоснованности такого дополнения.

Различные подходы при отнесении ОРМ к той или иной группе свидетельствуют об отсутствии четких критериев разграничения гласной и негласной форм проведения ОРМ. Под гласной формой, на наш взгляд, следует понимать такие действия сотрудников оперативно-розыскных служб, факт осуществления которых не скрывается от проверяемых лиц и окружающих. Например, оперативный сотрудник может предложить проверяемому лицу добровольно представить образцы для сравнительного исследования (отпечатки пальцев рук, волосы, запах и т. д.). В то же время при гласном проведении ОРМ может зашифровываться (скрываться) их истинная цель. Так, для получения образцов почерка проверяемого лица оперативный работник может попросить его написать собственноручное объяснение по какому-либо отвлеченному факту.

Негласная форма проведения ОРМ предполагает, прежде всего, сокрытие от заинтересованных объектов (проверяемых, разрабатываемых, их близких связей) факта установления за ними оперативно-розыскного контроля. Например, скрытое наблюдение может проводиться только втайне от наблюдаемых лиц. Кроме того, к негласной форме проведения ОРМ можно отнести такие действия, при которых от окружающих и проверяемых лиц скрывается принадлежность к правоохранительным органам осуществляющих их субъектов. Таким способом достигается негласность мероприятия, поскольку проверяемое лицо в этом случае также не осознает факта сбора о нем информации оперативно-розыскными службами. Так, если обследование помещения проводится под предлогом проверки соблюдения противопожарных мер или санитарно-эпидемиологических правил, то его в полной мере можно признать негласным обследованием. Таким образом, основным признаком негласности ОРМ следует считать их неизвестность заинтересованным лицам на момент проведения. Отсюда мы полагаем не вполне обоснованным наблюдение и проверочную закупку относить к группе ОРМ, которые могут проводиться как гласно, так и негласно, поскольку основным условием их результативности будет выступать неосведомленность заинтересованных лиц на время их проведения.

Нельзя не согласиться с замечанием В.Г. Боброва о том, что негласность носит условный характер и может быть как абсолютной, так и относительной. При абсолютной негласности о проведении ОРМ знают только осуществляющие их оперативные работники, а также лица, оказывающие негласное содействие. Об относительной негласности можно вести речь, когда о проведении ОРМ знают и некоторые другие лица¹. В то же время мы сомневаемся в обоснованности отнесения к относительно негласным тех ОРМ, результаты которых в дальнейшем могут быть преданы гласности. Наше сомнение основано на убеждении в том, что теоретически результаты любого ОРМ могут быть преданы гласности, поскольку ст. 12 Закона об ОРД предусматривает возможность рассекречивания любых сведений на основании постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД.

Наиболее важной представляется нам деление ОРМ по признаку необходимости их санкционирования на три вида: 1) требующие судебного санкционирования; 2) требующие ведомственного санкционирования; 3) не требующие какого-либо санкционирования.

В основу данной классификации положены закрепленные в ст. 8 Закона об ОРД правовые условия проведения оперативно-розыскных мероприятий². К числу таких условий, прежде всего, относится необходимость получения судебного решения на проведение ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также на неприкосновенность жилища. К этой группе относятся три мероприятия из числа непосредственно указанных в ст. 6 Закона об ОРД (контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи), а также оперативно-розыскные мероприятия, проведение которых связано с необходимостью проникновения в жилище. Входящие в данную группу ОРМ представляется вполне обоснованным назвать *мероприятиями судебного санкционирования*.

Статья 8 Закона об ОРД к числу условий проведения ОРМ относит не только необходимость получения судебного решения на проведение ряда мероприятий, но и обязательность для некоторых из них вынесения постановления, утверждаемого руководителем органа, осуществляюще-

¹ См.: Бобров В.Г. Указ. раб. С. 23–24.

² См.: Чечетин А.Е., Яковлев А.А., Крейцберг В.В. О классификации условий проведения оперативно-розыскных мероприятий // Вопросы применения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: Межвуз. сб. науч. тр. Омск, 1998. С. 71.

го ОРД. К числу таких мероприятий Закон об ОРД прямо относит проверочную закупку и контролируруемую поставку предметов, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативный эксперимент и оперативное внедрение.

Устанавливая предварительный ведомственный контроль за проведением указанных ОРМ законодатель тем самым ограничивает усмотрение рядового правоприменителя и защищает граждан, ставших объектами ОРМ, от необоснованного и несоразмерного ограничения иных конституционных прав, которые согласно ч. 3 ст. 55 Конституции РФ могут быть ограничены на основании федерального закона без судебного решения.

Нормативное установление дополнительных правовых условий для проведения отдельных мероприятий, состоящих в необходимости вынесения для этого постановления или распоряжения, утверждаемых руководителем органа, осуществляющего ОРД, позволяет выделить такие ОРМ в отдельную группу, назвав их *мероприятиями ведомственного санкционирования*.

Наконец, в третью группу можно выделить оперативно-розыскные мероприятия, проведение которых не требует ни ведомственного, ни судебного санкционирования и осуществляемых по собственному усмотрению сотрудника оперативного аппарата. К этой группе будут относиться любые мероприятия, не вошедшие в первую и во вторую группы, которые можно назвать *несанкционируемыми мероприятиями*¹. Как уже отмечалось выше, входящие в эту группу ОРМ также могут ограничивать некоторые конституционные права личности, но это ограничение в силу содержания данных ОРМ не столь существенно, а потому законодатель посчитал возможным не ограничивать действия правоприменителя предварительным их санкционированием.

Таким образом, поскольку правовые условия проведения ОРМ зависят, прежде всего, от видов ограничиваемых конституционных прав и степени их возможного ограничения, то в качестве критерия классификации ОРМ в данном случае будет выступать не сама по себе необходимость их санкционирования, а характер и глубина ограничения конституционных прав при их проведении.

Рассматриваемая классификация ОРМ, как и многие другие, носит достаточно условный характер, поскольку некоторые ОРМ с оди-

¹ Подробней см.: Чечетин А.Е. О классификации оперативно-розыскных мероприятий, осуществляемых аппаратами уголовного розыска // Вопросы совершенствования деятельности аппаратов уголовного розыска: Межвуз. сб. науч. тр. Омск, 2000. С. 42–58.

наковым основанием могут быть отнесены одновременно к различным группам в зависимости от тактики их проведения и объекта, в отношении которого они проводятся. Так, гласное обследование местности, где было совершено преступление, следует отнести к несанкционированному ОРМ, поскольку оно может проводиться по собственному решению оперативного работника. В случае необходимости проведения гласного обследования служебного помещения в соответствии с подзаконными нормативными актами требуется вынесение письменного распоряжения руководителя оперативно-розыскного органа, и в этой ситуации оно уже попадает в группу ОРМ ведомственного санкционирования. Для проведения же негласного обследования жилого помещения необходимо судебное решение.

Несмотря на свою условность, указанная классификация оперативно-розыскных мероприятий, позволяющая глубже уяснить специфику условий их проведения, зависящую от целого ряда факторов, в настоящее время признается большинством исследователей и широко используется в учебной и научной литературе¹.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что описанные выше классификации оперативно-розыскных мероприятий составляют определенную систему, включающую в себя их деление по следующим классификационным признакам: 1) по субъекту проведения, 2) по используемым методам познания, 3) по тактической активности, 4) по уровню организации, 5) по продолжительности проведения, 6) по форме проведения, 7) по условиям проведения, обусловленным характером и глубиной ограничения прав личности.

Построение классификаций являются весьма важными инструментом познания в науке ОРД, позволяющим упорядочить знания об оперативно-розыскных мероприятиях и глубже понять их сущность, в том числе с точки зрения ограничения конституционных прав лиц, ставших объектами ОРМ.

¹Например, см.: Абрамов А., Блинов Ю.С., Тузов Л.Л. Оперативно-розыскные мероприятия, осуществляемые подразделениями криминальной милиции. М., 1999. С. 17–19; Осипкин В.Н. Прокурорский надзор за оперативно-розыскной деятельностью: учеб. пособие. СПб., 2001. С. 11–12; Водько Н.П. Правовые и организационные основы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел по борьбе с организованной преступностью: монография. М., 2002. С. 217; Дубоносов Е.С. Оперативно-розыскная деятельность: учебник для вузов. — 4-е изд, перераб и доп. — М., 2014. С. 251–252; Фирсов О.В. Правовые основы оперативно-розыскных мероприятий: учеб. пособие. 3-е изд, испр. и доп. М., 2015. С. 22–24.

Глава 3. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВ ЛИЧНОСТИ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ В СЕТЯХ СВЯЗИ

§ 1. Правовой режим доступа субъектов оперативно-розыскной деятельности к сведениям операторов связи

Обеспечение защиты граждан от преступных посягательств, эффективное раскрытие и расследование совершенных преступлений в современных условиях невозможно без использования информации, циркулирующей в сетях электрической и почтовой связи, и без привлечения для этого технических ресурсов операторов связи. Поскольку же действия субъектов ОРД по получению такой информации связаны требованием ч. 2 ст. 23 Конституции России, установившей, что ограничение гарантированного ею права на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений возможно только на основании судебного решения, возникает вопрос о том, вся ли имеющая значение для предупреждения и раскрытия преступлений информация, находящаяся в распоряжении операторов связи, попадает в сферу действия этого конституционного права, либо какая-то ее часть это право не затрагивает.

Готового ответа на этот вопрос законодатель не дает, а ученые и правоприменители придерживаются различных позиций о необходимости судебного разрешения на получение целого ряда сведений, таких, например, как персональные данные абонентов сетей связи, сведений об IMEI-номерах мобильных телефонов, данных о соединениях между неопределенным кругом абонентов на конкретной территории и некоторых других¹.

Анализируя сложившуюся вокруг этого вопроса ситуацию нельзя не обратить внимания на то, что конституционное право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений по-разному интерпретируется в законодательных актах Российской Федерации, а потому требует глубокого сравнительного

¹ Например, см.: Иванов А., Корниенко О. Использование в доказывании информации, полученной у операторов связи // Уголовное право. 2006. № 1. С. 111–115; Ивченко Л.И. Тактика контроля и записи переговоров и использование результатов этого следственного действия в расследовании преступлений. М., 2005. С. 49–50; Семилетов С.И. Проблемы обеспечения конституционных гарантий защиты прав и свобод человека в России при осуществлении оперативно-розыскной деятельности в сетях связи. Монография. М., 2012. С. 161.

анализа используемых законодателем понятий и терминов с целью выработки единого подхода к их пониманию.

Механизм обеспечения этого конституционного права в деятельности операторов связи в общих чертах определен в Федеральном законе от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» (далее — Закон о связи), регулирующем отношения, связанные с оказанием услуг электросвязи и почтовой связи на территории России.

В ст. 63 этого закона, закреплено понятие «тайна связи», содержание которого определено как тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Сравнивая это понятие с формулировкой ч. 2 ст. 23 Конституции России следует обратить внимание на существующее между ними различие: если конституционное право, закрепленное в этой норме, охватывает любые виды коммуникаций между индивидами, то тайна связи ограничивается только теми, которые осуществляются по сетям электрической и почтовой связи. Таким образом, в понятие тайны связи не включены коммуникации индивидуального (неорганизованного) порядка: в частности, пересылка корреспонденции через доверенных лиц, курьеров, переговоры по самоорганизованным (частным) каналам электросвязи и т. п. Отсюда следует, что понятие «тайна связи» является более узким по сравнению с понятием «тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений», а потому его можно рассматривать в качестве составного элемента рассматриваемого конституционного права.

В ч. 3 ст. 63 Закона о связи установлены виды ограничений тайны связи, допускаемых только на основании решения суда, к которым отнесены «осмотр почтовых отправлений, лицами, не являющимися уполномоченными работниками оператора связи, вскрытие почтовых отправлений, осмотр вложений, ознакомление с информацией и документальной корреспонденцией, передаваемыми по сетям электросвязи и сетям почтовой связи». Анализ содержания этой нормы свидетельствует, что перечень действий по ограничению тайны связи носит закрытый характер и не предполагает расширительного толкования. При этом под ознакомлением с информацией и документальной корреспонденцией в данном случае вполне определенно следует понимать изучение содержания посылок, писем, телеграмм, телефонных переговоров, компьютерных файлов и иных, в том числе электронных, отправлений.

Важное значение для рассматриваемого нами вопроса имеет содержание ст. 64 Закона о связи, закрепляющей обязанности операторов связи и ограничение прав пользователей услугами связи при проведении ОРМ, мероприятий по обеспечению безопасности Российской Федерации и осуществлении следственных действий. Часть первая этой статьи обязывает операторов связи предоставлять органам, осуществляющим ОРД, «информацию *о пользователях* услугами связи и *об оказанных им услугах* связи (курсив наш — А.Ч.), а также иную информацию, необходимую для выполнения возложенных на эти органы задач, в случаях, установленных законами». Таким образом, здесь идет речь о двух конкретных видах информации, не упоминавшихся в предыдущей статье: 1) информации о пользователях услугами связи и 2) об оказанных им услугах связи, обязанность предоставления которой оператором связи не обуславливается наличием судебного разрешения. Отсюда можно сделать вывод, что законодатель в данном случае исходит из того, что указанные виды сведений не попадают под защиту ч. 2 ст. 23 Конституции России.

Указав сведения, которые оператор связи обязан предоставлять уполномоченным государственным органам, законодатель, к сожалению, недостаточно четко раскрыл их понятие. Так, в части первой ст. 53 Закона о связи, регламентирующей формирование баз данных об абонентах операторов связи определено, что «к сведениям об абонентах относятся фамилия, имя, отчество или псевдоним абонента-гражданина, наименование (фирменное наименование) абонента — юридического лица, фамилия, имя, отчество руководителя и работников этого юридического лица, а также адрес абонента или адрес установки оконечного оборудования, абонентские номера и другие данные, позволяющие идентифицировать абонента или его оконечное оборудование, сведения баз данных систем расчета за оказанные услуги связи, в том числе о соединениях, трафике и платежах абонента». Таким образом, в данной дефинитивной норме в содержание понятия «сведения об абонентах» оказались включены также «сведения баз данных систем расчета за оказанные услуги связи, в том числе о соединениях, трафике и платежах абонента», т. е. законодатель эти понятия в данном случае объединяет.

Сравнительный анализ понятий сведений об абонентах и об оказанных услугах связи, используемых в статьях 53 и 64 Закона о связи свидетельствует, на наш взгляд, об их несогласованности и противоречивости, препятствующей единообразному применению закона в правоохранительной деятельности.

На наш взгляд, эти понятия должны разделяться, как это сделано в ст. 64 Закона о связи, поскольку, во-первых, содержание сведений об абонентах и сведений об оказанных услугах связи имеют разную природу происхождения. Так, сведения об абонентах формируются в процессе заключения договора на оказание услуг связи путем предоставления гражданами своих персональных данных представителю оператора связи, который становится их обладателем до начала фактического оказания самих услуг. При этом порядок заключения договора на услуги связи, предусматривающий обязательность отражения в нем персональной информации, аналогичен порядку заключения любых других гражданско-правовых договоров на оказание услуг: медицинских, туристических, транспортных и др., когда от гражданина требуется предъявление документа, удостоверяющего личность и таким образом им добровольно осуществляется передача другой стороне договора своих персональных данных. В свою очередь сведения об услугах связи появляются в результате реального пользования такими услугами, которые фиксируются с помощью специальных так называемых программно-аппаратных биллинговых систем, используемых операторами связи. Таким образом, эти сведения имеют иной механизм следообразования, основанный на функционировании систем связи.

Во-вторых, разграничение понятий сведений об абонентах и об оказанных услугах связи обусловлено отличием их содержания. Так данные, относящиеся к сведениям об абоненте, на наш взгляд, подпадают под действие Федерального закона «О персональных данных», в соответствии с которым любая информация, относящаяся к определенному или определяемому на основании такой информации физическому лицу (субъекту персональных данных) относится к персональным данным¹. Традиционно, как это было зафиксировано в первоначальной редакции этого Закона, к персональным данным относятся, прежде всего, фамилия, имя, отчество, год, месяц, дата и место рождения, адрес, семейное, социальное, имущественное положение, образование, профессия, доходы и другая информация.

При этом ст. 6 данного Закона допускает обработку персональных данных без согласия субъекта в случаях, когда она необходима для осуществления правосудия, исполнения судебного акта, акта другого органа или должностного лица, подлежащих исполнению в соответствии с российским законодательством об исполнительном производ-

¹ Ст. 3 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» (в ред. Федерального закона от 25 июля 2011 г. № 261-ФЗ) // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

стве, а также для исполнения полномочий федеральных органов исполнительной власти, к которым относятся все правоохранительные органы. Статья 7 этого же Закона вводит понятие «конфиденциальность персональных данных», под которой понимаются обязательное для соблюдения оператором или иным лицом, получившим доступ к персональным данным, требование не допускать их распространение без согласия субъекта персональных данных или наличия иного законного основания. Эти положения Федерального закона «О персональных данных» прямо допускают возможность получения уполномоченными субъектами, в том числе и сотрудниками правоохранительных органов, сведений об абонентах без судебного решения.

Именно так истолковывает положения рассматриваемого закона и судебная практика. В частности, в определении Высшего Арбитражного Суда России от 16 декабря 2011 года, рассматривавшего спор между службой судебных приставов и оператором связи, отказавшем в предоставлении сведений об абоненте, было разъяснено, что положения ст. 6 Федерального закона «О персональных данных» устанавливают возможность получения сведений об абоненте, в том числе и службе судебных приставов¹.

О допустимости сбора персональных данных без согласия лица в связи осуществлением правосудия или в соответствии с законодательством о безопасности, об оперативно-розыскной деятельности, уголовно-процессуальным и уголовно-исполнительным законодательством неоднократно отмечалось и в комментариях к Конституции России. По мнению их авторов это полностью соответствует международным нормам в области прав человека, которые признают допустимость вынужденного вмешательства в неприкосновенность частной жизни в сфере борьбы с преступностью и рассматривают такие ограничения необходимыми в демократическом обществе².

Таким образом, персональные данные абонентов сетей электро-связи составляют отдельную группу сведений, носящих конфиденци-

¹ Определение от 16 декабря 2011 года № ВАС-14324/11 Высшего арбитражного суда Российской Федерации о передаче дела в Президиум Высшего арбитражного суда Российской Федерации // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

² Например, см.: Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. Л.А. Окунькова. Изд. 2-е, доп. и перераб. М., 1996. С. 91; Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под общ. ред. В.Д. Карповича. 2-е изд., доп. и перераб. М., 2002. С. 164; Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. В.Д. Зорькина. Изд. 3-е, пересмотр. М., 2013. С. 239.

альный характер, но не относящихся к тайне телефонных переговоров, а их получение от операторов связи для решения задач оперативно-розыскной деятельности и уголовного судопроизводства не требует судебного разрешения.

В качестве дополнительного аргумента к нашему выводу можно сослаться на известное среди специалистов Определение Конституционного Суда России от 2 октября 2003 г. № 345-О, в котором применительно к предмету запросу заявителя дано конституционно-правовое толкование права на тайну телефонных переговоров. В мотивировочной части этого решения было установлено, что «право каждого на тайну телефонных переговоров по своему конституционно-правовому смыслу предполагает комплекс действий по защите информации, получаемой по каналам телефонной связи, независимо от времени поступления, степени полноты и содержания сведений, фиксируемых на отдельных этапах ее осуществления. В силу этого информацией, составляющей охраняемую Конституцией Российской Федерации и действующими на территории Российской Федерации законами тайну телефонных переговоров, считаются *любые сведения, передаваемые, сохраняемые и устанавливаемые с помощью телефонной аппаратуры* (курсив наш — А.Ч.), включая данные о входящих и исходящих сигналах соединения телефонных аппаратов конкретных пользователей связи; для доступа к указанным сведениям органам, осуществляющим ОРД, необходимо получение судебного решения»¹.

Анализ приведенного положения позволяет заключить, что персональные данные абонента в силу своего содержания и механизма появления не могут быть отнесены к сведениям «передаваемым, сохраняемым и устанавливаемым с помощью телефонной аппаратуры», которые Конституционный Суд отнес к тайне телефонных переговоров.

Данное Конституционным Судом толкование пределов конституционного права на тайну телефонных переговоров получило свое законодательное признание в Федеральном законе от 1 июля 2010 года № 143-ФЗ, дополнившем УПК РФ статьей 186.1, которая закрепила процедуру нового следственного действия — получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами — проводимого на основании судебного решения. Введя но-

¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 2 октября 2003 года № 345-О об отказе в принятии к рассмотрению запроса Советского районного суда города Липецка о проверке конституционности части четвертой статьи 32 Федерального закона от 16 февраля 1995 года «О связи» // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Консультант Плюс».

вое понятие в арсенал процессуальных средств доказывания, законодатель в пункте 24.1 ст. 5 УПК РФ определил его содержание как получение следователем (дознавателем) от оператора связи сведений о дате, времени, продолжительности соединений между абонентами и (или) абонентскими устройствами (пользовательским оборудованием), номерах абонентов, других данных, позволяющих идентифицировать абонентов, а также сведений о номерах и месте расположения приемо-передающих базовых станций.

Анализируя это определение нельзя не видеть, что в содержание нового следственного действия кроме собственно данных о соединениях абонента (об оказанных услугах связи) оказались включены еще три вида сведений: 1) о номерах абонентов, 2) других данных, позволяющих идентифицировать абонентов, 3) сведений о номерах и месте расположения приемо-передающих базовых станций, которые требуют уяснения их сущности. Однако эти сведения не следует отождествлять с персональными данными абонентов сетей связи, как это делают некоторые исследователи¹.

Исходя из логического толкования рассматриваемой нормы под номерами абонентов следует, на наш взгляд, понимать те абонентские номера, с которыми осуществлялось как входящее так и исходящее соединение абонентского устройства проверяемого лица.

К другим данным, позволяющим идентифицировать абонентов, специалисты, на наш взгляд, вполне справедливо относят сведения о SIM-карте и об IMEI-номере абонентского оборудования², которые представляют немалую ценность для раскрытия и расследования преступлений. К этой же группе данных, можно отнести также сведения о смене SIM-карт на одном и том же пользовательском оборудовании либо об использовании одной SIM-карты на нескольких мобильных телефонах.

Следует отметить, что вопрос о правовом режиме получения информации об используемом абонентами оборудовании, в частности, IMEI-номере мобильного телефона, вызывает немало дискуссий среди ученых и практиков. Нет единства взглядов на этот вопрос даже внутри главного надзорного ведомства — Генеральной прокуратуры. Об этом,

¹ Волынская О.В., Шишкин В.С. К вопросу о доказательственном значении сведений о телефонных соединениях // Российский следователь. 2011. № 2. С. 12–15.

² Соколов Ю.Н. Использование информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами в ходе предварительного расследования преступлений // Российский следователь. 2011. № 11. С. 18–21 // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

в частности свидетельствует факт того, что в одном из номеров журнала «Уголовный процесс» в двух статьях, подготовленных прокурорами разных регионов страны, были высказаны противоположные точки зрения по вопросу о необходимости получения судебного решения на получение сведений, определяемых по IMEI-номеру мобильного телефона. Если авторы одной статьи доказывали, что получение сведений с помощью имеющегося IMEI-номера требует судебного решения¹, то автор другой — утверждал, что не все сведения об абоненте, определяемые по IMEI, составляют тайну телефонных переговоров².

Информация об IMEI-номере мобильного телефона, на наш взгляд, несмотря на то, что она относится к пользовательскому оборудованию конкретного лица не может быть отнесена к сведениям об абоненте, относящимся к персональным данным. С одной стороны, являясь международным идентификационным номером мобильного телефона, он существует независимо от оказываемых услуг связи; при его приобретении личность покупателя не персонифицируется, в договоре о пользовании услугами связи IMEI-номер не указывается, а владелец мобильного телефона может никогда и не знать его идентификационного номера. С другой стороны — сведения об IMEI-номере мобильного устройства появляются в базах данных оператора связи лишь в результате обработки сведений об оказанных услугах связи в биллинговых системах. Отсюда можно сделать вывод, что поскольку эта информация может быть получена только с помощью программно-аппаратных средств операторов связи, то согласно приведенной выше правовой позиции Конституционного Суда для этого требуется судебное решение.

Вопрос о правовом режиме получения сведений у операторов связи об IMEI-номере мобильного устройства, как заслуживающий отдельного внимания, был затронут в Обзоре судебной практики Верховного Суда России, который пришел к выводу о «необходимости получения судебного решения для определения местоположения телефонного аппарата относительно базовой станции, а также для определения идентификационных абонентских устройств объектов оперативной заинтересованности»³.

¹ Дмитриев А.А., Жиганов С.В. Истребование информации о пользователе телефона по IMEI-коду в ходе ОРД // Уголовный процесс. 2011. № 11. С. 46.

² Иванов А.Н. Не все сведения об абоненте, определяемые по IMEI, составляют тайну телефонных переговоров // Уголовный процесс. 2011. № 11. С. 44.

³ См.: пункт 7.3 Обзора судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ. Утвержден Президиумом Вер-

Данное разъяснение получило признание в практике судов общей юрисдикции. В частности, коллегия по гражданским делам Калужского областного суда своим апелляционным определением от 25 ноября 2013 года разрешила возникший спор между Управлением МВД по г. Калуге и оператором связи по поводу возможности получения без судебного решения сведений об абонентских номерах и установочных данных владельцев SIM-карт, которые использовались в похищенном мобильном телефоне с известным IMEI-номером. Согласившись с решением суда первой инстанции судебная коллегия отметила, что указанная информация в рассмотренном ею случае могла быть получена только на основании судебного решения в порядке, предусмотренном статьей 186.1 УПК РФ¹.

Такого же подхода к правовому режиму получения сведений об IMEI-номере мобильного устройства придерживаются и арбитражные суды, о чем можно судить по получившим освещение в средствах массовой информации судебным процессам между Банком России и операторами связи². В частности, в постановлениях Девятого арбитражного апелляционного суда от 15 ноября 2013 года и Федерального арбитражного суда Московского округа от 12 марта 2014 года было установлено, что «сведения об идентификационных номерах абонентских устройств (IMEI) составляют тайну телефонных переговоров»³.

Таким образом, можно сделать вывод о сложившейся судебной практике толкования законодательных норм, регулирующих доступ правоохранительных служб к информации об IMEI-номерах мобильных устройств, что должно учитываться правоприменителями.

Согласно п. 24.1 ст. 5 УПК РФ в содержание следственного действия — получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами — включены также сведения

ховного суда РФ 27 июня 2012 года // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹ Определение Калужского областного суда от 25 ноября 2013 года № 33-3099/2013 // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

² Окунь С. Детализацию счета от ЦБ надо защищать не так, как адреса электронной почты // [Электронный ресурс]. URL: <http://pravo.ru/review/view/106623> (дата обращения 17.07.2014); Михалева А., Гусева Е. Mail.Ru одолел Центробанк в споре за данные пользователей // [Электронный ресурс]. URL: http://pravo.ru/court_report/view/104585/ (дата обращения 17.07.2014).

³ Постановление девятого арбитражного апелляционного суда от 15 ноября 2013 года № 09АП-28908/2013; постановление арбитражного суда Московского округа от 12 марта 2014 года по делу № А40-56142/13-130-551 // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

о номерах и месте расположения приемо-передающих базовых станций, позволяющие установить места нахождения и направления перемещения на местности мобильного телефона. Эти сведения, исходя из буквального толкования, хотя и выходят за рамки названия данного следственного действия, но логически вписываются в его содержание, поскольку они технологически связаны со сведениями об оказанных услугах связи.

К категории сведений о номерах и месте расположения приемо-передающих базовых станций оперативно-следственная практика относит еще один вид информации — сведения о соединениях между абонентами (абонентскими устройствами) на территории, прилегающей к месту совершения преступления. Возможность получения этих сведений в рамках рассматриваемого следственного действия предполагает обязательность предварительного получения судебного решения. Однако, как показало наше исследование, судебная практика по рассмотрению ходатайств о получении таких сведений в настоящее время весьма противоречива. Многие суды отказывают в даче согласия на предоставление таких сведений, мотивируя свои отказы тем, что такие сведения затрагивают интересы неограниченного круга лиц непричастных к совершению преступлений.

С такой мотивировкой, в частности, Московским городским судом 22 октября 2012 года было вынесено 15 кассационных определений, которыми подтверждена законность и обоснованность отказов районного суда в выдаче разрешения на получение сведений о соединениях между абонентами на территории, прилегающей к месту совершения преступления. Через неделю этот же суд вынес еще 24 аналогичных решения с той же мотивировкой¹. В то же время другой состав Московского городского суда своим апелляционным определением от 20 марта 2013 года согласился с доводами представления прокурора и разрешил получение у оператора связи не только сведений о соединениях между абонентами на определенной территории, но также и об SMS-сообщениях между неопределенным кругом абонентов².

С проблемой противоречивости судебной практики по санкционированию доступа следователей к сведениям операторов связи о соеди-

¹ Например, см.: Кассационное определение Московского городского суда от 22 октября 2012 года по делу № 22-14129/12; Кассационное определение Московского городского суда от 31 октября 2012 года по делу № 22-14801/12 // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

² Апелляционное определение Московского городского суда от 20 марта 2013 года № 10-907 // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

нениях между неопределенным кругом абонентов на конкретной территории столкнулись и правоохранительные органы г. Санкт-Петербурга. Для разрешения этой проблемы городская прокуратура на заседании своего консультативного совета с участием ученых и практиков разработала правовое обоснование допустимости получения такого рода сведений по судебному решению. Оно базировалось на положении мотивировочной части Определения Конституционного Суда от 2 октября 2003 г. № 345-О, в котором указывалось на «обязанность судьи, рассматривающего ходатайство органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, о производстве действий, связанных с ограничением права на тайну телефонных переговоров, подходить к оценке представляемых в таких случаях материалов ответственно и всесторонне». Исходя из этого был сделан вывод, что получение следователем информации о соединениях между неопределенным кругом абонентов на конкретной территории имеет целью установление лица, совершившего преступление для его привлечения к уголовной ответственности, т. е. на практическую реализацию положений ст. 6 УПК РФ о защите прав и законных интересов лиц, потерпевших от преступлений, что в целом отвечает интересам общества и государства. При этом совершенно правильно отмечалось, что ни Конституционный Суд в названном Определении, ни законодатель в ст. 186.1 УПК РФ не связывают возможность получения интересующих следствие сведений с установлением определенного лица, использующего конкретный абонентский номер сотовой связи¹.

Изучение судебной практики в других регионах России показывает, что в ряде из них суды уже давно дают разрешение на получение такой информации в случаях, когда инициаторы запроса убедительно аргументируют необходимость ограничения конституционных прав широкого круга лиц с учетом конкретных обстоятельств дела.

О допустимости получения правоохранительными органами информации о соединениях между неопределенным кругом абонентов на конкретной территории говорится и в международных правовых актах. В частности, в Резолюции Совета Европы от 17 января 1993 года о законном перехвате телекоммуникаций указывалось на возможность полиции требовать информации о наиболее точном географическом положении абонента в сети мобильной связи, об оказанных конкретных услугах связи, касающихся предмета перехвата, осу-

¹ Резцов А.В. Применение органами предварительного расследования ст. 186.1 УПК при получении сведений о телефонных переговорах // Законность. 2013. № 7. С. 12–15.

ществлять полный мониторинг перехваченных телекоммуникаций в режиме реального времени и т. д.¹.

Таким образом, получение правоохранительными органами у операторов связи информации, имеющей значение для раскрытия и расследования преступлений, достаточно серьезно ограничено действующим законодательством, которое вместе с тем объективно отстает от технического прогресса. В этих условиях появление новых возможностей контроля поведения подозреваемых и обвиняемых в целях эффективного раскрытия и расследования преступлений требует постоянного совершенствования правовых норм, регулирующих полномочия правоохранительных органов по доступу к информации операторов связи.

§ 2. Контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений

Контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений (далее — КПО) по праву считается одним из традиционных ОРМ в сетях связи, имеющим наиболее древнюю историю возникновения². Однако несмотря на наличие глубоких исторических корней как в практике, так и в науке пока отсутствует единое понимание сущности КПО, одной из причин чего является недостаточная четкость его законодательной регламентации. Данное обстоятельство напрямую влияет на реализацию принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина в ОРД, поскольку от четкого понимания правоприменителями содержания данного ОРМ во многом зависит обеспечение права каждого на тайну переписки, почтовых, телеграфных и иных сообщений, гарантированного ч. 2 ст. 23 Конституции РФ.

Недостаток правового регулирования КПО проявляется, прежде всего, в законодательной формулировке названия данного ОРМ, которое определяет, по сути, объекты контроля, включающие в себя три самостоятельные группы: почтовые отправления, телеграфные сообщения и иные сообщения. Данные понятия Закон об ОРД не раскрывает, поскольку они являются традиционными для иной сферы общественных отношений — оказания услуг почтовой связи, и их определения закреплены в соответствующих нормативных правовых актах, регулирующих

¹ Семилетов С.И. Указ. раб. С.10.

² Об этом см.: Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. М., 1997. С. 219; Евстратиков Б.М., Захарцев С.И., Медведев В.М., Сальников В.П. Оперативно-розыскные мероприятия на каналах связи (правовой анализ): монография / под общ. ред. В.П. Сальникова. СПб., 2005. С. 6–7.

отношения в данной области. Под почтовым отправлением в ст. 2 Федерального закона «О почтовой связи», понимается «письменная корреспонденция, посылки, прямые почтовые контейнеры», а под письменной корреспонденцией — «простые и регистрируемые письма, почтовые карточки, секограммы, бандероли и мелкие пакеты»¹.

Понятие телеграфного сообщения раскрывается в Правилах оказания услуг телеграфной связи, где под телеграммой понимается текстовое сообщение, предназначенное для передачи средствами телеграфной связи². Технология телеграфных сообщений включает в себя вручение письменного текста оператору связи, преобразование его в электросигналы, их передачу по каналам электрической связи, обратное преобразование полученного сообщения в письменный вид и вручение текста получателю. Таким образом, телеграфные сообщения можно одновременно относить как к почтовому, так и к электрическому видам связи.

Поскольку рассматриваемые нами понятия непосредственно связаны с определением содержания ОРМ, ограничивающего конституционное право граждан, представляется целесообразным для внесения ясности в используемый понятийный аппарат предложить законодателю дополнить ст. 2 Федерального закона «О почтовой связи» определением понятия телеграфного сообщения, поскольку в этой части данный закон по существу является опосредованным регулятором оперативно-розыскных отношений.

Максимальной неопределенностью характеризуется использованное законодателем понятие «иных сообщений» как объектов оперативно-розыскного контроля, которое в тексте закона напрямую не раскрывается, а потому по-разному истолковывается в правоприменительной практике и юридической литературе. В процессе изучения этого вопроса нам удалось обнаружить письмо Заместителя Генеральной прокуратуры РФ первому заместителю Министра внутренних дел РФ от 19 марта 1999 года № 36-609/166-99, в котором излагалось мнение Генеральной прокуратуры по поводу толкования ряда правовых понятий, используемых в ОРД. В этом письме под понятием «иные сообщения» предлагалось иметь в виду сообщения, передаваемые только по сетям почтовой связи.

По иному понимают это понятие ученые. В частности, О.А. Вагин и А.П. Исиченко к «иным сообщениям» относят два вида сведений:

¹ Федеральный закон «О почтовой связи» от 17 июля 1999 г. № 176-ФЗ // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

² Постановление Правительства Российской Федерации от 15 апреля 2005 г. № 222 «Об утверждении правил оказания услуг телеграфной связи // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

1) «информация, изложение и передача которой допускается вместе с почтовым переводом»; 2) «сообщения, принимаемые от отправителя на бумажном или магнитном носителе, для передачи электронным путем и доставляемые адресату воспроизведенными в физической или электронной форме (отправление электронной почты)», которые вручаются получателю в запечатанном виде как письменная корреспонденция¹. Включение в рассматриваемое понятие первой группы сведений, на наш взгляд, не вносит ясности в рассматриваемый вопрос, поскольку отделение сопроводительного текста от самого почтового перевода представляется нам искусственным, а контроль почтового перевода будет охватывает весь сопровождающий его текст. По поводу второй группы сведений можно согласиться с отнесением их к «иным сообщениям», если речь идет о корреспонденции, пересылаемой исключительно через операторов почтовой связи.

Весьма широкий смысл вкладывает в понятие «иных сообщений» профессор А.Ю. Шумилов, относя к ним любую, кроме почтового отправления и телеграфного сообщения, корреспонденцию, отправленную по сети почтовой, электрической связи или иным способом. В качестве примера такой корреспонденции он называет, в частности, почтовый перевод денежных средств, с чем нельзя не согласиться. Действительно, к перечню услуг федеральной почтовой связи относятся почтовые переводы денежных средств, которые законодателем не отнесены к категории почтовых отправлений. Вероятно, технология приемки, обработки, перевозки и доставки почтовых переводов денежных средств несколько отличается от пересылки писем и бандеролей, а потому они могут быть включены в понятие «иных сообщений»².

К «иным сообщениям» указанный автор относит также корреспонденцию, отправляемую по сетям электрической связи — письменные тексты, изображения, знаки, символы, сигналы, звуки, информацию в иной форме, кроме телефонных и телеграфных сообщений. В данном случае речь идет, скорее всего, о корреспонденции в виде факсов, телексов и электронной почты, но, к сожалению, при этом не проводится различия между корреспонденцией, отправляемой через операторов почтовой связи и отправляемой без их участия по сетям электросвязи. По нашему же мнению, если корреспонденция по каналам электросвязи

¹Вагин О.А., Исиченко А.П. Постатейный комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» со словарем законодательных терминов. М., 2006. С. 123.

² Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности: Учебник для вузов. М., 2006. С. 246–248.

пересылается абонентами без участия операторов почтовой связи, то ее контроль будет охватываться содержанием другого ОРМ — снятие информации с технических каналов связи.

Самым же дискуссионным является отнесение уважаемым профессором к «иным сообщениям» писем и записок, отправляемых иным, помимо сетей почтовой и электрической связи, способом, например, передаваемых с нарочным (курьером). По этому поводу следует заметить, что такое расширительное толкование не согласуется с терминологией, используемой в других статьях Закона об ОРД. Напомним, что термин «иные сообщения», входящий в название рассматриваемого ОРМ, получил конкретизацию в ч. 2 ст. 8 и ч. 1 ст. 9 Закона об ОРД, где он используется в понятии конституционного права в формулировке «иные сообщения, передаваемые по сетям электрической и почтовой связи». На это обстоятельство справедливо обращается внимание в современной учебной литературе, в которой к объектам КПО наряду с почтовой и телеграфной отнесена «иная корреспонденция, передаваемая по сетям электрической и почтовой связи»¹.

Такая трансформация понятия обуславливает необходимость, во-первых, уяснения смысла используемых здесь специальных терминов, а, во-вторых, обоснования ее допустимости и правовых последствий.

Под «сетями электрической связи» в прежнем Законе «О связи» понимались «технические системы, обеспечивающие один или несколько видов передач: телефонную, телеграфную, факсимильную, передачу данных и других видов документальных сообщений, включая обмен информацией между ЭВМ, телевизионное звуковое и иные виды радио- и проводного вещания»². В действующем Законе «О связи» дается также толкование термина «электросвязь», под которой понимается «передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам»³. В свою очередь почтовая связь, как указано в ст. 2 Федерального закона «О почтовой связи», представляет собой единый про-

¹ Дубонос Е.С. Оперативно-розыскная деятельность: учебник для вузов. 4-е изд. перераб. и доп. М., 2014. С. 277; Оперативно-розыскная деятельность: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / под ред. И.А. Климова. М., 2014. С. 225.

² Федеральный закон «О связи» от 16 февраля 1995 г. № 15-ФЗ (утратил силу) // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

³ Федеральный закон «О связи» от 10 июля 2003 г. № 126-ФЗ // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

изводственно-технологический комплекс технических и транспортных средств, обеспечивающий прием, обработку, перевозку, доставку (вручение) почтовых отправлений, а также осуществление почтовых переводов денежных средств¹. Исходя из законодательной конкретизации понятия «иных сообщений» следует, что объектами рассматриваемого нами ОРМ могут выступать только такие отправления (сообщения), которые передаются по существующим сетям связи с участием операторов связи. Соответственно ни о каких отправлениях с помощью нарочных и курьеров здесь речь не идет.

Исходя из такого всеобъемлющего определения понятия «электрической связи» можно сделать вывод о том, что если под «иными сообщениями» понимать сообщения, передаваемые не только по сетям почтовой, но и электросвязи, то рассматриваемое оперативно-розыскное мероприятие фактически должно охватить собой два других ОРМ — «прослушивание телефонных переговоров» и «снятие информации с технических каналов связи». Но коль скоро законодатель пошел по пути выделения двух этих ОРМ в самостоятельные виды, то перед исследователями встает проблема разграничения упомянутых оперативно-розыскных мероприятий. При этом, учитывая специфику телеграфных отправлений, состоящую в использовании одновременно двух сетей связи — почтовой и электрической, их контроль может осуществляться не только в рамках рассматриваемого ОРМ, но и путем проведения другого мероприятия — «снятия информации с технических каналов связи».

В качестве одного из вариантов решения этой терминологической проблемы можно предложить исключить из названия рассматриваемого ОРМ термин «иные сообщения», который без должного обоснования был перенесен в него из текста ст. 23 Конституции России. В результате такой правки содержание рассматриваемого мероприятия будет ограничено только контролем за почтовыми отправлениями, включая почтовые денежные переводы, и телеграфными сообщениями, с которыми работают предприятия почтовой связи. При этом получение информации путем снятия сигналов, сопровождающих передачу почтовых объектов по сетям электросвязи, например о тексте телеграмм, в содержание данного мероприятия входить не будет².

¹ Федеральный закон «О почтовой связи» от 17 июля 1999 г. № 176-ФЗ // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

² Бочкарев А.В., Федюнин А.Е. Некоторые уголовно-процессуальные вопросы получения и фиксации аудиальной информации при осуществлении оперативно-розыскной деятельности // Следователь. 2002. № 6. С. 32.

Для уяснения сущности КПО следует соотнести понятийно-категориальный аппарат Закона об ОРД с содержанием конституционного права, которое подвергается ограничению в результате его применения.

Сравнивая название рассматриваемого нами ОРМ с формулировкой ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, закрепляющей право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, нельзя не заметить, что Закон об ОРД сужает содержание понятия, используемого в конституционной норме и распространяет ее действие лишь на передачу сообщений, осуществляемых только в порядке оказания услуг операторами связи на основе публично-правового договора. В то же время ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, по мнению авторов комментария к ней, закрепляет право на тайну любых видов коммуникаций между индивидами¹, включая частные способы передачи сообщений и отправок: с помощью курьеров (гонцов, нарочных), почтовых голубей, с использованием индивидуальных (в том числе самодельных) средств связи и т. д. Аналогичного расширительного понимания границ конституционного права придерживаются и некоторые специалисты в области уголовного права². Однако приведенные доктринальные толкования пока не нашли нормативного закрепления и не подтверждены судебной практикой, а потому они остаются лишь мнением отдельных специалистов.

Конституционное право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений получило определенную детализацию в законодательстве о связи, которое ввело еще одно правовое понятие — «тайна связи». Согласно ст. 15 Федерального закона «О почтовой связи» это понятие включает в себя тайну переписки, почтовых, телеграфных и иных сообщений, входящих в сферу деятельности операторов почтовой связи. К тайне связи здесь отнесены не только содержание писем, почтовых отправок, денежных переводов, телеграфных и иных сообщений, но также и информация об адресных данных пользователей услуг почтовой связи, о почтовых отправлениях, почтовых переводах денежных средств, телеграфных и иных сообщениях, входящих в сферу деятельности операторов почтовой связи. Получение такой информации по смыслу

¹ Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.Д. Зорькина, Л.В. Лазарева. М., 2009. С. 239.

² Энциклопедия уголовного права. Т. 16. Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина. СПб., 2011. С. 180.

данной статьи следует рассматривать как ограничение тайны связи, которое допускается только на основании судебного решения.

Несколько по иному раскрывается содержание понятия тайны связи в Федеральном законе «О связи», статья 63 которого гарантирует тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи. Нельзя не обратить внимания на то, что к «иным сообщениям» здесь отнесены, как и в Законе об ОРД, сообщения, «передаваемые по сетям электросвязи и сетям почтовой связи». В этой же статье установлены виды ограничений тайны связи, допускаемых только на основании решения суда, к которым отнесены «осмотр почтовых отправлений, осмотр вложений, ознакомление с информацией и документальной корреспонденцией, передаваемыми по сетям электросвязи и сетям почтовой связи». Под ознакомлением с информацией и документальной корреспонденцией в данном случае вполне определенно следует понимать изучение содержания писем, телеграмм, телефонных переговоров, компьютерных файлов и иных, в том числе, электронных отправлений. Нетрудно увидеть, что из содержания понятия тайны связи, ограничение которой возможно только при наличии судебного решения, здесь оказались исключены сведения о пользователях связи и оказанных им услугах. Тем самым, указанная правовая норма заметно сузила установленные Федеральным законом «О почтовой связи» границы права на тайну связи, ограничение которого возможно только на основании судебного решения. Такое несоответствие дефинитивных норм двух по сути однородных законов, определяющих понятие тайны связи, на практике может привести к противоречивому толкованию их положений, нарушающему принцип равенства всех перед законом, а потому требует их гармонизации.

Познание сущности КПО предполагает также проведение его сравнительного анализа со сходным следственным действием — арестом почтово-телеграфных отправлений, закрепленным в ст. 185 УПК РФ. Объектами этого следственного действия выступают согласно части первой данной статьи предметы, документы или сведения, содержащиеся соответственно в бандеролях, посылках или других почтово-телеграфных отправлениях либо в телеграммах или радиограммах. Как мы видим, данная норма вместо использованного в Законе об ОРД понятия «иные сообщения» содержит понятие «другие почтово-телеграфные отправления», которое следует признать более определенным. По сути же, как ОРМ, так и следственное действие

направлено на одни и те же объекты — отправления и сообщения, передаваемые по каналам почтовой связи, а потому представляется целесообразным для унификации законодательных норм использовать в названиях одни и те же понятия, взяв за основу уголовно-процессуальную терминологию, поскольку она более конкретна.

Что касается содержания этого следственного действия, то, исходя из названия, оно предусматривает фактическое приостановление услуги связи с выемкой таких отправлений для возможного приобщения к уголовному делу в качестве вещественных доказательств или иных документов. В свою очередь КПО, как правило, не предполагает приостановление услуги связи и почтово-телеграфная корреспонденция после негласного с ней ознакомления поступает адресату. Отсюда использование понятия контроля для названия ОРМ вполне оптимально. Таким образом, можно предложить назвать рассматриваемое ОРМ «контроль почтово-телеграфных отправлений».

Отличительной особенностью контроля почтовых и телеграфных отправлений является специальный субъект его проведения. Согласно положениям ч. 4 ст. 6 Закона об ОРД проведение контроля почтовых отправлений разрешается двум субъектам оперативно-розыскной деятельности — ФСБ и МВД России. Однако Указом Президента РФ от 1 сентября 1995 г. № 891 полномочиями на проведение рассматриваемого мероприятия наделены лишь органы федеральной службы безопасности¹. Таким образом, данный нормативный акт по существу ограничивает действие законодательной нормы, минимизируя круг субъектов КПО, уполномоченных на ограничение конституционного права, и сделано это, как отмечено в преамбуле Указа, в целях обеспечения гарантий соблюдения конституционных прав и свобод граждан в ходе осуществления ОРД, а также усиления борьбы с преступностью. С приведенным обоснованием трудно спорить, а потому конституционность ограничения полномочий других субъектов ОРД не вызывает сомнений и вполне допустимо. Но в таком случае, возникшее разночтение закона и подзаконного нормативного акта должно быть устранено путем закрепления на законодательном уровне фактического субъекта данного мероприятия.

В связи с этим заслуживает внимания предложение В.Ф. Луговика, который в своем проекте оперативно-розыскного кодекса преду-

¹ Указ Президента Российской Федерации от 1 сентября 1995 г. № 891 «Об упорядочении организации проведения оперативно-розыскных мероприятий с использованием технических средств» // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

смотрел допустимость проведения КПО на государственных почтовых предприятиях исключительно органами ФСБ, а на негосударственных — иными субъектами ОРД¹. К сожалению, автор не обосновал необходимость и допустимость такого разделения, а потому оно нуждается в детальном обсуждении. В таком регулировании есть свое позитивное начало, поскольку количество негосударственных юридических лиц, оказывающих услуги почтовой связи, вероятно, будет иметь тенденцию к дальнейшему увеличению и проводить на них в каких-то отдельных случаях ОРМ по контролю почтовых отправлений исключительно органами ФСБ вряд ли будет целесообразным с организационной и экономической стороны.

Для уяснения сущности КПО немаловажное значение имеет определение используемых в ходе его способов контроля. В то же время, действующий подзаконный акт, регламентирующий основы организации и тактики ОРД органов внутренних дел, утвержденный приказом МВД России от 4 апреля 2013 года, никак эти вопросы не регламентирует, а содержит лишь ссылку на то, что данное ОРМ проводится в установленном порядке. В связи с этим исследователи по-разному определяют содержательную сторону КПО. Так, по мнению С.И. Захарцева, КПО осуществляется лишь путем «негласного *прочтения* (курсив наш — А.Ч.) почтовых и иных сообщений»². Более полно определяют содержание КПО А.Ю. Шумилов, включая в него не только прочтение, но и просмотр корреспонденции, а также установление отправителя или адресата. При этом единственной формой КПО он называет перлюстрацию³, что в переводе с латинского означает тайное вскрытие и просмотр государственными или иными органами пересылаемой по почте корреспонденции с целью цензуры или надзора⁴. В содержании КПО уважаемым профессором выделяются несколько этапов, включающих в себя поиск, отбор, вскрытие, ознакомление с содержанием, оценка корреспонденции, фиксация необходимых сведений на соответствующие носители информации, повторная упаковка, отправление в адрес, контроль перемещения пред-

¹ Луговик В.Ф. Оперативно-разыскной кодекс Российской Федерации: авторский проект. Омск, 2014. С.74.

² Захарцев С.И. Теория и правовая регламентация оперативно-розыскных мероприятий: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2004. С. 24.

³ Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности: учебник для вузов. М., 2006. С. 246–248.

⁴ Большой юридический словарь / под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. 2-е изд. перераб. и доп. М., 2003. С.427.

мета этого ОРМ¹. Учитывая, что объектом КПО могут выступать не только письма, но также бандероли, посылки и почтовые контейнеры, то контролироваться они могут только путем вскрытия и осмотра их содержимого, в том числе путем инструментального исследования с помощью специальных технических средств, предназначенных для негласного контроля почтовых сообщений и отправлений.

Таким образом, контроль почтово-телеграфных отправлений можно определить как оперативно-розыскное мероприятие, заключающееся в негласном ознакомлении с содержанием почтовых и телеграфных отправлений физических или юридических лиц путем их вскрытия и просмотра специально уполномоченными сотрудниками органов федеральной службы безопасности.

От контроля почтовых отправлений следует отличать административный досмотр почтовых и багажных отправлений, осуществляемый в соответствии с ч. 3 ст. 48 Федерального закона «О наркотических средствах и психотропных веществах» (далее — Закон о наркотиках) должностными лицами органов внутренних дел, таможенных органов, федеральной службы безопасности при осуществлении контроля за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров при наличии достаточных оснований полагать, что осуществляются незаконные операции с наркотиками. Такой досмотр не является оперативно-розыскным мероприятием и не требует судебного решения, но может использоваться для решения задач ОРД. Однако при этом следует учитывать, что применение такого досмотра может осуществляться только в тех случаях и в тех местностях, в которых решениями органов государственной власти Российской Федерации и органов государственной власти субъектов Российской Федерации в соответствии с частью первой этой же статьи определены территории, в пределах которых осуществляется контроль за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров. Если же решение органов государственной власти об установлении такого контроля принято не было, то проведение досмотра почтовых отправлений без судебного решения будет незаконным.

Такой вывод следует из логического толкования названия ст. 48 Закона о наркотиках и положений всех трех частей в их системном единстве, а не одной отдельно взятой ее части третьей. Поскольку статья носит название «Осуществление контроля за хранением, перевоз-

¹ Шумилов А.Ю. Указ. раб. С. 250.

кой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров в местах произрастания и культивирования наркосодержащих растений, а также в местах возможного осуществления незаконных перевозок наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров», то отсюда вытекает, что предметом ее регулирования выступают отношения, связанные с осуществлением усиленного административного контроля в отдельных местностях, подверженных потенциальной опасности незаконного оборота наркотиков. Главный смысл этой нормы, на наш взгляд, заложен в ее части первой, которая наделяет органы государственной власти Российской Федерации и органы государственной власти субъектов Российской Федерации определять территории, в пределах которых может осуществляться контроль за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров. В качестве примера такого решения можно привести постановление Правительства Санкт-Петербурга от 24 марта 2010 года, которым город Санкт-Петербург был определен территорией, в пределах которой осуществляется контроль за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров¹.

Поскольку соответствующие правоохранительные органы в силу возложенных на них задач обязаны осуществлять постоянный контроль за оборотом наркотических средств, то смысл предусмотренного в рассматриваемой статье контроля заключается в его особом, усиленном характере, наделяющем правоохранительные органы дополнительными полномочиями, которые определены в ее части третьей и которые могут применяться исключительно в целях осуществления контроля, предусмотренного частью первой данной статьи². К таким полномочиям отнесены: досмотр граждан; досмотр почтовых и багажных отправок, а также досмотр транспортных средств и перевозимых грузов.

Устанавливая такие полномочия законодатель, к сожалению, не оговорился о допустимости проведения досмотра почтовых отправок

¹ Постановление Правительства Санкт-Петербурга от 24 марта 2010 года № 306 «Об определении территории, в пределах которой осуществляется контроль за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров» // Электронный ресурс: «Консультант Плюс».

² Гирько С.И., Воронин М.Ю., Драган Г.Н. Комментарий к Федеральному закону «О наркотических средствах и психотропных веществах». М., 2010 // Электронный ресурс: «Консультант Плюс».

лений без судебного решения, хотя это напрямую следует из буквального смысла нормы, а потому среди ученых и правоприменителей по этому вопросу дискуссий не возникало. Однако в судебной практике встречаются и иные толкования рассматриваемого нами законоположения.

Так, определением судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10 октября 2012 г. был отменен обвинительный приговор суда и последующие судебные решения в отношении гр. М., осужденного за организацию незаконной пересылки наркотических средств в особо крупном размере, поскольку протокол досмотра почтовых отправлений, а также акт изъятия почтового отправления, положенные в основу приговора, были получены с нарушением требований УПК РФ. Эти нарушения, как установила судебная коллегия, выразились в том, что вскрытие и досмотр почтового отправления с наркотическими средствами был проведен на основании предписания, изданного начальником отдела УБОП при УВД края и утвержденного и.о. начальника УВД, в котором содержалась ссылка на ч. 3 ст. 48 Закона о наркотиках, но при этом отсутствовало судебное решение¹. В решении судебной коллегии Верховного Суда, к сожалению, не исследовался вопрос об обоснованности применения в деле осужденного ч. 3 ст. 48 Закона о наркотиках и наличии либо отсутствии соответствующего решения органа государственной власти об установлении режима контроля за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, на территории, где было совершено преступление, дающего право для внесудебного досмотра почтовых отправлений. Но вместе с тем, этим решением создан знаковый прецедент оценки законности проведения досмотра почтовых отправлений без судебного решения, дающий повод для переосмысления правильности толкования рассматриваемого нами законоположения.

§ 3. Прослушивание телефонных переговоров

Прослушивание телефонных переговоров — наиболее часто используемое ОРМ из числа мероприятий, проводимых в сетях связи, имеющее при этом устойчивую тенденцию к расширению своих масштабов. Так, если в 2004 г. всеми судами Российской Федерации было рассмотрено 60 тыс. ходатайств о проведении ОРМ, связанных с необхо-

¹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2012 г. № 60-Д12-2 // Электронный ресурс: «Консультант Плюс».

димостью ограничения тайны сообщений¹, в 2013 году их число составило более 415 тыс.², а в 2015 г. — более 608 тыс.³. В силу своей распространенности, а потому и массового характера ограничения конституционного права на тайну телефонных переговоров правовое регулирование ПТП требует особой точности и полноты.

В то же время российское законодательство, регламентирующее ПТП, получило общую негативную оценку ЕСПЧ в постановлении по делу «Захаров против России»⁴. Соглашаясь с обоснованностью многих замечаний ЕСПЧ, касающихся неудовлетворительного качества правового регулирования ПТП приходится констатировать, что в законе до настоящего времени даже содержание данного ОРМ не установлено с должной степенью определенности, а потому по-разному понимается специалистами.

Отсутствие единства в понимании содержания ПТП обусловлено, на наш взгляд, непоследовательностью законодателя и недостатками юридической техники при конструировании норм Закона об ОРД, которые наглядно видны, если обратиться к истории законодательного регулирования ПТП. Напомним, что в первом Законе об ОРД рассматриваемое ОРМ носило название «прослушивание телефонных и иных переговоров»⁵, а потому в его содержание включался, в том числе, слуховой контроль, сопровождаемый «конспиративным наблюдением (визуальным контролем) в жилых и служебных помещениях, в транспортных средствах, на местности и пр.»⁶, Однако в пришедшем ему на смену Законе об ОРД из названия этого ОРМ исчезло упоминание об иных

¹ Обзор деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей в 2004 году // Российская юстиция. 2005. № 6. С. 29.

² Обзор судебной статистики о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей в 2013 году [Электронный ресурс]. URL: http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya_statistika/OBZOR_sudebnoy_statistiki_2013_g.pdf (дата обращения 15.05.2016).

³ СПЧ признал систему прослушки сотрудников нарушающей Конституцию РФ [Электронный ресурс] // Право.ру. URL: <http://pravo.ru/news/view/128925/> (дата обращения 15.05.16).

⁴ Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Роман Захаров против Российской Федерации от 4 декабря 2015 года (жалоба № 47143/06) // СПС «Консультант Плюс».

⁵ Закон Российской Федерации «Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации» от 13 марта 1992 года № 2506-1 // СПС «Консультант Плюс».

⁶ Закон об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации: Комментарий / под ред. А.Ю.Шумилова. М., 1994. С.54.

переговорах, оно стало называться «прослушивание телефонных переговоров» и тем самым по существу было сужено его содержание. Соответственно изменилось и толкование ПТП, к содержанию которого специалисты стали относить лишь переговоры, ведущиеся по линиям телефонной связи¹, Однако Федеральным законом от 20 марта 2001 года № 26-ФЗ в статьи 5 и 8 Закона об ОРД были внесены дополнения, которые регулировали отношения, связанные с «прослушиванием телефонных и иных переговоров». Эта законодательная новелла вновь заставила искать ответы на вопросы о том, что следует понимать под термином «иные переговоры» и изменилось ли от этого содержание рассматриваемого ОРМ?

По этому поводу мнения специалистов разделились. Так, авторский коллектив комментария к Закону об ОРД из Омской академии МВД России путем логического толкования новой части четвертой ст. 8 этого Закона к иным переговорам отнес обмен информацией с использованием, так называемых, технических (электрических) каналов связи: телексных, факсимильных, селекторных, радиорелейных, телеграфных и т. п. Отсюда был сделан вывод, что действие данной нормы распространяется на два мероприятия: ПТП и СИТКС². Эта позиция последовательно отстаивалась авторами комментария во всех последующих его изданиях³ и была поддержана другими исследователями⁴.

Несколько по-иному истолковывал смысл термина «иные переговоры» О.А. Вагин в целом ряде широко известных среди специалистов комментариев к Закону об ОРД, относя к таковым переговоры, ведущиеся без использования телефонных станций, линий и аппаратов, а например, посредством использования радиостанций. При этом им подчеркивалось, что разговоры, ведущиеся без использования

¹ Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / Отв. ред. и рук. авт. кол-ва А.Ю.Шумилов. М., 1997. С.70.

² Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий / Под ред. проф. В.В.Николюка. М., 2003. С.95.

³ Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: учебное пособие / Под ред. А.Е.Чечетина. М., 2004. С. 99; Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий / Под ред. проф. А.Е.Чечетина. 12-е изд., перераб. и доп. Барнаул, 2007. С. 115; Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий / Под ред. проф. А.С.Бахты. Хабаровск. 2013. С. 118.

⁴ Симоров Д.Н. О последних изменениях оперативно-розыскного и уголовно-процессуального законодательства, касающихся контроля и записи телефонных и иных переговоров // Российский следователь. 2002. № 5. С. 21–22.

технических средств, а посредством прямого общения в помещениях, транспортных средствах или на открытой местности, не образуют понятия иных переговоров¹.

Свою точку зрения по этому вопросу высказал профессор Д.В. Ривман в авторском комментарии к Закону об ОРД, отнеся к иным переговорам два вида коммуникаций: 1) которые ведутся по техническим (но не телефонным) каналам связи, 2) непосредственный обмен вербальной информацией², т. е. устные переговоры без использования каких-либо средств электросвязи.

Схожую, но более полярную позицию в толковании понятия иных переговоров занимает профессор А.Ю. Шумилов, относя к ним любые кроме телефонных и без использования электрических сетей переговоры. По его категоричному мнению, данные межкомпьютерного обмена, сообщения электронной почты и факсимильные сообщения, текстовые сообщения сотовой связи к иным переговорам не относятся³. С таким толкованием соглашаются и некоторые другие авторы⁴. В другой более поздней работе он пошел еще дальше и высказал мнение, что такое ОРМ как прослушивание телефонных переговоров после внесения дополнений в статью 8 Закона об ОРД Федеральным законом от 20 марта 2001 года № 26-ФЗ следует понимать как «прослушивание телефонных и иных переговоров»⁵, Однако с та-

¹ Вагин О.А., Исиченко А.П. Постатейный комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» со словарем законодательных терминов. М. 2006. С.185; Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С приложением решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека / отв. ред. В.С.Овчинский; вступ. ст. В.Д.Зорькина. 2-е изд., доп. и перераб. М., 2014. С. 164.

² Ривман Д.В. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». СПб., 2003. С. 135–136.

³ Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С постатейным приложением нормативных правовых актов и документов /Авт.-сост. Проф. А.Ю. Шумилов. 6-е изд., доп. и перераб. М., 2001. С. 127.

⁴ Машков С.А. Прослушивание телефонных и иных переговоров: нерешенные вопросы и возможности применения результатов // Проблемы формирования уголовно-разыскного права (Оперативно-разыскная теория и практика в государствах — участниках СНГ): Вневед. сб. науч. работ. Вып. 6. М., 2003. С. 62–63.

⁵ Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности: учебник для вузов. М., 2006. С. 251–252.

ким расширительным пониманием содержания ПТП категорически нельзя согласиться в силу следующих обстоятельств.

Во-первых, в статье 6 Закона об ОРД, которая закрепила перечень ОРМ, установлено, что этот перечень может быть изменен или дополнен только федеральным законом, а Федеральный закон от 20 марта 2001 года № 26-ФЗ никаких изменений в название ПТП не вносил.

Во-вторых, ч. 4. ст. 6 Закона об ОРД, устанавливая субъектов проведения ПТП, воспроизводит название данного ОРМ без упоминания иных переговоров, т. е. подтверждая его название, сформулированное в части первой этой статьи.

В-третьих, сомневаясь в определении содержания ПТП можно обратиться к уголовно-процессуальному законодательству, предусматривающему в ст. 186 УПК РФ аналогичное следственное действие, называемое «контроль и запись переговоров». При этом в отличие от Закона об ОРД, в УПК РФ дается официальное определение этого следственного действия, под которым контроль телефонных и иных переговоров понимается как прослушивание и запись переговоров путем использования любых средств коммуникации, осмотр и прослушивание фонограмм. Отсюда видно, что законодатель никаких устных переговоров, проводимых без технических средств коммуникации, в содержание следственного действия не включает.

В-четвертых, в решениях Конституционного Суда РФ по жалобам граждан на нарушение их прав при осуществлении негласной записи их устных переговоров многократно подчеркивалось отграничение таких действий от прослушивания телефонных переговоров. Из этих решений следует, что запись устных переговоров осуществляется, как правило, в процессе наблюдения за объектами оперативной проверки и под действие ст. 8 Закона об ОРД не подпадает¹.

В-пятых, отнесение к иным переговорам исключительно информации, передаваемой с использованием, так называемых, технических (электрических) каналов связи обусловлено также тем, что такая информация относится к тайне телеграфных и иных сообщений, охраняемой ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, а потому условия ограничения права на такую тайну должны быть аналогичны условиям проведения ПТП.

Перечисленные аргументы дают достаточные основания для вывода о том, что действие законодательных норм, в которых употребляется по-

¹ Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 5 июня 1997 года № 72-О, от 16 ноября 2006 года № 454-О, от 21 октября 2008 года № 862-О-О, от 25 февраля 2010 года № 259-О-О.

нятие «прослушивание телефонных и иных переговоров» распространяется на два самостоятельных мероприятия: ПТП и СИТКС и никаких устных переговоров здесь подразумеваться не может.

Уяснение сущности оперативно-розыскного прослушивания телефонных переговоров предполагает необходимость его сравнительного анализа с процессуальным контролем и записью переговоров.

По своему содержанию уголовно-процессуальный контроль и оперативно-розыскное прослушивание телефонных переговоров имеют очень много общего. У них одни и те же правовые основания для проведения — постановление судьи, общий источник получения информации — каналы и линии электрической связи, один и тот же круг объектов — лица, подозреваемые или обвиняемые в совершении преступлений средней тяжести, тяжких или особо тяжких, единый порядок хранения фонограмм, их непосредственное осуществление возложено на одного и того же субъекта — специальные оперативно-технические подразделения органов, осуществляющих ОРД. Роль следователя в осуществлении этого следственного действия заключается лишь в возбуждении ходатайства перед судьей о необходимости его производства, направлении судебного постановления в соответствующий орган для исполнения, а затем в осмотре и прослушивании полученной фонограммы. При этом, как справедливо отмечал С.А. Шейфер, суть прослушивания телефонных переговоров не меняется в зависимости от того, по чьей инициативе (оперативного работника или следователя) они проводятся¹, а К.К. Горяинов указывал, что они едины не только по сути, но также по содержанию и результатам².

Основное отличие рассматриваемого оперативно-розыскного мероприятия от следственного действия, по утверждению Т.В. Аверьяновой, состоит в том, кто вынес постановление на его проведение: оперативно-розыскной орган или следователь³. Другим существенным отличием является то, что следственное действие может проводиться только по возбужденному уголовному делу, а оперативно-розыскное прослушивание — и при отсутствии уголовного дела, когда имеются достаточные

¹См.: Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М., 2001. С. 63.

² См.: Горяинов К.К. Проблемы использования данных оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе // Теория и практика использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: Мат-лы межд. науч.-пр. конф. / Под ред. К.К. Горяинова. М., 2002. С. 7.

³ См.: Криминалистика / под ред. А.Ф. Волынского. М., 1999. С. 283.

оперативно-розыскные данные о признаках подготавливаемого или совершаемого преступления. Отсюда вытекает и третье принципиальное отличие — доказательственное значение полученных результатов. Если протокол осмотра и прослушивания фонограммы, составленный следователем в соответствии со ст. 186 УПК РФ, является доказательством, то фонограмма, полученная в результате оперативно-розыскного прослушивания, должна пройти процедуру ввода в уголовный процесс. Более глубокий сравнительный анализ законодательной регламентации следственного и оперативно-розыскного прослушивания позволяет выявить еще целый ряд невидимых на первый взгляд отличий¹.

Ключевое значение для уяснения сущности рассматриваемых действий имеет определение видов переговоров, которые могут контролироваться. В ст. 186 УПК РФ в качестве объекта следственного действия кроме телефонных указываются также иные переговоры. Использование в данном случае термина «иные переговоры» порождает те же проблемы толкования этого понятия, что и в ОРД, поскольку средства связи, используемые для переговоров, постоянно совершенствуются и появляются новые их виды. Выделяя «иные переговоры», законодатель тем самым оставляет открытым перечень возможных каналов связи, которые он разрешает контролировать. Анализ научной литературы показал, что данное понятие одними авторами рассматривается ограничительно, а другими более широко.

Сторонники ограничительного толкования подчеркивают, что объектом контроля, регулируемого ст. 186 УПК РФ, являются лишь переговоры, осуществляемые посредством различных каналов и линий электросвязи², позволяющих передать на расстояние устную речь человека³. При этом отмечается, что телефонные переговоры должны обладать дополнительным признаком — интерактивностью, заключающейся в возможности реагирования собеседников на вопросы и ответы друг друга в непрерывном режиме⁴.

¹ Подробнее об этом см.: Чечетин А.Е. Оперативно-розыскной и процессуальный контроль телефонных переговоров // Оперативник (сыщик). 2004. С. 19–21.

² См.: Безлепкин Б.Т. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. М., 2002. С. 241; Юрина Л.Г., Юрин В.М. Контроль и запись переговоров. М., 2002. С. 24.

³ См.: Халтурин А.Н., Цветков С.И. Вопросы тактики контроля и записи переговоров // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 2003. № 4. С. 87.

⁴ См.: Григорьев О.Г. Допустимость компьютерной информации, полученной в результате производства контроля и записи переговоров и выемки почто-

Однако ряд авторов термин «иные переговоры» толкуют более широко, полагая допустимым относить к ним не только речевую информацию, но и любые сообщения, передаваемые абонентом по сетям электросвязи (факсимильные, электронную почту, короткие текстовые сообщения в сотовой связи, данные межкомпьютерного обмена и т. д.)¹. При таком толковании следственное действие, предусмотренное ст. 186 УПК РФ, по своему содержанию становится шире оперативно-розыскного ПТП и фактически поглощает в себя еще одно ОРМ — СИТКС.

Существование различных подходов к определению понятия «иные переговоры» в теории уголовного процесса свидетельствует о недостаточной определенности сформулированного законодателем понятия контроля и записи переговоров. Таким образом, определение понятия процессуального контроля переговоров, как и оперативно-розыскного ПТП, нуждается в своем уточнении либо на законодательном уровне, либо путем официального толкования Пленумом Верховного Суда РФ. При этом совершенствование правового регулирования этого метода получения доказательственной информации должно идти, на наш взгляд, по пути унификации уголовно-процессуальных и оперативно-розыскных правовых норм.

Распространенность применения ПТП в оперативно-розыскной практике, его основанность на ограничении конституционного права и недостатки правового регулирования вполне объективно порождают и значительное число жалоб на нарушение прав личности при его проведении. Так, в каждой пятой жалобе в Конституционный Суд на нормы Закона об ОРД указывалось на нарушение конституционного права на тайну телефонных переговоров, гарантированного статьей 23 (часть 2) Конституции РФ, при проведении ПТП².

телеграфной корреспонденции // Ученые записки: Сб. науч. тр. Института гос-ва и права. Вып. 3. Тюмень, 2002. С. 11.

¹См.: Быков В. Контроль и запись телефонных и иных переговоров // Законность. 2001. № 10. С. 12–14; Ким Д.В. Некоторые вопросы использования результатов, полученных в процессе прослушивания телефонных и иных переговоров, в доказывании по уголовному делу // Научные труды Карагандинского юрид. ин-та МВД Республики Казахстан. Вып. 1(7). Караганда, 2003. С. 42; Вехов В. Возможности СОПМ при расследовании тяжких и особо тяжких преступлений // Законность. 2004. № 12. С. 17.

² Организация подготовки и проведения оперативно-розыскных мероприятий (с использованием правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации): методическое пособие / под ред. А.Е. Чечетина. М., 2014. С.10.

Нарушения конституционных прав при проведении ПТП, нередко выражаются в осуществлении записи телефонных переговоров с согласия одного из участников, оказывающего помощь в разоблачении преступников, без подключения к станционной аппаратуре операторов связи и без предварительного судебного разрешения.

По этому поводу следует отметить, что ч. 6 ст. 8 Закона об ОРД разрешает прослушивание телефонных переговоров без судебного решения по заявлению лица, в случае возникновения угрозы его жизни, здоровью или собственности. Аналогичное дозволение содержится и в ч. 2 ст. 186 УПК РФ, что свидетельствует о единстве подходов законодателя в установлении баланса защищаемых конституционных ценностей. Эти нормы основаны на положениях Конституции РФ об обязанности государства защищать права и свободы человека (ст. 2), обязанности граждан соблюдать Конституцию РФ и законы (ст. 15) и требованиях о том, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (ч. 3 ст. 17). Из этих положений следует, что поскольку угрозы, высказанные в адрес конкретного человека, нарушают его права, в том числе на достоинство личности, на личную неприкосновенность и неприкосновенность частной жизни, то государство в целях защиты этого человека обязано принять все необходимые для этого меры, к числу которых относится прослушивание и запись таких угроз, передаваемых по телефону. Отсюда вытекает допустимость ограничения уполномоченными государственными органами права злоумышленника на тайну телефонных переговоров, злоупотребляя которыми он нарушает права других лиц; такое ограничение следует признать соразмерным защищаемым ценностям, а потому соответствующим требованиям ч. 3 ст. 55 Конституции РФ.

Положения ч. 6 ст. 8 Закона об ОРД вполне правомерно представляется применять для раскрытия таких преступлений как угроза убийством или причинением тяжкого вреда здоровью, вымогательство, угроза совершения террористического акта и некоторых других, способ совершения которых включает в себя высказывание угроз и противозаконных требований в адрес потерпевших. В то же время нередко на практике имеют место факты записи телефонных разговоров с согласия одной из сторон без подключения к аппаратуре операторов связи для разоблачения взяточников либо сбытчиков наркотиков, а чтобы не получать для этого судебное решение такие действия зачастую оформляются как негласное наблюдение, сопровождаемое применением средств аудиозаписи. С правомерностью такой практи-

ки вряд ли можно согласиться, поскольку здесь имеет место подмена понятий, при которой фактическое прослушивание телефонных переговоров называется другим ОРМ.

Для документирования фактов вымогательства взятки законность применения положений ч. 6 ст. 8 Закона об ОРД у нас сомнения не вызывает, поскольку в таких случаях возникает реальная угроза собственности. Однако при отсутствии угрозы жизни, здоровью или собственности гражданина, в частности, при разоблачении сбытчиков наркотиков, закон не предусматривает возможность записи телефонных переговоров с согласия одной из сторон без судебного решения. Если же проверочные закупки наркотиков, оружия, взрывчатых веществ и т. д. проводятся в условиях дефицита времени, и имеется необходимость записи телефонных переговоров закупщика со сбытчиком, то следует руководствоваться положениями ч. 3 ст. 8 Закона об ОРД, устанавливающей по существу особый (экстренный) порядок начала проведения длящегося во времени ОРМ. Согласно этой норме в случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого или особо тяжкого преступления, допускается проведение ПТП на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД, с обязательным уведомлением суда в течение 24 часов; течение 48 часов с момента начала проведения ОРМ орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого ОРМ либо прекратить его проведение.

Несмотря на кажущуюся простоту формулировки приведенной нормы, исследователями совершенно справедливо было обращено внимание на то, что ее смысл по-разному понимается правоприменителями¹. Так, применяя положения ч. 3 ст. 8 Закона об ОРД, оперативные сотрудники в некоторых случаях в своих ходатайствах о разрешении ПТП, начатых в экстренном порядке, запрашивают разрешение на дальнейшее их продолжение, забывая при этом о необходимости получения подтверждения законности ПТП, проведенного до обращения в суд. При отсутствии же в судебном постановлении

¹ Абрамочкин В.В. Проверка судом законности и обоснованности проведения прослушивания телефонных переговоров, начатого в условиях, не терпящих отлагательств // Российская юстиция. 2014. № 12. С. 29-32; Исмаилов Ч.М. Основания и условия ограничения конституционных прав граждан в ОРД и их соотношение с уголовно-процессуальными: проблемы и перспективы (применительно к розыску безвестно исчезнувших лиц) // Российский следователь. 2015. № 17. С. 41-45.

указания на законность начатого по постановлению руководителя оперативно-розыскного органа прослушивания его результаты могут быть признаны незаконными, как это имело место в кассационном определении Верховного Суда РФ от 13 декабря 2012 года, признавшего недопустимыми доказательствами фонограммы телефонных переговоров, полученные в экстренном порядке в период с начала прослушивания до принятия соответствующих судебных решений, поскольку в них содержалось разрешение на данное ОРМ лишь с момента вынесения постановлений. В то же время, как указал суд, результаты ПТП, полученные при обстоятельствах не терпящих отлагательства, в соответствии с положениями ч. 3 ст. 8 Закона об ОРД также требуют судебного решения о законности и обоснованности их проведения¹.

Анализ этого судебного акта позволяет обратить внимание на два важных обстоятельства. Во-первых, причиной такого решения стала, на наш взгляд, ошибка суда, дававшего разрешение на продолжение ПТП, поскольку его инициатор в соответствии с положениями ч. 3 ст. 8 Закона об ОРД своевременно уведомил его о начале проведения ОРМ в экстренном порядке, а затем обратился с ходатайством о получении разрешения на проведение ПТП. В такой ситуации суд должен был оценить законность уже начатых действий и, лишь признав это, давать разрешение на их продолжение. Разумеется, с точки зрения юридической точности в постановлении суда следовало указать, что разрешение на ПТП дается с момента его начала, а не с момента вынесения постановления. В то же время при оценке допустимости в качестве доказательств результатов ПТП, полученных до момента вынесения судебного постановления о разрешении его проведения, вполне можно было обосновать вывод о том, что если суд разрешает продолжить начатое ОРМ, то это, естественно, предполагает признание законности и его предшествующего этапа.

Во-вторых, в этом судебном акте Верховным Судом было дано толкование положений ч. 3 ст. 8 Закона об ОРД, как предполагающих обязательность получения судебного решения на 48-часовой период ПТП, проводимого в экстренном порядке по постановлению руководителя оперативно-розыскного органа. Сформулированная здесь правовая позиция представляет, на наш взгляд, особую важность, поскольку в практике, как отмечают опрошенные нами специалисты,

¹ Кассационное определение судебной коллегии Верховного Суда Российской Федерации от 13 декабря 2012 года № 48-О12-110 // СПС «Консультант Плюс».

распространено расширительное толкование указанного законоположения, как допускающего возможность проведения ПТП в экстренном порядке в течение 48 часов, ограничиваясь при этом лишь уведомлением суда о факте кратковременного прослушивания без получения судебного разрешения на это.

Проблема расширительного толкования положений ч. 3 ст. 8 Закона об ОРД поднималась и в конституционных жалобах. Так, из материалов одной из них следовало, что ПТП в отношении заявителя проводилось на основании постановления руководителя оперативно-розыскного органа, в котором дано разрешение на проведение ПТП и СИТКС сроком на 48 часов с уведомлением об этом соответствующего областного суда. При этом в тексте постановления, не содержащем никакого намека на необходимость последующего получения судебного разрешения, отсутствовала какая-либо мотивировка необходимости экстренного порядка проведения ОРМ и даже ссылка на ч. 3 ст. 8 Закона об ОРД, предусматривающую такую возможность, несмотря на то, что решение об этом принималось в будний день, когда уполномоченный судья должен был находиться на рабочем месте. Проведя в течение 48 часов на основании такого постановления два ОРМ, ограничивающих конституционное право на тайну телефонных переговоров, оперативно-розыскной орган не считал нужным получить последующее судебное разрешение на это, а результаты проведенных ОРМ представил следователю для использования в доказывании. Когда же адвокат пытался оспорить законность проведенного ПТП, то районный суд, рассматривавший уголовное дело, согласился с правоммерностью действий оперативных сотрудников. Судебное постановление об отказе в удовлетворении ходатайства адвоката было мотивировано тем, что Законом об ОРД не предусмотрена обязанность суда принимать решение о законности и обоснованности ОРМ, проведение которых прекращено в течение 48 часов¹. Такое расширительное толкование положений Закона об ОРД напрямую противоречит ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, в которой установлено, что ограничение права на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений допускается только на основании судебного решения, а потому вышеприведенная правоприменительная практика не может быть признана законной.

Такой вывод основывается и на разъяснениях Верховного Суда РФ, изложенных в Информации о рассмотрении судами материалов

¹ Архив Конституционного Суда Российской Федерации. Дело № 2663/15-01/16.

об ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ от 5 июня 2014 года № 9/5829дсп, подготовленной Судебной коллегией по уголовным делам и Управлением систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда РФ. В п. 26 этого документа указывается, что в случае *если на момент обращения в суд осуществление ОРМ прекращено* (курсив наш — А.Ч.), то судья в своем постановлении дает оценку законности проведенного ОРМ, а в случае если ОРМ не прекращено, то судья в одном постановлении дает оценку законности проведенного ОРМ и разрешение на его проведение в дальнейшем или отказывает в его проведении.

В числе недостатков правоприменения при проведении ПТП следует упомянуть о фактах вынесения одного судебного разрешения на прослушивание телефонных переговоров сразу нескольких лиц. Такие судебные решения не могут быть признаны правомерными, поскольку, во-первых, Закон об ОРД не предусматривает выдачи судом «групповых» разрешений на ПТП, а, во-вторых, при таком подходе затрудняется эффективный судебный контроль за законностью и обоснованностью ограничения права на тайну телефонных переговоров конкретно каждого лица, указанного в постановлении судьи. В упомянутых выше разъяснениях Верховного Суда РФ прямо указывалось на то, что в одном постановлении руководителя органа, осуществляющего ОРД, могут содержаться ходатайства о проведении как одного, так и нескольких ОРМ, но только в отношении одного лица.

В судебной практике имеют место случаи, когда в ходатайствах оперативно-розыскных органов о проведении ПТП не указаны конкретные номера телефонов, переговоры по которым подлежат прослушиванию, поскольку сведения о них отсутствуют на момент обращения в суд. В связи с этим возникает вопрос об обеспечении прав лиц, ставших объектами ПТП.

Согласно позиции Конституционного Суда, выраженной в определении от 2 октября 2003 г. № 345-0, при рассмотрении ходатайств органов, осуществляющих ОРД, связанных с ограничением права на тайну телефонных переговоров, судам необходимо тщательно проверить фактические данные, влекущие необходимость получения судебного решения, в целях недопущения сужения сферы судебного контроля. При недостаточной обоснованности ходатайства судья может затребовать дополнительные сведения.

В случаях, когда номера телефонов известны, они, как составная часть сведений о лице, чьи права подлежат ограничению, должны быть указаны в ходатайстве органа, осуществляющего ОРД, и в по-

становлении суда о разрешении проведения ОРМ. Если же фактически используемые лицом номера телефонов неизвестны и для их установления требуется СИТКС, то это должно быть обязательно указано в соответствующем ходатайстве в суд.

В ходатайствах должны быть указаны не только абонентские номера стационарных и мобильных телефонов, которые предполагается прослушивать, но и в том числе телефоны, зарегистрированные на других лиц, которые используются объектом ПТП, а также сведения о возможности использования им других пока неизвестных абонентских номеров (аппаратов).

Вопрос о допустимости получения судебного разрешения на ПТП не только по указанным в судебном решении абонентским телефонным номерам, но и по иным индивидуально неопределенным номерам оспаривался в Конституционном Суде, который не согласился с доводами заявителя о нарушении его прав при условии, что такое разрешение отвечает требованиям законности, обоснованности и мотивированности¹. Анализ этого решения в контексте обстоятельств дела заявителя позволяет признать возможным в ходатайстве (постановлении) о проведении ПТП просить суд дать разрешение на прослушивание не только известных абонентских номеров, но и иных, которыми будет пользоваться лицо, чьи права на тайну телефонных переговоров планируется ограничить. Такое обращение будет допустимо при условии его обоснования конкретными особенностями дела, например, тем, что проверяемое лицо в целях маскировки противоправной деятельности периодически меняет SIM-карты либо сами мобильные телефоны.

При этом следует иметь в виду, что отсутствие в судебном постановлении конкретных телефонных номеров, на прослушивание которых дается разрешение, создает возможность для злоупотреблений. В практике, к сожалению, встречаются случаи прямых должностных подлогов, когда получая судебное разрешение на проведение данного ОРМ в отношении одного лица, оперативные сотрудники используют это решение для прослушивания телефонных переговоров не только указанного лица, но и других абонентских номеров, заведомо принадлежащих другим гражданам, чем грубо нарушают права личности. Такого рода действия содержат признаки преступления, предусмотренного ст. 138 УК РФ, и влекут за собой привлечение оперативных сотрудников к уголовной ответственности.

¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 17 июня 2010 г. № 844-О-О // СПС «Консультант Плюс».

К числу недостатков правового регулирования ПТП следует отнести то обстоятельство, что ст. 9 Закона об ОРД не устанавливает уровень судов, в которые следует обращаться за получением разрешения на проведение ПТП, указывая лишь на то, что рассмотрение материалов оперативно-розыскных органов осуществляется судом, как правило, по месту проведения таких ОРМ или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении.

Ответ на этот вопрос попытался дать Верховный Суд в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 13 от 24 декабря 1993 г., в котором верховным судам республик, краевым, областным и равным им судам рекомендовано принимать к своему рассмотрению материалы, подтверждающие необходимость ограничения права гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также неприкосновенность жилища. При этом районные суды и гарнизонные военные суды не могут отказать в рассмотрении таких материалов в случае представления их в эти суды. Отсюда следует, что Верховный Суд РФ допускает возможность альтернативной подсудности рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан и по существу оставляет этот вопрос на усмотрение самих оперативно-розыскных служб.

Такое правовое регулирование вызывало неоднократные жалобы в Конституционный Суд, который пришел к выводу, что судебная санкция на ПТП, даваемая областным судом, не ограничивает конституционных прав заявителей, поскольку такой суд, в их делах выступал одновременно судом как по месту проведения ОРМ, так и по месту нахождения органа, его осуществляющего¹.

В другом решении Конституционного Суда по аналогичной жалобе разъяснялось, что ст. 9 Закона об ОРД определяет подсудность материалов об ограничении конституционных прав и свобод при проведении ОРМ лишь по территориальному признаку — в зависимости от места проведения предварительного расследования или места проведения ОРМ, а установление родовой (предметной) подсудности этих материалов судам определенного уровня предметом ее регулирования не является. Вопрос же о принятии тем или иным судом к рассмотрению ходатайства о проведении ОРМ, связанного с ограничением конституционных прав граждан, должен решаться исходя из положений не только этой статьи, но и ст.ст. 165 и 186 УПК РФ, определяющих подсудность материалов по ходатайствам органов

¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 1998 г. № 86-О // СПС «Консультант Плюс».

предварительного расследования о проведении следственных действий (в том числе контроля и записи телефонных переговоров), ограничивающих конституционные права и свободы граждан, а также статей 31-36 УПК РФ, устанавливающих общие правила подсудности уголовных дел, в связи с возбуждением или расследованием которых проводится соответствующее оперативно-розыскное мероприятие¹. Таким образом, в этом решении признавалось допустимым применение в ОРД принципа аналогии права при решении вопросов о подсудности при получении разрешения на ПТП.

Основываясь на приведенной правовой позиции при разрешении вопроса о подсудности в ОРД следует руководствоваться положениями ч. 3 ст. 31 УПК РФ, которая установила, что уголовные дела, в материалах которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну, отнесены к подсудности верховных судов республик, краевых, областных и равных им судов. Поскольку материалы ОРД, как правило, содержат сведения, составляющие государственную тайну, то их рассмотрение, согласно указанной норме, должно быть подсудно судам указанного уровня.

В практике иногда складываются ситуации, в которых возникает опасность утечки информации о планируемом ОРМ при обращении к уполномоченному судье в соответствии с правилами подсудности (например, когда возникает необходимость ПТП в отношении коррумпированного высокопоставленного чиновника), что вызывает необходимость обращения к суду другой территории за получением соответствующего разрешения. Возможность изменения территориальной подсудности при получении судебного разрешения на ОРМ предусмотрена ч. 1 ст. 9 Закона об ОРД, но эта норма касается лишь ситуаций, когда требуется получить санкцию на ПТП заподозренных лиц, являющихся судьям районных судов. В других случаях ввиду прямого указания закона следует руководствоваться правовой позицией Конституционного Суда, сформулированной в Постановлении от 9 июня 2011 года № 12-П, согласно которой за разрешением вопроса об изменении подсудности необходимо обращаться к председателю вышестоящего суда².

¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2006 г. № 560-О // СПС «Консультант Плюс»

² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 9 июня 2011 года № 12-П по делу о проверке конституционности пункта 7 статьи 16 Закона Российской Федерации «О статусе судей Российской Федерации» и части первой статьи 8 Федерального закона «Об оперативно-розыскной дея-

В Постановлении ЕСПЧ по делу «Захаров против России» аргументированной критике была подвергнута судебная процедура выдачи разрешения на ПТП. В нем подчеркивалось, что суд, выдавая такое разрешение, должен установить, соответствует ли запрашиваемое прослушивание требованиям «необходимости в демократическом обществе», как записано в § 2 ст. 8 Конвенции, и проверить, является ли оно соразмерным преследуемым целям и невозможность их достижения менее жесткими ограничительными мерами (п. 260). В то же время, по мнению ЕСПЧ, сфера судебной проверки ходатайств о получении разрешения на ПТП в России ограничена, поскольку судье запрещено предоставлять данные о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих ОРД, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, об организации и тактике проведения ОРМ, что лишает его возможности оценить наличие достаточного фактического основания для подозрения лица в подготовке или совершении преступления (п. 261). ЕСПЧ также отметил, что в российском Законе об ОРД не содержится прямых указаний для судей о необходимости проверки наличия «разумного подозрения» соответствующего лица и оценке необходимости и соразмерности ограничения его прав в конкретном деле, а правовые позиции Конституционного Суда по этим вопросам судами общей юрисдикции не исполняются, поскольку национальное право не обязывает их учитывать, если они сформулированы не в постановлениях, а в определениях. Учитывая указанные обстоятельства и изучив представленные заявителем материалы ЕСПЧ пришел к выводу, что в повседневной практике российские суды не проверяют наличие «обоснованных подозрений» относительно соответствующего лица, а также «необходимость» и «соразмерность» ограничения его прав (п.п. 262–263).

Такие выводы, к сожалению, находят подтверждение и в материалах конституционных жалоб. Их анализ показывает, что в ряде случаев сотрудники оперативных служб вместе с постановлением руководителя органа, осуществляющего ОРД, с ходатайством на разрешение проведения ПТП сами готовят и проект постановления судьи о даче такого разрешения. Такая практика дает повод для утверждений авторов конституционных жалоб о формальном характере судебного контроля за проведением ОРМ, ограничивающих конституционные права личности.

тельности» в связи с жалобой гражданина И.В.Аносова // СПС «Консультант Плюс».

В решениях Конституционного Суда по такого рода жалобам указывалось, что суд, наделенный полномочием по осуществлению процедуры независимого разрешения вопроса о проведении ОРМ, связанных с ограничениями конституционных прав граждан, не может дать разрешение на ограничение конституционных прав, если не приходит к выводу о необходимости такого ограничения, его обоснованности и законности, а содержание и форма судебных решений должны отвечать общим требованиям, предъявляемым к любым процессуальным решениям, включающим в себя законность, обоснованность и мотивированность¹. Отсюда следует, что сама по себе предварительная подготовка проекта судебного решения не может расцениваться как незаконная и нарушающая права граждан при условии внесения судьей в окончательный текст постановления своих выводов и аргументов, позволяющих привести его в соответствие с требованиями ст. 7 УПК РФ о законности, обоснованности и мотивированности судебных актов.

В постановлении ЕСПЧ по делу «Захаров против России» в числе недостатков Закона об ОРД было отмечено отсутствие обязательных требований к ходатайствам о разрешении проведения ОРМ, что позволяет не упоминать в них фамилии конкретного лица или телефонного номера, подлежащих прослушиванию, разрешать прослушивание всех телефонных переговоров в месте совершения преступления, не указывать продолжительности прослушивания и таким образом дает чрезмерно большую свободу действий правоохранительным органам (п. 265).

В конституционных жалобах такой вопрос не ставился, но указывалось на дефектное регулирование порядка вынесения судебного постановления о разрешении проведения ОРМ, не закрепляющего его форму и содержание. В частности, в одном из обращений нарушение прав заявителя связывалось с тем, что в судебном постановлении на проведение ПТП полностью отсутствовали сведения о лице, чьи телефоны разрешалось прослушивать, и о номерах этих телефонов, указанных лишь в секретном ходатайстве инициатора данного ОРМ, которое не было передано следователю вместе с полученными фонограммами. Конституционный Суд отказал в принятии этой жалобы к рассмотрению в силу ее несоответствия установленным критериям допустимости, а потому его решение по этому обращению не содер-

¹ Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 4 февраля 1999 года № 18-О и от 24 ноября 2005 года № 448-О // СПС «Консультант Плюс».

жит прямого ответа на вопрос о возможности вынесения судом «безымянного» постановления об ограничении конституционных прав личности при проведении ОРМ¹.

Анализируя это решение и материалы самой жалобы можно согласиться с тем, что Закон об ОРД, действительно, не устанавливает форму и содержание судебного постановления на проведение ПТП. Но это обстоятельство само по себе не может расцениваться как нарушающее права лица, чьи переговоры прослушиваются, поскольку, как отмечал Конституционный Суд, ОРД объективно невозможна без значительной степени секретности². В соответствии с принципом конспирации ч. 8 ст. 9 Закона об ОРД предписывает руководителям судебных органов создавать условия, обеспечивающие защиту сведений, которые содержатся в представляемых судье оперативно-служебных документах. К таким условиям может быть отнесена возможность оформления судебного постановления без указания в нем персональных сведений о лице и абонентских номерах его телефонов, на прослушивание которых дается разрешение, при наличии в его тексте ссылки на секретное постановление руководителя оперативно-розыскного органа, служащего основанием для принятия судьей решения и в котором эти сведения содержатся. Но в таком случае это постановление при представлении результатов ПТП следователю подлежит рассекретчиванию и обязательной передаче органу расследования вместе с судебным решением для удостоверения законности проведенного ПТП.

В материалах конституционных жалоб встречаются неединичные факты ошибочных предположений о характере преступной деятельности лиц, на прослушивание телефонных переговоров которых бралось судебное разрешение, когда, например, лицо подозревалось в подготовке и совершении экономических преступлений, а затем привлекалось к ответственности за незаконный оборот наркотиков. Оспаривая законность таких судебных актов, заявители утверждали, что никогда не имели отношения к тому преступлению, для раскрытия которого было дано судебное разрешение на проведение ПТП, а потому настаивали на необоснованности такого решения. Однако такие претензии вряд ли могут быть признаны обоснованными, поскольку к основаниям проведения ОРМ Закон об ОРД отнес сведения

¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25 февраля 2013 г. № 296-О // СПС «Консультант Плюс».

² Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 1998 г. № 86-О // СПС «Консультант Плюс».

о признаках преступной деятельности, недостаточные для возбуждения уголовного дела, а потому требующие своего подтверждения и уточнения. Но это не освобождает инициаторов ПТП от обязанности обосновывать свои ходатайства, а суд выносить мотивированное решение на основе исследования представленных материалов. Привлечение же лица к ответственности не за то преступление, в котором оно подозревалось при получении судебного разрешения на ПТП, не свидетельствует о необоснованности проведения ОРМ при условии, что фактически совершенное преступление относится к категории средней тяжести, тяжких или особо тяжких, для раскрытия которых допускается ПТП.

Важное значение для обеспечения прав личности в процессе ПТП имеет установление разумного срока его проведения который, как установлено в ч. 6 ст. 9 Закона об ОРД «не может превышать шести месяцев, если иное не указано в самом постановлении». Такая законодательная формулировка представляется недостаточно определенной, поскольку в ходе наших исследований приходилось сталкиваться с попытками некоторых правоприменителей расширительно истолковывать ее как возможность установления судом срока ПТП, превышающего шесть месяцев, хотя такой подход противоречит общепринятому толкованию.

В случаях, когда в ходатайстве органа, осуществляющего ОРД, запрашивается максимальный (или близкий к таковому) срок для проведения ОРМ, то он должен быть обоснован как с точки зрения его разумности, так и с позиции необходимости. Судами часто выносятся постановления со сроком действия менее шести месяцев, когда нет необходимости в длительном проведении ОРМ, или орган, ходатайствующий о проведении ОРМ, просит о меньшем сроке, требуемом для проведения ОРМ. Вместе с тем любой запрашиваемый срок должен быть обоснован.

Нельзя не учитывать, что установленный в Законе об ОРД 6-месячный срок действия разрешения на ПТП в случаях, когда лица совершающие преступления, тщательно маскируют свою противоправную деятельность, не всегда оказывается достаточным для решения задач ОРД и оперативно-розыскные органы на практике вынуждены продлевать этот срок. Такое продление, вполне естественно, связано с дополнительными ограничениями прав граждан. Для того, чтобы минимизировать возможность необоснованного ограничения прав Верховный Суд в указанном выше информационном письме разъяснил, что в случае необходимости продления сроков ПТП орган, осуществляющий ОРД, представляет в суд постановление с ходатайством о необходимости про-

дления срока действия вынесенного ранее постановления судьи, в котором должна содержаться ссылка на предыдущее судебное решение с указанием срока проведенного ОРМ и его результатов, а также обосновывается необходимость продолжения мероприятия с приложением материалов, подтверждающих указанную информацию. Если органу, осуществляющему ОРД, в отношении проверяемого (разрабатываемого) лица требуется продление срока действия постановления судьи по одному ОРМ и одновременно разрешение на проведение нового ОРМ, то в суд представляются два самостоятельных постановления с этими ходатайствами. При этом судья в постановлении о разрешении проведения ПТП должен мотивировать необходимость продолжения проведения ОРМ и определить срок его действия.

Однако эти рекомендации зачастую не выполняются. Так, из материалов одной из конституционных жалоб следовало, что правоохранительный орган семь раз обращался в суд с ходатайством о получении разрешения на ПТП в отношении одного и того же лица и в каждом случае получал такое разрешение сроком на 6 месяцев, в результате чего общая продолжительность ПТП составила три с половиной года. При этом, все судебные решения выносились без учета предшествующих постановлений, в них полностью отсутствовали сведения не только о результатах проводившихся ранее ОРМ, но и о самом факте их осуществления, а потому никакого обоснования необходимости продления сроков начатого ОРМ судебные постановления не содержали¹. Столь длительное проведение ПТП стало возможно потому, что Закон об ОРД не ограничивает количество продлений судебных разрешений на проведение ОРМ и их предельных сроков, в отличие от ст. 186 УПК РФ, которая допускает продолжительность контроля телефонных переговоров не более шести месяцев без возможности продления. Это обстоятельство создает условия для злоупотреблений и нарушений прав личности, а потому процедура продления сроков ПТП нуждается в более детальном законодательном регулировании.

С проблемой продления сроков ПТП соприкасается и вопрос о продолжительности хранения записей таких переговоров. Из материалов конституционных жалоб усматриваются неединичные факты использования в процессе доказывания фонограмм переговоров, у которых истекли установленные законом сроки хранения, что вызывает у стороны защиты небезосновательные возражения по поводу законности этого. Согласно ч. 7 ст. 5 Закона об ОРД фонограммы и другие

¹ Архив Секретариата Конституционного Суда Российской Федерации. Арх. № 14412/15-01/15.

материалы, полученные в результате прослушивания телефонных и иных переговоров лиц, в отношении которых не было возбуждено уголовное дело, уничтожаются в течение шести месяцев с момента прекращения прослушивания, если служебные интересы или правосудие не требуют иного.

Анализ содержания данной нормы показывает ее недостаточную определенность, поскольку законодатель не раскрывает используемого здесь понятия служебных интересов и интересов правосудия, позволяющих продлять сроки хранения фонограмм, не устанавливает процедуру и предельно максимальные сроки такого продления, а также механизм контроля за соблюдением этого требования. Указанные недостатки порождают возможность произвольно длительного хранения результатов ПТП. Так, в материалах указанной выше конституционной жалобы приводились факты использования фонограмм телефонных переговоров, полученных за пять лет до возбуждения уголовного дела, причем в течение этого времени неоднократно выносились решения об отказе в возбуждении уголовного дела, которые впоследствии отменялись¹. Из материалов другой жалобы следовало, что результаты ПТП были представлены следователю, который вынес постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, но при этом справку-меморандум, отражающую содержание телефонных переговоров, не уничтожил, а передал после истечения 6-месячного срока начальнику управления ФМС для принятия решения об увольнении его сотрудника, в отношении которого проводилось ПТП и выносилось указанное процессуальное решение². И такие примеры не единичны.

Рассматриваемая нами норма, безусловно, нуждается в дополнении и уточнении, с чем соглашаются и депутаты высшего законодательного органа. Об этом свидетельствует, в частности, внесенный в Государственную Думу проект федерального закона № 651513-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности», зарегистрированный 14 ноября 2014 года, которым предлагается в абзаце 7 статьи 5 слова «уничтожаются в течение шести месяцев с момента прекращения прослушивания» заменить словами «хранятся до завершения работы по делу оперативного учета и уничтожаются в течение трех месяцев с момента прекращения дела оперативного учета». Следовало бы поддержать такое дополне-

¹ Архив Секретариата Конституционного Суда Российской Федерации. Арх. № 14412/15-01/15.

² Архив Секретариата Конституционного Суда Российской Федерации. Арх. № 14026/15-01/15.

ние закона, поскольку ведомственными нормативными актами устанавливаются достаточно длительные сроки производства по делам оперативно-розыскного учета, которое может продолжаться после прекращения прослушивания до представления результатов ОРД следователю с целью принятия процессуального решения. В такой ситуации уничтожение фонограммы ПТП в связи с формальным истечением установленного законом 6-месячного срока до передачи ее следователю представляется абсурдным. Вместе с тем предлагая такое дополнение в Закон об ОРД было бы целесообразно предусмотреть в нем также процедуру продления сроков хранения фонограмм для случаев обеспечения служебных интересов и интересов правосудия.

В Постановлении ЕСПЧ по делу «Захаров против России» обращалось внимание и на другие недостатки российского законодательства, регулирующего ПТП, которые не затрагивались в конституционных жалобах. В их числе отмечалось отсутствие в Законе об ОРД требований о прекращении ОРМ, когда необходимость в них отпадает (п. 251), а также о необходимости немедленного уничтожения тех материалов, которые очевидно не связаны с целями прослушивания (п. 255). Следует согласиться с тем, что ст. 186 УПК РФ предоставляет больше гарантий прав личности, поскольку предусматривает обязанность прекращения прослушивания в случае утраты в этом необходимости, а потому действующее законодательство в этой части следовало бы унифицировать.

ЕСПЧ также пришел к выводу, что техническое оборудование для обеспечения оперативно-розыскных мероприятий на сетях электросвязи дает правоохранительным органам техническую возможность для прослушивания телефонных переговоров без предварительного получения судебного разрешения, т. е. в обход законной процедуры. Хотя злоупотребления возможны при любой системе организации негласных наблюдений, их вероятность особенно высока тогда, когда правоохранительные органы имеют с помощью технических средств прямой доступ ко всем мобильным телефонным переговорам и не обязаны предъявлять разрешение на прослушивание ни мобильным операторам, ни кому-либо еще. При такой системе необходимость в эффективных процессуальных гарантиях против злоупотреблений особенно высока (п. 270).

Важное значение в системе мер обеспечения прав личности при проведении ПТП имеет организация надзора за законностью действий правоохранителей. По этому вопросу ЕСПЧ сделал категоричный вывод о том, что в Российской Федерации надзор за законностью проведения негласных ОРМ не отвечает требованиям Европейской Конвенции о не-

зависимости надзирающего органа, достаточности полномочий для проведения эффективного надзора и его открытости общественному контролю. Во-первых, запрет на регистрацию сведений о контролируемых абонентах и иных сведений относящихся к прослушиванию мобильных телефонных переговоров, делает невозможным выявление случаев незаконного прослушивания без судебных разрешений (п. 272). Во-вторых, надзор осуществляемый Генеральной прокуратурой вызывает сомнения в своей независимости от исполнительной власти учитывая порядок назначения прокуроров, а также тот факт, что прокуратура совмещает в себе функции по уголовному преследованию и, одновременно, по надзору за законностью прослушиваний телефонных переговоров (п.п. 278, 280). В-третьих, полномочия прокуратуры по надзору за законностью прослушиваний ограничены предметом прокурорского надзора, которому «недоступны данные об агентах спецслужб под прикрытием, а также об используемых ими приемах, методах и средствах» (п. 281). В-четвертых российское законодательство не содержит требования о немедленном уничтожении материалов, которые были квалифицированы прокурором как полученные в результате незаконного прослушивания телефонных переговоров (п. 282). В-пятых, результаты прокурорского надзора не публикуются и не доводятся до сведения общественности и не подвергаются ее контролю (п. 283). Кроме того, в Постановлении ЕСПЧ отмечалось, что российская сторона не представила ни одного прокурорского решения, постановившего пресечь нарушение прав или принять меры к их восстановлению и привлечению виновных должностных лиц к ответственности, не доказав, таким образом, эффективность прокурорского надзора на практике (п. 284).

Что касается последнего замечания, то оно не может не вызывать удивления, поскольку правоохранительные органы получают весьма значительное количество представлений прокуроров о нарушениях законности и прав граждан в процессе осуществления ОРД. Для реагирования на эти представления в некоторых региональных управлениях МВД России даже выделяются отдельные сотрудники, отвечающие за взаимодействие с прокуратурой. В самих же прокуратурах созданы специальные подразделения по надзору за оперативно-розыскной деятельностью, в функции которых, помимо прочего, входит принятие мер по восстановлению прав и законных интересов граждан и юридических лиц, возмещению причиненного им вреда в результате нарушений, допущенных при осуществлении ОРД¹.

¹ Положение об управлении по надзору за производством дознания и оперативно-розыскной деятельностью. Утверждено Генеральным прокурором Россий-

В качестве примера активности прокурорского надзора за обеспечением конституционных прав личности при осуществлении контроля телефонных переговоров можно привести решение Верховного Суда по заявлению первого заместителя Главного военного прокурора о проверке законности положений одного из приказов Министра обороны СССР, которыми устанавливался внесудебный контроль за переговорами, ведущимися по специальным каналам дальней связи Вооруженных Сил России¹. Со слов же начальника управления по надзору за производством дознания и оперативно-розыскной деятельности Генеральной прокуратуры РФ, прозвучавших в его интервью редакции журнала «Уголовный процесс», прокуроры ежегодно опротестовывают около 70 судебных решений о проведении ОРМ².

К недостаткам российского законодательства, регламентирующего ПТП, Европейский суд отнес также отсутствие эффективной системы судебной защиты лиц, подвергнутых прослушиванию их телефонов. В постановлении по делу «Захаров против России» отмечалось, что судебная защита прав доступна только тем людям, которые могут представить доказательства прослушивания их телефонных переговоров. В то же время лица, чьи телефонные или иные переговоры прослушивались, по российскому законодательству никогда и ни при каких обстоятельствах не получают уведомления о данных мероприятиях, если только против такого лица не возбуждается уголовное дело и полученные в ходе прослушивания данные не используются в качестве доказательств, или если не происходит утечки информации. Таким образом, у человека, который подозревает о прослушивании его телефонных или иных переговоров, отсутствуют эффективные средства обжалования — одна из наиболее важных гарантий против злоупотреблений при использовании негласных методов наблюдения (п.п. 289, 300).

В заключительной части Постановления был сделан вывод, что в российском законодательстве о прослушивании телефонных и иных переговоров отсутствуют адекватные и эффективные гарантии против злоупотреблений и риска превышения полномочий, которые присущи

ской Федерации 15 марта 2010 года // Электронный ресурс: <http://www.genproc.gov.ru/documents/orders/document-14318/> (дата обращения 23 марта 2016 г.).

¹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 14 марта 2000 года № КАС00-81 // СПС «Консультант плюс».

² Законодательство об оперативно-розыскной деятельности отстает от жизни // Уголовный процесс. № 3. 2016. С. 26.

любой системе негласного наблюдения, вследствие чего представленные заявителем документы дают основания подозревать существование практики незаконных прослушиваний таких переговоров, а потому российское законодательство не отвечает критериям «качества закона» и не способно ограничить применение негласных методов наблюдения только теми случаями, когда это «необходимо в демократическом обществе» (п.п. 302-304). Признав нарушение ст. 8 Европейской Конвенции ЕСПЧ обязал Российскую Федерацию не только выплатить пострадавшему денежную компенсацию, но и выработать общие и (или), при необходимости, индивидуальные меры по приведению национального законодательства в соответствие с требованиями Европейской Конвенции (п. 311). Таким образом, Постановление ЕСПЧ по делу «Захаров против России» поставило перед компетентными органами Российской Федерации проблему приведения отечественного законодательства, регламентирующего ПТП, в соответствие с международными правовыми стандартами, что потребует серьезных усилий специалистов и депутатского корпуса.

§ 4. Снятие информации с технических каналов связи

Снятие информации с технических каналов связи (далее — СИТКС) является одним из наиболее сложных из законодательного перечня ОРМ с точки зрения понимания его сущности и содержания. Это обусловлено самим названием данного мероприятия, которое состоит из двух ранее не известных юридической науке и практике терминов: «снятие информации» и «технические каналы связи». Первый термин обозначает способ (характер) действий оперативных сотрудников, составляющих содержание мероприятия, а второй — объект таких действий, а значит и объект самого ОРМ.

Наибольшее количество вопросов вызывает попытка уяснения содержания термина «технические каналы связи». Проведенный научный поиск показал, что в других законодательных актах, энциклопедических источниках и в справочной технической литературе он не употребляется. Отсюда следует, что термин «технические каналы связи», используемый в Законе об ОРД, является искусственно созданным, а поэтому недостаточно обоснованно введенным в юридический язык.

Данное обстоятельство существенно затрудняет любые попытки конструирования понятия рассматриваемого ОРМ. Достаточно отметить, что в нормативных правовых актах МВД России, регламентирующих организацию и тактику ОРД, давались различные определе-

ния СИТКС, существенно отличающиеся друг от друга, именно в части определения объекта этого ОРМ.

Так, в одной из первых ведомственных инструкций, регламентирующих СИТКС, утвержденной приказом МВД России от 10 июня 1994 года, к техническим каналам связи были отнесены телексные, факсимильные, селекторные, радиорелейные каналы передачи данных, а также линии абонентского телеграфирования и т. п. Несмотря на то, что список видов технических каналов связи в этом нормативном акте был оставлен открытым, у правоприменителя не мог не возникнуть вопрос о правомерности отнесения сюда пейджинговой, компьютерной, транковой, а также обычной радиосвязи.

Еще больше вопросов вызвало принятое через два года Наставление об основах организации и тактики ОРД в органах внутренних дел (1996 г.), которое к техническим отнесло лишь «незащищенные каналы связи», а также «компьютерные и иные технические системы». При этом в своей первоначальной редакции данное Наставление не предусматривало необходимости получения судебного разрешения на проведение СИТКС, т. е. не предполагало, что данное мероприятие ограничивает конституционные права граждан. Такое правовое регулирование давало основание для вывода о том, что к техническим каналам следует, прежде всего, относить радиостанции, радиотелефоны, радиоудлинители и другие электронные устройства, использующие радиоэфир в качестве среды передачи информации с помощью электромагнитных волн и не имеющие специальных программно-технических средств защиты¹.

Основываясь на приведенном выше подзаконном толковании сущности СИТКС в одном из ранних изданий комментария к Закону об ОРД данное ОРМ нами было определено как мероприятие, «заключающееся в перехвате с помощью специальных технических средств *открытой информации* (курсив наш — А.Ч.), передаваемой проверяемыми лицами по техническим каналам связи»². Такое определение оказалось востребованным и нашло своих сторонников среди

¹Чечетин А.Е. О сущности и содержании некоторых оперативно-розыскных мероприятий // Вопросы применения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: Межвуз. сб. науч. тр. Омск, 1998. С. 20–22; Чечетин А.Е. Проблемы нормативного регулирования оперативно-технических мероприятий, требующих судебного решения // Актуальные проблемы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: Межвуз. сб. науч. тр. Барнаул, 2001. С. 7–8.

²Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Научно-практический комментарий / Под ред. В.В.Николюка, В.В.Кальницкого, А.Е.Чечетина. Изд. перераб. и доп. Омск, 1999. С. 56.

авторов целого ряда учебников, в которых СИТКС определялось как мероприятие, направленное на получение (перехват) *открытой (незашифрованной) информации*¹.

Такой акцент на перехвате лишь открытой информации был подвергнут справедливой критике одним из оппонентов, который упрекал нас в неоправданном сужении содержания СИТКС, которое, по его представлению, может проводиться независимо от того, зашифрована информация или нет². С этим замечанием в ходе дальнейших исследований мы согласились и в своих последующих работах уточнили редакцию определения СИТКС, исключив из него упоминание открытой информации.

Оставление в числе отличительных признаков СИТКС его нацеленности на получение исключительно *открытой информации* представляется нам сегодня необоснованным в силу следующих обстоятельств. Во-первых, термин «открытая» информация в ходе дальнейшего развития подзаконного правового регулирования ОРМ был удален из определения СИТКС, а потому перестал носить правовой характер. Во-вторых, смысл этого термина не раскрывался в нормативных источниках, а потому он не отвечал критерию определенности правового понятия. В-третьих, исходя из правил логики, если имеется «открытая» информация, то должна быть и «закрытая», а потому становилось неясным: можно ли контролировать «закрытую» информацию, передаваемую по сетям электросвязи и с помощью какого ОРМ это делать?

Несмотря на отмеченную терминологическую дефектность первоначального подзаконного правового регулирования СИТКС в работах отдельных исследователей того времени к техническим каналам кроме традиционных систем проводной телефонной, телеграфной, факсимильной, компьютерной и радиосвязи относились также беспроводные системы сотовой, пейджинговой, транкинговой и спутниковой³, которые вряд ли можно было отнести к незащищенным каналам связи.

¹ Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. М., 2006. С. 359; Дубоносов Е.С. Оперативно-розыскная деятельность: учебник для вузов. 4-е изд. перераб. и доп. М., 2014. С. 281; Оперативно-розыскная деятельность: учебник для студентов вузов / под ред. И.А. Климова. М., 2014. С. 229.

² Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия: Общие положения. СПб., 2004. С.134.

³ Черных А.А. Организационно-правовые аспекты снятия информации с технических каналов связи // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе: Сб. мат-лов науч.-пр. конф. Ч. 2. Красноярск, 1999. С. 183.

Более полный и определенный перечень так называемых технических каналов связи был изложен в Наставлении о порядке организационного обеспечения оперативно-технических мероприятий в ходе осуществления оперативно-техническими подразделениями органов внутренних дел оперативно-розыскной деятельности, утвержденном приказом МВД России от 10 апреля 2003 г., которое отнесло к таковым «телексы, факсимильные, селекторные, радиорелейные каналы передачи данных, системы персонального радиовызова (пейджинговая связь), а также линии абонентского телеграфирования, IP-телефонии, электронной почты и иные каналы связи».

Руководствуясь новым нормативным толкованием объектов СИТКС авторы комментариев к Закону об ОРД к техническим отнесли каналы электросвязи, используемые для передачи и приема знаков, сигналов, письменного текста, изображений, звуков по проводной, радио- и другим электромагнитным системам¹. Отсюда видно, что технические каналы связи стали отождествляться с понятием электросвязи, которая, как установлено п. 35 ст. 2 Федерального закона «О связи» включает в себя любые излучения, передачу или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам. В действующем Федеральном законе «О связи», к сожалению, не дается определения понятия «сети электросвязи», которое содержалось в прежнем законе и включало в себя технологические системы, обеспечивающие один или несколько видов передач: телефонную, телеграфную, факсимильную, передачу данных и других видов документальных сообщений, включая обмен информацией между ЭВМ, телевизионное, звуковое и иные виды радио- и проводного вещания².

Такой подход к толкованию термина «технические каналы связи», основанный на его отождествлении с понятием электросвязи, используемом в Федеральном законе «О связи», представляется нам

¹ Вагин О.А., Исиченко А.П. Постатейный комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» со словарем законодательных терминов. М., 2006. С.129; Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С приложением решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека / Вступ. ст. В.Д.Зорькина. М., 2006. С.120; Железняк Н.С. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности: учебное пособие. Красноярск, 2010. С. 188–189.

² Ст. 2 Федерального закона «О связи» от 16 февраля 1995 г. № 15-ФЗ (утратил силу) // СПС «Консультант Плюс».

наиболее обоснованным, поскольку он отвечает требованиям определенности, ясности и единства юридической терминологии.

Определенным шагом по внесению ясности в понимание сущности и содержания СИТКС стало принятие на двадцать седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ новой редакции Модельного закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (постановление № 27-6 от 16 ноября 2006 года), в котором понятие СИТКС было определено как получение, преобразование и фиксация с помощью технических средств различных видов сигналов, передаваемых по любым техническим каналам связи, для решения задач ОРД. Это определение СИТКС стало использоваться как легальное авторами современных учебников и комментариев к Закону об ОРД¹. Более того, оно было воспроизведено в новом Наставлении об основах организации и тактики ОРД органов внутренних дел, объявленном приказом МВД России от 4 апреля 2013 года, получив, таким образом, нормативную правовую основу.

Анализируя это определение СИТКС следует отметить, что в нем более конкретно раскрывается способ (характер) действий оперативных сотрудников, составляющих содержание данного ОРМ, которые включают в себя три взаимосвязанных элемента: получение, преобразование и фиксацию с помощью технических средств различных видов сигналов. Такая формулировка способа осуществления мероприятия представляется нам наиболее полной и точной, в отличие от иных интерпретаций, встречающихся в юридической литературе, таких как «снятие и преобразование сигналов»², «контроль средств и систем»³, «съем характеристик электромагнитных и других физических полей»⁴, а потому мы по-

¹ Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. 2-е изд. перераб. и доп. М., 2012. С. 297; Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С приложением решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека / отв. ред. В.С. Овчинский; вступ. ст. В.Д. Зорькина. 2-е изд. доп. и перераб. М., 2014. С. 108.

² Бочкарев А.В., Федюнин А.Е. Некоторые уголовно-процессуальные вопросы получения и фиксации аудиальной информации при осуществлении оперативно-розыскной деятельности // Следователь. 2002, № 6. С. 32–33.

³ Черных А.А. Правовая, организационная и тактическая основы контроля сетей электрической связи оперативными подразделениями органов внутренних дел: Дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2004. С. 35.

⁴ Шумилов А.Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С постатейным приложением нормативных правовых актов и документов. 6-е изд., испр. и доп. М., 2004. С. 86.

лагаем возможным использовать ее в конструировании доктринального определения СИТКС.

В анализируемом определении СИТКС в качестве отличительного признака данного ОРМ указывается на использование технических средств, против чего не возражает ни один из известных нам авторов, исследовавших сущность и содержание ОРМ. Вместе с тем, нельзя не обратить внимание на то, что в ряде определений СИТКС вместо упомянутого «технического средства» используется понятие «специального технического средства», а потому возникает вопрос какое из них более точное?

Ответ на это вопрос, на наш взгляд, дает законодатель в ч. 8 ст. 6 Закона об ОРД, в которой установлено, что перечень видов специальных технических средств (далее — СТС), предназначенных для негласного получения информации в процессе осуществления ОРД, устанавливается Правительством Российской Федерации. В соответствии с этой нормой Перечень видов СТС, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации в процессе осуществления ОРД, утвержден постановлением Правительства Российской Федерации от 11 июля 1996 г. № 770, в котором к одному из видов СТС отнесены средства для негласного перехвата и регистрации информации с технических каналов связи¹. Таким образом, предпочтительным представляется использование в определении СИТКС понятия «специальное техническое средство», а не «техническое средство», поскольку оно более точно соответствует законодательной терминологии.

Применение СТС составляет основу содержания данного ОРМ и служит основным средством выявления, преобразования и фиксации информации, передаваемой по сетям электросвязи. Это обстоятельство, по мнению отдельных исследователей, дает основание для отнесения СИТКС к категории так называемых оперативно-технических

¹ Постановление Правительства Российской Федерации от 11 июля 1996 г. № 770 «Об утверждении Положения о лицензировании деятельности физических и юридических лиц, не уполномоченных на осуществление оперативно-розыскной деятельности, связанной с разработкой, производством, реализацией, приобретением в целях продажи, ввоза в Российскую Федерацию и вывоза за ее пределы специальных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации, и Перечня видов специальных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации в процессе осуществления оперативно-розыскной деятельности» // СПС «Консультант Плюс».

мероприятий, о которой упоминают ведомственные нормативные акты органов, осуществляющих ОРД. Исходя из этого предлагалось СИТКС определить как «специальное оперативно-техническое мероприятие, проводимое оперативно-техническими подразделениями с использованием специальных программно-аппаратных комплексов, технических средств и методов для получения оперативно-значимой информации из радио и проводных каналов связи, образующих различные сети и системы связи»¹.

С таким определением СИТКС вряд ли можно согласиться в силу следующих обстоятельств. Во-первых, Закон об ОРД не устанавливает такой разновидности ОРМ как оперативно-техническое мероприятие, а потому использование этого названия в качестве родового признака не основано на законе. Во-вторых, указание в качестве отличительного признака СИТКС «специальных программно-аппаратных комплексов, технических средств и методов» представляется неопределенным и громоздким, поскольку, как уже отмечалось, законодатель закрепил нужное для этого понятие специальных технических средств для негласного получения информации. В-третьих, неопределенной и тавтологичной представляется предложенная автором формулировка объектов данного ОРМ, в качестве которых указаны «радио и проводные каналы связи, образующие различные сети и системы связи».

Одной из особенностей анализируемого определения СИТКС является включение в него указания на субъекта проведения данного ОРМ, в качестве которого определены оперативно-технические подразделения органов, осуществляющих ОРД. Однако рассмотрение субъекта СИТКС в качестве его обязательного отличительного признака, по нашему мнению, является весьма дискуссионным, поскольку ряд исследователей отмечали, что это ОРМ может проводиться не только оперативно-техническими подразделениями, но также и отдельными специально подготовленными сотрудниками², либо лица-

¹ Жук И.А. Правовые и организационно-тактические основы проведения оперативно-розыскного мероприятия «Снятие информации с технических каналов связи» в сфере борьбы с организованной преступностью: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 13.

² Черных А.А. Организационно-правовые аспекты снятия информации с технических каналов связи // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе: Сб. мат-лов науч.-пр. конф. Ч. 2. Красноярск, 1999. С. 184.

ми, оказывающими конфиденциальное содействие¹. Не вносит должной ясности в этот вопрос и законодатель, который в ч. 4 ст. 6 Закона об ОРД установил, что ОРМ, «связанные со снятием информации с технических каналов связи, проводятся с использованием оперативно-технических сил и средств» органов ФСБ и ОВД. Такая формулировка не исключает возможности проведения СИТКС любым оперативным сотрудником, использующим «оперативно-технические силы и средства». Отсюда вытекает нецелесообразность включения субъекта проведения СИТКС в определение данного ОРМ.

В анализируемом нами определении СИТКС в числе отличительных признаков данного ОРМ не упоминается его негласный характер. В то же время, как справедливо отмечал А.Ю. Шумилов, единственной формой проведения СИТКС является его негласное осуществление². На исключительно негласный характер СИТКС указывали и многие другие ученые³. С этим нельзя не согласиться, поскольку если о факте подключения специальной аппаратуры к линиям электросвязи, которыми пользуется проверяемое лицо, ему станет известно, то дальнейшее проведение такого ОРМ станет бессмысленным и даже вредным, если это будет использовано для дезинформирования оперативных служб. Таким образом, мы полагаем обоснованным включение в определение СИТКС негласного характера данного ОРМ как его отличительного признака.

Достаточно ущербной представляется нам и формулировка объекта данного ОРМ, к которому отнесены «технические каналы связи». Авторы анализируемого определения в данном случае допускают традиционную логическую ошибку, заключающуюся в совпадении определяемого и определяющего понятий.

Нельзя не отметить также и то, что отдельными авторами предлагалось в качестве объекта СИТКС рассматривать только государственные или лицензированные сети электросвязи⁴, с чем вряд ли можно согласиться. При таком подходе может возникнуть сомнение в правомерности контроля нелицензированных сетей электросвязи, которые в случае их

¹ Шумилов А.Ю. Юридические основы оперативно-розыскных мероприятий: учебное пособие. М., 1999. С. 94.

² Шумилов А.Ю. Юридические основы оперативно-розыскных мероприятий: учебное пособие. М., 1999. С. 93.

³ Железняк Н.С. Основы оперативно-розыскной деятельности: Учебник. Красноярск, 2013. С.153; Маркушин А.Г. Оперативно-розыскная деятельность: учебник для вузов. 2-е изд. перераб. и доп. М., 2013. С. 189.

⁴См.: Бочкарев А.В., Федюнин А.Е. Указ. раб. С. 32–33.

использования правонарушителями конечно же также должны быть подконтрольными.

Таким образом, в качестве основы определения понятия СИТКС в науке ОРД нами предлагается использовать понятие, закрепленное в модельном законе «Об оперативно-розыскной деятельности» и с учетом приведенных выше уточнений и дополнений сформулировать его как ОРМ, заключающееся в *получении, преобразовании и фиксации с помощью специальных технических средств различных видов информации, передаваемой проверяемыми (разрабатываемыми) лицами по сетям электросвязи.*

Сравнительный анализ содержания СИТКС и ПТП позволяет обнаружить у них много сходных признаков. Так, оба указанных ОРМ осуществляются исключительно с помощью специальных технических средств, их объектами выступают каналы и сети электросвязи, осуществляются они только в негласной форме, что позволяет прийти к выводу об их сущностном сходстве. Основным их различием является вид получаемой информации: если в процессе ПТП записывается вербальная (голосовая) информация, то в процессе СИТКС — любая другая — текстовая, графическая, визуальная, файловая и пр.

На сходство СИТКС и ПТП обращалось внимание многими исследователями и даже высказывалось мнение, что прослушивание телефонных переговоров является разновидностью снятия информации с технических каналов связи, а потому предлагалось объединить эти два ОРМ¹. Эта идея получила свое развитие в ряде диссертационных исследований, авторы которых предлагали назвать объединенное ОРМ контролем сетей электрической связи².

В проекте оперативно-розыскного кодекса, разработанного В.Ф. Луговиком, объединенное ОРМ предложено назвать контролем информационно-телекоммуникационных сетей³. Однако использование в названии предлагаемого ОРМ понятия информационно-телекоммуникационных сетей представляется нам недостаточно точным и не отражающим в полной мере содержание данного ОРМ, по-

¹См.: Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. О законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности: Научный доклад. М., 2003. — 14 с.

²См.: Парадников А.Г. Использование оперативно-технических средств при проведении оперативно-розыскных мероприятий аппаратами уголовного розыска: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2002. 19 с.; Черных А.А. Указ. дис. С. 35.

³Луговик В.Ф. Оперативно-розыскной кодекс Российской Федерации: авторский проект. Омск. 2014. С.72.

скольку в Федеральном законе «Об информации, информационных технологиях и защите информации» это понятие раскрывается как «технологическая система, предназначенная для передачи по линиям связи информации, доступ к которой осуществляется с использованием *средств вычислительной техники* (курсив наш — А.Ч.)». Отсюда следует, что информационно-телекоммуникационные сети не предназначены для информации, передаваемой с помощью средств проводной телефонной связи, подвижной радиотелефонной связи, спутниковой радиосвязи, телексной, факсимильной, радиорелейной и другим видам связи, а ограничены лишь обменом компьютерной информацией. В то же время, содержание рассматриваемого ОРМ должно включать в себя все указанные способы коммуникации, а потому его название — контроль сетей электрической связи — представляется более точным и полным.

В противовес идее объединения ПТП и СИТКС отдельными исследователями высказывалось мнение о том, что развитие средств связи приведет к необходимости законодательного разделения СИТКС на несколько самостоятельных видов в зависимости от вида используемой связи¹. Такой прогноз нам представляется ошибочным, поскольку путь универсализации ОРМ, связанных с контролем средств связи, более перспективен, чем процесс деления, который может стать бесконечным, как бесконечен технический прогресс в сфере средств связи.

В пользу идеи универсализации ОРМ по контролю за коммуникациями свидетельствует и зарубежный опыт, показывающий, что законодательство ряда стран не разграничивает рассматриваемые нами мероприятия. В частности, § 100а УПК Германии, регламентирующий поводы к установлению контроля почтовых, телефонных и иных видов сообщений, по существу, объединяет три различных российских оперативно-розыскных мероприятия и все это в переводе на русский язык называется контролем и записью телекоммуникационных сообщений².

Объединение двух указанных ОРМ позволит избежать проблем, связанных с правильной квалификацией действий сотрудников оперативных аппаратов в случаях, требующих контроля, например сообщений между мобильными телефонами. Сегодня не только практики, но даже исследователи проблем теории ОРД не могут с уверенностью сказать,

¹ См.: Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия в России и за рубежом / под общ. ред. В.П. Сальникова. СПб., 2004. С. 43.

² См.: Strafprozessordnung mit EinfuhrungsG GerichtsverfassugsG EGGVG Jugendgerichtsgesetz StrassenverkehrsG. 37. Auflage, 2004. S. 30–31.

как следует назвать проводимое в данном случае мероприятие: прослушивание телефонных переговоров или снятие информации с технических каналов связи?¹ Вышеуказанные обстоятельства представляются нам достаточными для обоснования необходимости объединения СИТКС и ПТП в единое оперативно-розыскное мероприятие.

В диссертации А.А. Черных было предложено определение нового ОРМ², которое, на наш взгляд, весьма существенно перегружено технической терминологией, а поэтому нуждается в уточнении. Кроме того, в нем отсутствует указание на обязательность использования при его проведении специальных технических средств, а поэтому нет ясности в вопросах о том, каким образом в его процессе получают необходимые сведения и какие методы при этом используются? Автор предлагает сделать понятие контроля всеобъемлющим, включая в него такой признак, как «воздействие на функционирование технологических систем». Можно согласиться с тем, что содержание контроля сетей электросвязи должно включать в себя изъятие сообщений и прерывание услуг электросвязи, поскольку это прямо указано в ст. 15 Закона об ОРД. Однако за рамки закона, на наш взгляд, выходит предложение о включении в содержание ОРМ приостановки оказания услуг электросвязи и прекращения деятельности оператора связи по инициативе оперативных подразделений³. По нашему мнению, если в будущем решится вопрос об объединении СИТКС и ПТП, единое ОРМ можно было бы назвать контролем сетей электросвязи и определить как оперативно-розыскное мероприятие, заключающееся в негласном получении с помощью специальных технических средств информации, передаваемой проверяемыми (разрабатываемыми) лицами по сетям электросвязи.

¹ См.: Захарцев С.И. Понятие и виды оперативно-розыскных мероприятий // Известия высших учебных заведений. Правоведение. СПб., 2003. № 4. С. 139.

² См.: Черных А.А. Указ. дис. С. 53.

³ Там же. С. 45.

Глава 4. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВ ЛИЧНОСТИ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ ИНЫХ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ

§ 1. Обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств

Проведение обследования в отличие от других ОРМ судебного санкционирования сопряжено с ограничением более широкого спектра закрепленных в Конституции РФ прав личности, к числу которых следует отнести, прежде всего, право на достоинство личности (ст. 21), право на свободу и личную неприкосновенность (ст. 22), право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени (ст. 23), право на неприкосновенность жилища (ст. 25), право собственности (ст. 35) и некоторые другие, а потому его правовое регулирование нуждается в особой точности и полноте. Однако этим критериям оно отвечает пока далеко не в полной мере.

Недостаточная определенность правового регулирования обследования начинается с его установленного законом названия, которое требует своего уточнения. Во-первых, термин «обследование», используемый в названии мероприятия, до принятия Закона об ОРД в теории и практике ОРД не применялся, а вместо него специалистам и ученым было широко известен метод оперативного осмотра. С позиций русского языка слова «обследование» и «осмотр» являются синонимами¹, а потому сразу возникла неясность в том, что имел в виду законодатель меняя традиционное название «оперативный осмотр» на «обследование» и изменилось ли от этого его сущностное содержание? Во-вторых, в наименовании данного ОРМ перечислены объекты его проведения, что представляется нам не вполне обоснованным, поскольку искусственно ограничивает их круг. При такой формулировке названия ОРМ возникает вопрос о законности проведения осмотра личных вещей проверяемых лиц (сумок, пакетов, чемоданов и т. д.), документов, мобильных телефонов, смартфонов, компьютеров и др. объектов, необходимость в осмотре которых нередко возникает в оперативно-розыскной практике. Так, для документирования экономических преступлений необходимая информация может быть обнаружена в персональных компьютерах проверяемых лиц, в багаже или ручной клади авиапассажира и т. д.

Стремясь уточнить громоздкое название рассматриваемого мероприятия, разработчики Наставления об основах организации и такти-

¹ Александрова З.Е. Словарь синонимов русского языка / под ред. Л.А. Чешко. М., 1968. С. 300.

ки ОРД органов внутренних дел (1996 г.) в скобках указали привычное наименование традиционного метода ОРД, лежащего в основе данного ОРМ — оперативный осмотр. В связи с изложенным нам представляется уместным закрепить в законе именно это более точное название рассматриваемого мероприятия.

Определение понятия и сущности оперативного осмотра рассматривалось в работах И.А. Веселова¹, А.Ф. Возного и И.Н. Кононенко², Н.И. Бутько³, И.А. Климова⁴, А.Ю. Шумилова⁵ и ряда других ученых. Из числа более современных исследователей наиболее детально эти вопросы проработаны в кандидатской диссертации В.А. Литвинова, который определил обследование как ОРМ, «связанное с визуальным, слуховым и иным изучением обстановки для выявления следов преступной деятельности и обнаружения предметов и документов, имеющих отношение к преступлению, а также с осуществлением их фиксации и сохранения с целью решения задач оперативно-розыскной деятельности»⁶. Анализ данного определения позволяет обнаружить в нем ряд дискуссионных моментов, требующих своего уточнения.

Так, автором включено в определение три способа получения информации в процессе обследования, в числе которых немалое сомнение вызывает обоснованность упоминания «слухового изучения» объектов. Во-первых, сущность такого способа обследования нигде не раскрывается. Во-вторых, получение информации с помощью органов слуха более характерно для другого оперативно-розыскного мероприятия — наблюдения с использованием СТС.

В то же время было бы неоправданным сужать содержание данного мероприятия, ограничиваясь лишь «визуальным обследованием объектов»⁷. При таком определении способов получения информации

¹ Веселов И.А. Оперативный осмотр. Омск, 1973. С. 7–8.

² Возный А.Ф., Кононенко И.Н. Теория и практика оперативного осмотра. Киев, 1974. С. 42.

³ Бутько Н.И. Оперативный осмотр. Минск, 1993. С. 5.

⁴ Климов И.А. Методы теории и практики оперативно-розыскной деятельности. М., 1993. С. 28.

⁵ Шумилов А.Ю. Юридические основы оперативно-розыскных мероприятий: учебное пособие. М., 1999. С. 79–85.

⁶ Литвинов В.А. Правовые и организационно-тактические основы обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств: Дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2002. С. 36.

⁷ Глушков А.И. Теоретические, правовые и организационно-тактические основы оперативно-розыскного обеспечения уголовного судопроизводства: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 175.

исключается возможность использования специальных поисковых приборов при осуществлении обследования.

Трудно согласиться также с пониманием обследования как мероприятия, представляющего «совокупность действий по проникновению внутрь материального объекта (строения, участка местности, транспортного средства) и осмотру его изнутри»¹. Так, осмотр прилегающей к месту совершения преступления местности не предполагает проникновения внутрь объекта, транспортное средство может осматриваться только снаружи для обнаружения следов столкновения, осмотр мобильного телефона предполагает ознакомление с информацией, выводимой на его экран, и т. д. Разумеется, во многих случаях оперативный осмотр требует проникновения внутрь объекта, однако вряд ли будет правильным рассматривать это в качестве обязательного отличительного признака данного ОРМ.

Весьма неопределенно сформулирован В.А. Литвиновым объект оперативного осмотра, в качестве которого называется обстановка. В русском языке под обстановкой понимается «положение, условие осуществления чего-нибудь»². В то же время в теории ОРД используется понятие «оперативная обстановка», которое для обозначения объекта обследования вряд ли будет уместным.

В анализируемом определении несколько сужены и цели проводимого мероприятия, в качестве которых называются выявление следов, предметов и документов. Как известно, обследование может проводиться и для решения таких задач, как установление химических ловушек³, создание условий для проведения иных ОРМ⁴ и др. В числе целей обследования здесь упоминается также обязательность фиксации обнаруженных следов и предметов, что также вызывает у нас определенные сомнения, поскольку фиксация получаемой информации входит в содержание любого ОРМ.

С учетом сказанного можно предложить определение оперативного осмотра как *оперативно-розыскного мероприятия, заключающегося в непроцессуальном осмотре помещений, транспортных средств и других объектов в целях обнаружения следов преступной деятельности,*

¹ Шумилов А.Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С постатейным приложением нормативных правовых актов и документов. — 6-е изд., испр. и доп. — М., 2004. С. 76–77.

² Ожегов С.И. Указ. раб. С. 425.

³ Великошин И.И. Оперативный осмотр. М., 1990. С. 7.

⁴ Блинов Ю.С., Бобров В.Г., Мещеряков А.Н., Тарсуков К.М. Способы соби-
рания оперативно-розыскной информации. М., 1997. С. 99.

орудий совершения преступления, разыскиваемых преступников, а также получения иной информации, необходимой для решения конкретных тактических задач.

О недостаточной определенности правового регулирования обследования (оперативного осмотра) можно судить также по тому, что отдельные исследователи смешивают его с электронным наблюдением за событиями, происходящими на проверяемых объектах, поскольку утверждают о возможности длящегося, многосуточного обследования¹. По нашему мнению, оперативный осмотр — это ограниченное во времени мероприятие, состоящее из совокупности непрерывных активных действий оперативного сотрудника по поиску следов преступной деятельности. В отличие от него электронное наблюдение заключается в продолжительной пассивной фиксации с помощью СТС событий, происходящих на определенном объекте, которое может осуществляться и без участия оперативного сотрудника.

В современной оперативно-розыскной практике большое распространение получило использование гласной формы обследования. Возможность его проведения вытекает из положений ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД, в которой закреплено право оперативных служб на осуществление ОРМ как в гласной так и в негласной форме. Однако при этом следует обратить внимание на то, что законодатель не предусмотрел никаких условий, ограничивающих проведение гласных ОРМ, и оставил открытым вопрос о допустимости их принудительного осуществления.

Ответ на этот вопрос был дан в первых комментариях к Закону об ОРД, авторы которых исходя из ограничительного толкования права на гласное проведение ОРМ, разъяснили, что гласное обследование может применяться лишь при условии согласия объекта проводимого ОРМ². Такого понимания нормы закона длительное время придерживались многие ученые в области оперативно-розыскной науки³ и до недавнего времени оно не вызывало каких-либо дискуссий.

¹ Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия в России и за рубежом / Под общ. ред. В.П. Сальникова. СПб., 2004. С. 36.

² Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий / под ред. проф. В.В. Николюка и доц. В.В. Кальницкого, А.Е. Чечетина. Омск, 1996. С. 27; Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / отв. ред. А.Ю. Шумилов. М., 1997. С.61 Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий / под ред. И.Н.Зубова и В.В.Николюка. М., 1999. С. 62.

³ Дубонос, Е.С. Основы оперативно-розыскной деятельности: курс лекций / под ред. Г.К. Синилова. М., 2002. С.105; Ривман, Д.В. Комментарий к Фе-

Однако оперативно-розыскная практика в отличие от устоявшегося доктринального толкования закона по-иному начала подходить к условиям обследования, истолковывая право на гласное проведение ОРМ как возможность их осуществления не только без согласия, но и вопреки воле лиц, в отношении которых они осуществляются. Такое расширительное толкование положений Закона об ОРД привело к распространению приемов принудительного гласного обследования как жилых, так и нежилых помещений.

Вопрос о законности принудительного гласного обследования жилых помещений при наличии судебного решения впервые в юридической литературе был поднят исследователями из Санкт-Петербурга, обоснованно критиковавшими действия правоприменителей, которые получив судебное разрешение на проведение негласного обследования жилища предпринимателя, подозреваемого в укрытии доходов от налогов, провели его в гласной форме, превратив по существу в обыск. Для того, чтобы не допускать в будущем такого рода действий сотрудниками оперативно-розыскных служб было даже предложено на законодательном уровне запретить проведение гласных обследований¹.

Диаметрально иной точки зрения по этому вопросу придерживаются современные исследователи, которые считают, что гласное обследование жилища на основании судебного решения в процессе ОРД, несмотря на свою правовую неурегулированность, допустимо и не требует согласия собственников. При этом свою позицию они аргументируют ссылками на постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 1993 г. № 13, а также на ряд определений Конституционного Суда России, которые, по их мнению, указывают на допустимость таких действий².

Однако следует отметить, что авторы такого подхода в обоснование своей точки зрения весьма произвольно толкуют смысл правовых позиций высших судов Российской Федерации, из которых, на наш взгляд, не следует то, что им «приписывается». Нельзя, в частности, со-

деральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». СПб., 2003. С.98; Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия: общие положения. СПб., 2004. С.115; Постатейный комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» со словарем законодательных терминов / О.А. Вагин, А.П. Исиченко. М., 2006. С. 120; Оперативно-розыскная деятельность: учебник / под ред. И.А. Климова. М., 2014. С. 211 и др.

¹ Захарцев, С. Законность проведения оперативно-розыскных мероприятий. / С.Захарцев, П.Молчанов, В.Рохлин/ Законность. 2003. № 9. С.33-35.

² Важенин, В.В. Гласное обследование: подготовка, проведение, использование результатов / В.В. Важенин, С.В. Баженов, А.А. Сафронов/ Общество и право. № 3(49). 2014. С. 185–186.

гласиться с их утверждением, что упомянутое постановление Пленума Верховного Суда разрешает проникать в жилище против воли проживающих в них лиц на основании судебного решения, поскольку в этом документе Верховный Суд лишь разъяснил судам порядок рассмотрения ими материалов для получения разрешения на проведение следственных действий и ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, установленный новой Конституцией Российской Федерации. В связи с этим процитированное в п. 2 рассматриваемого постановления положение ст. 25 Конституции РФ не дает никаких оснований для его истолкования в пользу точки зрения авторов.

Ошибочно толкуют они и решения Конституционного Суда. Так, в упомянутом ими определении от 18 декабря 2003 г. № 498-О действительно отмечалось, что ст. 8 Закона об ОРД не нарушила прав заявителя, о которых шла речь в жалобе. Однако, чтобы правильно понять смысл правовой позиции, сформулированной Конституционным Судом, необходимо уяснить аргументы заявителя о неконституционности оспариваемого законоположения, обстоятельства его дела и соотнести их с мотивировкой принятого судебного решения. В данном случае заявитель утверждал, что норма Закона об ОРД позволяет проникать в жилище без согласия на то проживающих в нем лиц и без судебного решения, на что вполне естественно Конституционный Суд ответил, что ст. 8 Закона об ОРД не предусматривает «возможность проведения оперативного осмотра жилого помещения в целях задержания разыскиваемого лица без судебного решения». По этому поводу следует также напомнить, что ст. 8 Закона об ОРД допускает возможность проведения ОРМ, ограничивающих конституционное право на неприкосновенность жилища, лишь при наличии информации о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, по которому обязательно производство предварительного следствия, но не информации о местонахождении разыскиваемого лица. Кроме того, в этом определении было отмечено, что судебное решение в деле имелось, а утверждение заявителя о его вынесении после фактического проведения ОРМ ничем не подтверждено. Таким образом, анализ содержания данного решения не дает оснований для вывода о том, что Конституционный Суд РФ признал допустимым принудительное гласное обследование жилища, направленное на обнаружение разыскиваемого лица.

В жалобе, по которой Конституционным Судом было принято определение от 19 февраля 2009 г. № 114-О-О, заявитель оспаривал положения ст. 8 Закона об ОРД в ином аспекте, полагая, что она позволяет опе-

ративным сотрудникам после проникновения в жилище производить там не только ОРМ, но и следственные действия, а также изымать имущество граждан. Отвечая на поставленный заявителем вопрос Конституционный Суд в этом решении отметил, что «данная норма определяет лишь условия проведения оперативно-розыскных мероприятий, осуществляемых в сфере оперативно-розыскной деятельности, и не затрагивает вопросы изъятия личного имущества граждан, которые регулируются другими законодательными нормами». Далее в мотивировочной части определения содержится очень важная для понимания его сути оговорка о том, что установление «законности действий оперативных сотрудников и их соответствия пределам полученного судебного решения на право проведения оперативно-розыскного мероприятия в отношении заявителя, а также проверка фактов возможных нарушений его права в результате конкретных правоприменительных действий» в компетенцию Конституционного Суда не входит. Эту оговорку, исходя из обстоятельств дела заявителя, следует понимать как наличие у Конституционного Суда сомнений в том, что действия оперативных сотрудников соответствовали пределам полученного ими судебного решения.

Нельзя согласиться и с авторской интерпретацией выводов Конституционного Суда, данных в определении от 24 января 2006 г. № 27-О, поскольку заявитель оспаривал положения ст. 9 Закона об ОРД, которые, по его утверждению, лишили его возможности ознакомиться с материалами, послужившими основанием для вынесения судебного постановления о производстве обследования его жилища, и с самим постановлением, а также обжаловать его и произведенное в соответствии с ним ОРМ. При такой мотивировке Конституционный Суд никак не мог коснуться вопроса о допустимости гласного обследования, поскольку он связан предметом жалобы. При этом в данном определении опять же присутствует оговорка о том, что проверка законности и обоснованности судебного решения и проведенного ОРМ не входит в компетенцию Конституционного Суда.

Таким образом, приведенные решения не дают никаких оснований для вывода о признании судебной практикой допустимости гласных обследований жилища при наличии судебного решения. Более того, анализ решений Верховного Суда России позволяет обнаружить прямо противоположные правовые позиции по вопросу о допустимости гласного обследования жилища. Так, в кассационном определении судебной коллегии по уголовным делам от 9 января 2013 г. гласные обследования жилых помещений, проведенные на основании судебного решения, были признаны незаконными, поскольку согласия

на проникновение в жилище от их владельцев получено не было. В этом определении отмечалось, что по смыслу положений Закона об ОРД *оперативно-розыскное обследование осуществляется негласно* (курсив наш — А.Ч.) и не может быть направлено на обнаружение и изъятие доказательств по уголовному делу. Гласная же форма обследования фактически превратила его в обыск в жилых помещениях до возбуждения уголовного дела, проведенный с нарушением требований, установленных ст. 182 УПК РФ¹.

Российская практика гласных обследований жилых помещений получила негативную оценку и в решениях ЕСПЧ. В частности, в Постановлении по делу «Аванесян против России» от 18 сентября 2014 года был сделан вывод о нарушении прав заявителя действиями сотрудников ОВД, проводивших принудительное гласное обследование принадлежащих ему жилых и нежилых помещений на основании судебного постановления. Свое решение ЕСПЧ мотивировал отсутствием в постановлении суда поводов и оснований для производства обследования, его цели и задач, которые можно было бы считать достаточными и пропорциональными для ограничения права на неприкосновенность жилища². Обстоятельства этого дела и данная им оценка международного суда являются весьма серьезным аргументом, ставящим под сомнение допустимость гласного обследования жилища при существующем правовом регулировании.

Отдельного рассмотрения заслуживает вопрос о гласном обследовании нежилых помещений, которое можно отнести к ОРМ ведомственного санкционирования. Несмотря на отсутствие прямых законодательных дозволений на возможность принудительного оперативно-розыскного обследования и вопреки доминирующему доктринальному толкованию положений Закона об ОРД, органы, осуществляющие ОРД, пошли по пути его легализации путем закрепления в ведомственных нормативных правовых актах. Так, приказом МВД России от 30 марта 2010 года № 249 была утверждена Инструкция о порядке проведения гласного обследования нежилых помещений³, редакция которой через четыре года уточнена и дополнена приказом

¹ Кассационное определение Верховного Суда Российской Федерации от 9 января 2013 года № 45-О12-77 //Электронный ресурс: Консультант Плюс (дата обращения: 25.10.2014).

² Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Аванесян против России» от 18 сентября 2014 года //СПС «Консультант Плюс» (дата обращения: 30.04.2016).

³ Далее — Инструкция МВД, Инструкция.

МВД России от 1 апреля 2014 года № 199. Проект аналогичной по содержанию инструкции был в свое время разработан и упраздненной ныне Федеральной службой по контролю за оборотом наркотиков (далее — ФСКН) России.

Инструкция МВД, как и проект инструкции ФСКН, не называя «вещи своими именами», по существу придала легитимный характер принудительному обследованию нежилых помещений оперативными сотрудниками ОВД. Об этом, в частности, свидетельствует закрепленный в ней алгоритм принятия решения на проведении этого ОРМ, предусматривающий вынесение распоряжения уполномоченного руководителя на проведение гласного обследования (п. 2), его регистрацию в специальном журнале (п. 5) и необходимость ознакомления с таким распоряжением представителя юридического или физического лица перед началом проведения обследования с вручением под роспись его копии (п. 10). Таким образом, в качестве юридического основания для проведения гласного обследования Инструкция указывает письменное распоряжение уполномоченного руководителя ОВД.

Следует отметить, что введение документа с таким названием в нормативный правовой акт, регламентирующий ОРД, является своего рода новеллой¹, а потому требует уяснения его правового значения. В юридической терминологии распоряжение, в качестве акта правоприменения, понимается как одна из форм приказа руководителя подчиненным о необходимости совершения ими определенных действий², т. е. исходя из семантического толкования распоряжение должно носить обязательный характер лишь для оперативных сотрудников, которым оно адресовано, но не для владельцев (пользователей) объектов, в которых проводится обследование. Вместе с тем рекомендуемый в приложении к Инструкции образец распоряжения соответствует традиционной структуре процессуальных постановлений, включающих вводную, описательно-мотивировочную и резолютивную части. Данное обстоятельство, по мнению некоторых ученых, теоретически можно считать достаточным для утверждения об обяза-

¹ Упоминание о такого рода документе нам удалось встретить лишь в работе Н.С. Железняк. См.: Железняк, Н.С. О недостатках проекта инструкции о порядке проведения сотрудниками ОВД гласного оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» / Н.С. Железняк // Оперативник (сыщик). № 3(24). 2010. С. 25.

² Барихин, А.Б. Большой юридический энциклопедический словарь / А.Б.Барихин. М., 2004. С. 529.

тельности исполнения такого распоряжения для юридических и физических лиц, в отношении которых оно вынесено, но при этом они убеждены, что этого недостаточно для практики проведения гласного обследования без добровольного согласия владельца помещения¹. Таким образом, само название документа и его структура содержат некоторую смысловую неопределенность для участников правоотношений, на регулирование которых он направлен.

Семантическая двусмысленность рекомендуемого образца распоряжения на проведение гласного обследования не ограничивается вышеизложенным, поскольку в его тексте для перехода к резолютивной части вместо содержащегося в первоначальной редакции Инструкции слова «распорядился» используется глагол «предлагаю», который хотя и употребляется в русском языке многозначно: как «представить на обсуждение», так и «потребовать, предписать что-либо сделать»², тем не менее, он не носит императивного характера и допускает определенную свободу выбора субъекта правоотношения дать согласие или отказаться от предложенного варианта поведения. Смысл используемых в тексте распоряжения терминов особое значение имеет для лиц, чьи права могут быть ограничены этим правоприменительным актом. Если, к примеру, в постановлении следователя содержится фраза: «постановил провести обыск в помещении», то это однозначно воспринимается любым владельцем помещения как требование, обязательное к исполнению. Если же юридически подготовленному лицу предъявляют для ознакомления документ под названием «распоряжение», резолютивная часть которого при этом начинается глаголом «предлагаю», то он с полным основанием может отказаться от такого «предложения», объяснив это тем, что содержащееся в нем предписание не носит для него обязательного характера. В связи с этим становится непонятным, какой смысл закладывали разработчики инструкции в смену терминов, которым озаглавлена резолютивная часть распоряжения.

Однако смягчение терминологии, на наш взгляд, вряд ли можно расценивать, как предоставление свободы выбора владельцам объектов обследования. Такая иллюзия полностью рассеивается при озна-

¹ Поляков, М.П. Некоторые аспекты нарушения законности при реализации гласного оперативного обследования (как проявление методологической проблемы дифференциации ОРД на гласную и негласную) /М.П.Поляков, В.В.Терехин // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. № 17. 2012. С. 242.

² Ожегов, С.И. Словарь русского языка / С.И. Ожегов. М., 1964. С. 570.

комлении с п. 8 Инструкции, предусматривающим возможность привлечения к этому ОРМ сотрудников подразделений специального назначения ОВД «в целях обеспечения физической защиты сотрудников, проводящих обследование». И хотя здесь не говорится о необходимости преодоления противодействия со стороны владельцев обследуемых объектов, но логическое толкование этой нормы позволяет понять, что необходимость в физической защите может возникнуть лишь в случае принудительного воздействия на владельцев помещения при их отказе от добровольного выполнения распоряжения о проведении обследования.

Несмотря на указанные выше смысловые неточности рассматриваемого нормативного правового акта и мнение специалистов, его содержание в целом не вызывает сомнений в допустимости применения принуждения при гласном обследовании нежилых помещений не только у самих правоприменителей, но и у корпоративных юристов и адвокатского сообщества, которые, надо отдать должное, достаточно терпимо отнеслись к появлению этого документа¹.

В то же время, анализ содержания Инструкции МВД позволяет обнаружить в ее положениях ряд более серьезных недостатков, несущих в себе потенциальную угрозу нарушений прав личности в процессе гласных обследований. Во-первых, обращает на себя внимание несоответствие ее содержания названию, поскольку исходя из своего названия Инструкция должна регулировать, прежде всего, порядок проведения обследования, а не изъятия предметов и документов, чему фактически посвящена большая часть ее текста. Во-вторых, в ней не установлены цели обследования, права и обязанности должностных лиц при проведении собственно обследования, пределы их полномочий, порядок и содержание действий по обследованию. В-третьих, документ не закрепляет обязательность разъяснения владельцам обследуемых объектов их прав, в том числе, права на обжалование распоряжения о проведении обследования и действий должностных лиц, проводящих обследование. В-четвертых, Инструкция не дает ответа на вопрос об обеспечении в процессе обследования конституционного права граждан на квалифицированную юридическую помощь, т. е. о возможности участия в обследовании адвоката. В-пятых, анализируемый нормативный

¹ Комлев, В.М. О проводимых полицией гласных оперативно-розыскных мероприятиях / В.Н.Комлев. Российский следователь. № 19. 2011. Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс» (дата обращения: 18.04.2016); Чистоделов, А.В. Границы прав «милиции-полиции» в части проверок юридических лиц в рамках ОРД / А.В.Чистоделов. Уголовный процесс. № 1. 2011. С. 10–14.

акт не устанавливает пределов принуждения при проведении обследования в случае отказа владельцев впустить должностных лиц в обследуемое помещение, «умалчивает» о возможности либо невозможности ограничения в передвижении лиц, находящихся в нем, их личной неприкосновенности и неприкосновенности их личных вещей и других мер, ограничивающих права и свободы присутствующих лиц.

Отсутствие положений, регулирующих обозначенные нами вопросы, отчасти попытался восполнить один из разработчиков Инструкции в своем комментарии, в котором разъяснил, что при гласном обследовании допустимо не только визуальное изучение объекта, но и вскрытие как очевидных, так и тайных мест хранения имущества и документов, а также нарушение целостности предметов¹. Однако с таким «разъяснением» вряд ли можно согласиться в силу следующих обстоятельств. Во-первых, ст. 15 Закона об ОРД не наделяет оперативных сотрудников правом на вскрытие помещений, как это предусмотрено в ч. 6 ст. 182 УПК РФ или ч. 4 ст. 15 Федерального закона «О полиции», а потому такие действия при осуществлении ОРМ не будут основаны на законе. Во-вторых, вскрытие мест хранения с целью обнаружения искомых предметов и документов выходит за рамки содержания данного ОРМ, которое согласно доминирующему в настоящее время доктринальному толкованию должно ограничиваться только осмотром обследуемого объекта², т. е. визуальным способом получения информации.

В разделе Инструкции, регулирующем порядок изъятия предметов и документов, не определены основания для изъятия, не указаны предметы которые допустимо изымать при проведении гласного обследования. Если п. 12 Инструкции со ссылкой на Федеральный закон «О полиции» закрепляет ограниченный перечень допускаемых к изъятию предметов и документов, включая в их число документы, имеющие признаки подделки, а также вещи, изъятые из гражданского обо-

¹ См.: Соловьев, И.Н. Общедоступный регламент проведения ОРМ / И.Н. Соловьев. Налоговый вестник. 2010. № 9. Электронный ресурс: Консультант Плюс (дата обращения: 18.04.2015).

² См.: Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. М., 2014. С. 287; Оперативно-розыскная деятельность: учебник / под ред. И.А. Климова. М., 2014. С.211; Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / отв. ред. В.С.Овчинский; вступ. ст. В.Д. Зорькина. 2-е изд., доп. и перераб. М., 2014. С.100-101; Маркушин, А.Г. Оперативно-розыскная деятельность: учебник / А.Г.Маркушин. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2013. С. 177 и др. работы.

рота или ограниченно оборотоспособные, находящиеся у лиц без специального разрешения, то п. 13, отсылающий к ст. 15 Закона об ОРД, по существу снимает все ограничения, поскольку эта статья, исходя из ее буквального толкования, допускает возможность изъятия любых документов, предметов, материалов и сообщений по усмотрению оперативного сотрудника.

Ряд неясных правоприменителю вопросов порождает пункт 23 Инструкции, предусматривающий оформление результатов изъятия предметов и документов протоколом. Из его содержания непонятно: как должен называться этот протокол: изъятия или обследования; если составляется только протокол изъятия, то как оформляется факт проведенного обследования; надо ли составлять протокол, если в процессе обследования ничего не было обнаружено и изъято; какой документ должен составляться в случае добровольной выдачи искомым предметам и документам участниками обследования?

Пункт 25 Инструкции, закрепляющий структуру протокола, на наш взгляд, не согласуется с положением ст. 15 Закона об ОРД, предписывающим составлять протокол в соответствии требованиями уголовно-процессуального законодательства. По непонятной причине данный пункт не воспроизводит указанное законодательное положение, что в данном случае представляется более правильным и, по сути, ограничивает требования к составлению протокола, предусмотренные в ст. 166 УПК РФ. В частности, он не упоминает о необходимости отражения в протоколе порядка действий должностных лиц, в том числе о применении принудительных мер, а также обязательность записи о разъяснении участникам следственных действий их прав, обязанностей, ответственности и порядка производства обследования, которая удостоверяется подписями его участников. Выполнение же этих требований, на наш взгляд, представляется обязательным исходя из взаимосвязанных положений ст. 15 Закона об ОРД и ст. 166 УПК РФ.

Кроме того, Инструкция «умалчивает» о сроках хранения изъятых предметов и документов, о судьбе этого имущества в случаях отсутствия оснований для возбуждения уголовного дела и других вопросах, связанных с ограничением в процессе обследования права собственности, гарантированного ст. 35 Конституции РФ.

Указанные выше недостатки Инструкции, на наш взгляд, допускают неограниченное усмотрение правоприменителей, приводящие на практике к нарушениям закона и прав личности при проведении гласных обследований. На многочисленность таких фактов в деятельности

оперативных сотрудников ОВД обращалось внимание в официальной информации Генеральной прокуратуры России по итогам целевой проверки соблюдения законности при проведении обследований в оперативных подразделениях МВД России в 2010 году. В ходе такой проверки было установлено 672 нарушения, что значительно превысило показатель предыдущего года, когда таких нарушений было выявлено 454. Таким образом, после принятия Инструкции о порядке проведения гласного обследования, нарушений закона выявлено прокурорами почти в полтора раза больше, т. е. этот нормативный акт, призванный упорядочить действия оперативных сотрудников, не только не укрепил законность обследований, но, наоборот, привел к росту беззакония. В числе наиболее распространенных нарушений закона Генеральная прокуратура указала на отсутствие достаточных оснований для проведения гласных обследований, нарушение процедуры данного ОРМ, непринятие мер по сохранности изъятого имущества, приводящих к причинению ущерба субъектам предпринимательской деятельности и т. д. В ее информации приводились также судебные решения, которыми незаконными признавались факты гласных обследований производственных объектов, проводимых без согласия руководителя предприятия и сопровождаемых принудительным изъятием документов и компьютерной техники¹.

Много свидетельств нарушения прав личности при проведении гласных обследований приводится и в обращениях, поступающих в Конституционный Суд России. Весьма показательным в этом отношении представляется дело, рассмотренное одним из районных судов г. Санкт-Петербурга по жалобе предпринимателя на действия оперативного сотрудника, который дважды производил обследование его торгового помещения с изъятием всего находившегося в продаже товара. В первом случае обследование проводилось на основании предусмотренного Инструкцией распоряжения руководителя ОВД для проверки имевшейся информации о продаже контрафактной продукции, которое началось с проверочной закупки батарейки в качестве контрольного образца, а завершилось изъятием товара, оформленного протоколом осмотра места происшествия. Через неделю, не возбудив уголовное дело ввиду отсутствия оснований по факту изъятия первой партии товара, он провел повторное обследование с изъя-

¹ Генеральная прокуратура проверила исполнение требований Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» в органах внутренних дел. URL: <http://genproc.gov.ru/smi/news/archive/news-74508/> (дата обращения: 7.12.2013).

тием, объяснив предпринимателю, что действует на основании предыдущего распоряжения своего руководителя. При этом изъятое имущество, находившееся в упакованных коробках, не осматривалось, не описывалось и не производился его количественный учет.

Рассматривая жалобу предпринимателя на действия оперативного сотрудника, суд принял во внимание пояснения последнего о том, что к моменту судебного заседания экспертиза подтвердила контрафактность изъятого в первый раз товара, а потому пришел к выводу о законности его действий по первому эпизоду. В то же время проведение повторного обследования без вынесения нового распоряжения было признано незаконным и принято решение о возвращении изъятого у предпринимателя в ходе гласного обследования товара¹. Показательным в этой истории является то, что оперативный сотрудник, будучи убежденным в законности своих действий, попытался оспорить судебное решение в апелляционном и кассационном порядке, несмотря на то, что служебная проверка признала неправомерность повторного обследования. Приведенный пример, на наш взгляд, может говорить о многом, и в том числе о неопределенности положений Инструкции, которые допускают такое ее толкование правоприменителями, которое приводит к необоснованному ограничению прав личности.

Не решает указанные нами проблемы применения гласного обследования и авторский проект оперативно-розыскного кодекса В.Ф.Луговика, в котором данному ОРМ посвящена статья 52, названная «Оперативный осмотр»². Соглашаясь с предложением автора проекта о целесообразности переименования обследования на оперативный осмотр и необходимости более детальной его регламентации, полагаем, вместе с тем, обратить внимание на ряд спорных моментов указанной статьи проекта. Во-первых, в части третьей ст. 52 предлагается предусмотреть возможность вскрытия запертых хранилищ в процессе оперативного осмотра жилища, если об этом прямо указано в судебном решении. Однако такое дозволение, на наш взгляд, превращает оперативный осмотр в фактический обыск, т. е. допускает подмену принудительного процессуального действия, предусмотренного ст. 182 УПК РФ, оперативно-розыскным мероприятием. Во-вторых, часть четвертая ст. 52 предусматривает возможность проведения гласного осмотра в отсутствие законного владельца осматриваемого помещения либо его представителя, никак при этом не огова-

¹ Архив Конституционного Суда РФ. Дело № 9544/15-01/13.

² Луговик В.Ф. Оперативно-розыскной кодекс Российской Федерации: авторский проект. Омск, 2014. С. 70.

ривая допустимость или, наоборот, недопустимость вскрытия запирающих устройств. В-третьих, ст. 52 проекта не наделяет владельцев осматриваемых помещений никакими правами, хотя по умолчанию допускает возможность принудительного осуществления оперативного осмотра помещений, в том числе жилых.

Существующие недостатки в правовом регулировании гласных обследований и сопровождающих его изъятий не оставлены без внимания законодателем, который неоднократно вносил дополнения в ст. 15 Закона об ОРД, детализирующие порядок производства изъятий при проведении ОРМ. В июне 2014 года Государственной Думой был принят к рассмотрению проект Федерального закона № 490175-6, в котором предложено установить предварительный прокурорский надзор за проведением гласных обследований нежилых помещений, зданий сооружений, участков местности и транспортных средств, используемых в предпринимательской деятельности путем письменного уведомления прокурора о планируемом ОРМ¹.

Внесение этого законопроекта, как следует из пояснительной записки к нему, обусловлено тем, что органы внутренних дел в ходе проведения гласного ОРМ, связанного с обследованием зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, не обеспечивают надлежащее соблюдение прав и свобод хозяйствующих субъектов и проводят их зачастую без достаточных оснований. Безусловно, предварительный прокурорский надзор за гласным обследованием заставит органы, осуществляющие ОРД, более обоснованно и избирательно принимать решения о проведении данного ОРМ. Однако предложенная разработчиками проекта процедура прокурорского надзора, предусматривающая 48-часовой срок рассмотрения уведомления о предполагаемом обследовании, представляет собой далеко не лучший вариант правового регулирования, поскольку, во-первых, это существенно затормозит оперативность и усложнит организацию проверки сигналов о противоправной деятельности, требующих немедленного реагирования в связи с опасностью сокрытия или уничтожения ее следов. Во-вторых, непонятно какое юридическое значение будет иметь постановление, выносимое прокурором по результатам рассмотрения уведомления; если его рассматривать как основание для гласного обследования, то правильней, наверное, было бы это прямо указать в законе.

¹ Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.04.2015).

Появление данного законопроекта можно расценить не только как меру по защите предпринимателей от необоснованных действий правоохранительных органов, но и как попытку легализовать возможность проведения гласного обследования в принудительном порядке, поскольку санкция прокурора делает легитимными любые, в том числе насильственные действия оперативных сотрудников. Узаконивая таким образом гласное обследование нежилых помещений инициаторы законопроекта по существу пытаются превратить его в процессуальное действие при отсутствии необходимых гарантий обеспечения прав личности, которые предусмотрены в УПК РФ.

В то же время применение принуждения означает ограничение того или иного конституционного права личности, т. е. правомерное сужение сферы ее действительной свободы¹, в связи с чем вполне естественно возникает вопрос об основаниях и пределах такого ограничения в процессе ОРД. Согласно ч. 3 ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены *федеральным законом* (курсив наш — А.Ч.) только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Соответственно, правовое регулирование, направленное на ограничение прав и свобод граждан, допустимо лишь федеральным законом, но не подзаконным нормативным актом ведомственного уровня, к числу которых относится рассматриваемая Инструкция. Закон же об ОРД закрепляет в ст. 15 лишь право на гласное проведение ОРМ, но не предусматривает возможности принудительной реализации этого права. Отсюда не могут не возникнуть определенные сомнения в конституционности данной Инструкции в той части, в которой она без прямого законодательного дозволения допускает применение принуждения при проведении гласного обследования.

Как отмечалось учеными-процессуалистами, применение принуждения должно отвечать ряду обязательных требований, включающих в себя: основанность принудительных мер на прямом указании закона; доказанность наличия соответствующих оснований; применение принуждения в установленных законом процессуальных формах; минимальность и действительная необходимость ограничения прав

¹ Петрухин, И.Л. Свобода личности и уголовно-процессуальное принуждение. М., 1985. С.4.

и свобод личности и др¹. В связи с этим, если признать объективную потребность в использовании мер государственного принуждения при проведении ОРМ, в том числе гласного обследования, необходимо разработать детальную процедуру осуществления таких принудительных мер и закрепить ее в законе, без чего такие меры применяться не могут².

Так, к примеру, ст. 182 УПК РФ, регламентирующая порядок проведения обыска, прямо закрепляющая полномочие на вскрытие любых помещений, если владелец отказывается добровольно их открыть, в то же время не дает права на повреждение имущества, не вызываемое необходимостью (п. 6); запрещая лицам, присутствующим в месте, где производится обыск, покидать его, а также общаться друг с другом или иными лицами до окончания обыска (п. 8), предусматривает возможность присутствия при производстве обыска защитника, а также адвоката того лица, в помещении которого производится обыск (п. 11); закрепляя обязанность следователя до начала обыска предложить добровольно выдать подлежащие изъятию предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела (п. 5), обязывает его принимать меры к тому, чтобы не были оглашены выявленные в ходе обыска обстоятельства частной жизни лица, в помещении которого был произведен обыск, его личная и (или) семейная тайна (п. 7). Закон же об ОРД аналогичных обязанностей и ограничений для должностных лиц, проводящих обследование, не предусматривает, тем самым неограниченно расширяет усмотрение должностных лиц при реализации полномочий на гласное осуществление ОРМ.

Вышеизложенное позволяет заключить, что существующее правовое регулирование гласного обследования, не предусматривающее оснований, условий и порядка применения принуждения в ходе его осуществления, не создает необходимых законодательных предпосылок для обеспечения принципа соблюдения прав и свобод человека и гражданина в ОРД. В этих условиях для признания допустимости принудительного гласного обследования его правовая регламентация требует кардинального совершенствования, как на законодательном, так и на подзаконном уровне.

¹ Петрухин, И.Л. Человек и власть (в сфере борьбы с преступностью). М., 1999. С. 235.

² Булатов, Б.Б. Государственное принуждение в уголовном судопроизводстве: монография. Омск. 2003. С. 238–240.

§ 2. Проверочная закупка

Понятие проверочной закупки, а точнее одной из ее разновидностей, имеет свое законодательное определение. Так, в ст. 49 Закона о наркотиках установлено, что проверочная закупка — это ОРМ, при котором с ведома и под контролем органов, осуществляющих ОРД, допускается приобретение наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, а также инструментов или оборудования. Несмотря на то, что это определение носит специальный характер, поскольку направлено на регулирование отношений в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотиков и психотропных веществ, оно вполне применимо и для иных направлений ОРД, таких как борьба с незаконным оборотом оружия, боеприпасов, взрывчатых, отравляющих веществ и других объектов, изъятых из гражданского оборота.

Более развернутое определение проверочной закупки, носящее общий характер, т. е. охватывающее любые ее разновидности, сформулировано в ст. 1 Модельного закона об ОРД¹. В ней рассматриваемое ОРМ определено как создание органом, осуществляющим ОРД, ситуации, в которой под оперативным контролем возмездно приобретаются товары или предметы без цели потребления или сбыта у лица, обоснованно подозреваемого в совершении преступления, с целью получения информации о вероятной преступной деятельности, а также решения иных задач оперативно-розыскной деятельности. Это определение получило свое нормативное закрепление в Наставлении об основах организации и тактики ОРД в органах внутренних дел, утвержденном приказом МВД России от 4 апреля 2013 года, а потому в настоящее время его можно считать легальным определением проверочной закупки.

Анализ этого определения позволяет обратить внимание на ряд его дискуссионных моментов, требующих обсуждения специалистами. Так, указание в определении на то, что проверочная закупка заключается в «создании ситуации», в которой приобретаются «товары или предметы», не вполне соответствует реальной действительности, поскольку чаще всего оперативные сотрудники используют естественно сложившиеся условия продажи (сбыта) запрещенных к обороту предметов и веществ, направляя своих «закупщиков» в заранее

¹ Модельный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» принят на двадцать седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ (постановление № 27-6 от 16 ноября 2006 года) [Электронный ресурс] // URL: <http://iacis.ru/upload/iblock/093/192.pdf> (дата обращения: 3 мая 2016 г.).

известные места или к заранее известным лицам, которые сами «создают ситуацию» сбыта, т. е. определяют безопасные для себя условия противоправных сделок.

Избыточным в легальном определении проверочной закупки представляется упоминание о том, что «товары или предметы» приобретаются «без цели потребления или сбыта», поскольку цель данного ОРМ определена как «получение информации..., а также решение иных задач ОРД». При этом цель проверочной закупки, сформулированная в определении как получение информации о «вероятной преступной деятельности», представляется недостаточно конкретной и внутренне противоречивой, поскольку объектом данного ОРМ является лицо, уже «обоснованно подозреваемое в совершении преступления».

Цели проверочной закупки более определенно и полно были сформулированы в предыдущем Наставлении МВД России об основах организации и тактики ОРД, поскольку включали в себя выявление, предупреждение, пресечение, документирование и задержание с поличным лиц, причастных к совершению преступлений. В дополнение к этому ученые НИИ ФСИН России предложили включить в определение еще одну цель, характерную для данного ОРМ — получение образца для сравнительного исследования¹, с чем нельзя не согласиться. При наличии таких подходов к определению целей проверочной закупки совершенно безосновательным представляется высказанное С.И. Захарцевым мнение о том, что проверочная закупка проводится лишь для «подтверждения или опровержения» противоправной деятельности проверяемого лица². Никак не аргументируя свою позицию по поводу определения цели проверочной закупки, ее автор, на наш взгляд, существенно выхолащивает содержание данного ОРМ и формирует весьма поверхностное представление о его возможностях.

В анализируемом легальном определении проверочной закупки содержится указание на ее предмет, в качестве которого определены «товары или предметы», что также представляет избыточным, по-

¹ Горяинов К.К., Вагин О.А., Исиченко А.П., Ковалев О.Г. Инициативный авторский проект Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» // Современные подходы к правовому регулированию оперативно-розыскной деятельности: инициативные авторские проекты Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» / Сост. В.Ф.Луговик. Омск, 2006. С. 85.

²Захарцев С.И. Теория и правовая регламентация оперативно-розыскных мероприятий: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2004. С. 24.

сколькx слово «закупка» в юридической терминологии означает приобретение товара¹, а «товар» — любой продукт производственно-экономической деятельности в материально-вещественной форме; объект купли-продажи, рыночных отношений между продавцами и покупателями². Таким образом, из самого названия рассматриваемого ОРМ вытекает, что его предметом выступает товар, т. е. любые объекты купли-продажи.

В этой связи отпадает необходимость законодательного установления перечня предметов закупки, как это предлагается профессором В.Ф. Луговиком, включившим в него «предметы, вещества, документы, аудиовизуальные произведения, базы данных в электронном виде, услуги, предприятия, земельные участки и иные объекты»³. Такая детализация порождает больше вопросов, чем снимает неясностей: например, специалистам трудно представить в качестве предмета закупки промышленное предприятие или земельный участок. Аналогичное замечание напрашивается и по поводу предложения уважаемого профессора о перечислении в законе средств платежа при осуществлении закупки.

По нашему мнению попытки перечислить в законе перечень предметов закупки, также как и средств платежа в процессе данного ОРМ, представляются нецелесообразными и бесплодными, поскольку в современном многообразии материального мира такие перечни будут очень быстро устаревать, а потому становиться ненужными. Более важным для законодательного регулирования проверочной закупки деление ее предметов на две группы: находящиеся в свободном обороте и тех, оборот которых запрещен или ограничен. Такое деление обуславливает различие в условиях проведения закупок, если первая группа предметов может приобретаться без вынесения постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД, то вторая — только на основании такого постановления.

Проверочная закупка основана на имитации гражданско-правовой сделки купли-продажи, а поэтому представляется вполне правомерным охарактеризовать ее содержание как совершение мни-

¹ Барихин А.Б. Большой юридический энциклопедический словарь. М., 2004. С. 189.

² Там же. С. 636.

³ Луговик В.Ф. Оперативно-разыскной кодекс Российской Федерации: авторский проект. Омск, 2014. С.72; Луговик В.Ф., Лихарев В.В. Оперативно-разыскной кодекс Российской Федерации: проект / под общ. ред. А.А. Агеева. М., 2015. С. 51.

мой сделки купли-продажи, т. е. сделки, совершаемой лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей гражданско-правовые последствия¹. Вполне очевидно, что со стороны оперативного подразделения при проведении проверочной закупки не ставится задача получения права собственности на приобретаемый товар.

Осуществление данного мероприятия становится возможным при условии легендирования его субъекта под обычного покупателя товаров и услуг, с которыми имеет дело продавец — проверяемое лицо. Поэтому отличительным признаком проверочной закупки становится обязательность использования легендирования в действиях оперативных работников или лиц, оказывающих им содействие.

Основываясь на перечисленных выше особенностях проверочной закупки, можно предложить следующее ее определение — *это оперативно-розыскное мероприятие, заключающееся в легендированном совершении мнимой сделки купли-продажи с лицом, в отношении которого имеются сведения о том, что оно подготавливает, совершает или совершило преступление с целью выявления, документирования и пресечения его противоправной деятельности, а также для решения других задач ОРД.*

Как отмечалось выше, первое легальное определение проверочной закупки было закреплено в Законе о наркотиках, что подчеркивает важность данного ОРМ, прежде всего, для решения задач по борьбе с незаконным оборотом наркотиков. Наши многолетние исследования позволяют утверждать, что проверочная закупка в современной оперативно-розыскной практике чаще всего применяется именно в этой сфере борьбы с преступностью и имеет ряд специфических особенностей, позволяющих выделить проверочные закупки наркотиков (далее — ПЗН) в особую группу, требующую более детального рассмотрения.

Незаконный оборот наркотиков в структуре современной российской преступности занимает весьма существенную долю, которая, к тому же имеет тенденцию к увеличению. Так, по данным Судебного департамента при Верховном Суде России, если в 2012 году было осуждено за совершение преступлений, предусмотренных статьями 228-234 УК РФ 106,4 тыс. человек, что составляло 14,3 % в структуре всех осужденных за преступления в Российской Федерации, в 2013 году эти показатели составили соответственно 109,2 тыс. человек²

¹ См.: Барихин А.Б. Большой юридический энциклопедический словарь. М., 2004. С. 328.

² Электронный ресурс. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=2362> (дата обращения: 4.04.2015).

и 14,8 %, а в 2015 году 114,6 тыс. человек¹ или 16,6 %. Приведенные цифры свидетельствуют, в том числе, и о наступательности правоохранительных органов в борьбе с этим видом преступности, поскольку выявить такие противоправные деяния, носящие, как правило, латентный характер, возможно только с помощью активных ОРМ, к числу которых относится проверочная закупка.

Однако наращивание усилий по выявлению и пресечению незаконного оборота наркотиков не должно сопровождаться умалением конституционного принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина при проведении ОРМ. В то же время, значительное количество жалоб, поступающих в Конституционный Суд и ЕСПЧ на нарушение прав обвиняемых в процессе проведения ПЗН и использования их результатов при рассмотрении уголовных дел, свидетельствует о том, что указанный принцип в деятельности по борьбе с незаконным оборотом наркотиков обеспечивается далеко не должным образом. Так, из всех решений Конституционного Суда, касающихся норм Закона об ОРД более 47 % были вынесены по жалобам лиц, привлеченных к уголовной ответственности за незаконный оборот наркотиков; при этом в 28,7 % жалоб ставился вопрос о нарушении прав личности при проведении ПЗН. В свою очередь ЕСПЧ к началу 2016 года уже принял постановления более чем по четырем десяткам жалобам российских граждан, в которых признал нарушение их прав при проведении данного ОРМ. По оценкам же экспертов в его производстве находится еще свыше 150 аналогичных жалоб².

Самым распространенным поводом обращений в Конституционный Суд и ЕСПЧ на нарушение прав личности при проведении проверочных закупок наркотиков является утверждение заявителей об имевшей место в их делах провокации преступления. Эти вопросы наиболее глубоко рассмотрены в решениях ЕСПЧ, в которых дается оценка не только конкретным действиям российских оперативно-розыскных служб с позиций международных стандартов обеспечения прав личности, но и указывается на системные проблемы уголовной юстиции нашего государства.

¹ Электронный ресурс. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=3418>. Дата доступа: 3.05.2016.

² Брейди Н. Использование результатов оперативно-розыскных мероприятий в уголовном процессе в свете решений ЕСПЧ по жалобам в отношении Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. № 5 (35). 2013. С. 30.

Первым из серии дел против России о проверочных закупках наркотиков стало Постановление ЕСПЧ по делу «Ваньян против Российской Федерации»¹, получившее большой резонанс среди практиков и ученых², поскольку впервые международным судебным органом была дана негативная оценка применению ПЗН российскими правоохранительными службами и сделан вывод о наличии провокации в действиях по разоблачению наркосбытчика.

История заявителя по этому делу весьма показательна с точки зрения оценки уровня профессионализма оперативных сотрудников. В 1999 году он был приговорен одним из районных судов г. Москвы к семи годам лишения свободы за приобретение с целью сбыта героина массой 0,318 грамма (в особо крупном размере) и сбыт части этого наркотика массой 0,008 грамма участнице проверочной закупки, действующей по заданию сотрудников уголовного розыска. Судебная коллегия Мосгорсуда оставила без удовлетворения кассационную жалобу осужденного, в которой ставился вопрос об отсутствии доказательств его вины в сбыте наркотиков и необходимости переквалификации его действий на их приобретение без цели сбыта, т. е. на менее тяжкое преступление. После этого последовало обращение Ваньяна в Европейский суд.

Получив уведомление ЕСПЧ о принятии жалобы Ваньяна к рассмотрению, заместитель Председателя Верховного Суда России инициировал проверку судебных решений по его делу и внес надзорное представление на имеющийся приговор. В ноябре 2000 года президиум Мосгорсуда в надзорном порядке пересмотрел приговор и квалифицировал те же самые действия осужденного по иному — как приобретение и хранение наркотика без цели сбыта, а размер наказания снизил до двух лет. Кроме того, на основании изданного ранее акта об амнистии суд освободил его от наказания. Однако, несмотря на принятые меры по исправлению допущенных судебных ошибок,

¹ Постановление ЕСПЧ от 15 декабря 2005 г. по делу «Ваньян против России» // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

² Гаврилов Б.Я., Боженко С. К вопросу о провокации преступлений (с учетом решений Европейского Суда по правам человека) // Уголовный процесс. № 5. 2006. С. 44–45; Горянов Ю.И. Законность действий сотрудников правоохранительных органов с точки зрения ЕСПЧ // Уголовный процесс. № 5. 2011. С. 30–35; Трубникова Т.В. Ограничение провокации от правомерного оперативно-розыскного мероприятия в практике ЕСПЧ и судов РФ // Уголовный процесс. № 12/ 2012. С. 44–52; Орлов Д.В. Развитие Европейским Судом по правам человека судебной интерпретационной деятельности по вопросу провокации преступления // Российская юстиция/ № 7/ 2013. С. 64–65.

ЕСПЧ сохранил за заявителем статус жертвы предполагаемого нарушения статьи 6 Конвенции вследствие провокации со стороны сотрудников милиции.

Вывод Европейского суда о наличии провокации базировался на отсутствии доказательств того, что преступление могло быть совершено без вмешательства «закупщицы», действующей по поручению милиции, и без достаточных оснований подозревать заявителя в распространении наркотиков (§ 49). Судом было отмечено, что обвинение заявителя в приобретении героина основывалось лишь на доказательствах, полученных в ходе проведения проверочной закупки, в том числе на показаниях «закупщицы» и сотрудников милиции. При этом «закупщица» указывала на отсутствие наркотика у самого заявителя и просила приобрести для нее дозу героина под предлогом снятия абстинентного синдрома. В свою очередь, из показаний сотрудников милиции следовало, что они располагали лишь оперативными данными о причастности заявителя к сбыту наркотиков, достоверность которых в суде не проверялась, а проверочная закупка проводилась для проверки этих сведений. При таких обстоятельствах суд надзорной инстанции был вынужден сделать вполне закономерный вывод, что заявитель приобретал героин не с целью сбыта и не продавал его, а выступал лишь в качестве пособника «закупщицы», действующей по поручению сотрудников милиции. Однако, несмотря на кардинальную переоценку действий заявителя судом надзорной инстанции, ЕСПЧ отметил, что им при этом не исследовался вопрос о возможной провокации со стороны сотрудников милиции и новый приговор был основан на тех же фактах, что и первоначальный, а потому не усмотрел оснований для прекращения дела (§§ 40, 41).

Дело Ваньяна получило поучительное завершение при его пересмотре в Президиуме Верховного Суда ввиду новых обстоятельств, возникших после вступления в силу решения ЕСПЧ. В его постановлении от 28 июля 2010 года было установлено, что проверочная закупка наркотиков, послужившая поводом и основанием возбуждения уголовного дела, изначально была незаконной, поскольку в материалах уголовного дела отсутствовало постановление, разрешающее ее проведение, что свидетельствует о нарушении требований ст. 8 Закона об ОРД. Президиум Верховного суда также указал, что простое заявление сотрудников милиции о наличии информации о причастности лица к распространению наркотиков, без надлежащей их проверки и приведения конкретных фактов, не может быть признано доказательством по делу. На основании этого был сделан вывод о незакон-

ности и необоснованности осуждения заявителя за приобретение наркотика для «закупщицы», а приговор в этой части был отменен с прекращением производства по делу за отсутствием состава преступления и признанием права на реабилитацию.

Кроме того, в указанном постановлении Президиума Верховного Суда получил переоценку и факт приобретения и хранения заявителем героина для личного потребления, вес которого на момент вынесения приговора относился к особо крупному размеру. В то же время после принятия Постановления Правительства Российской Федерации от 7 февраля 2006 года № 76¹ вес изъятого у Ваньяна героина перестал соответствовать критерию даже крупного размера, а потому его действия утратили признаки вмененного ему преступления. Придя к такому выводу Президиум Верховного Суда прекратил производство по делу и в этой части. Таким образом, благодаря решению ЕСПЧ заявитель через одиннадцать с лишним лет после вынесения приговора был полностью реабилитирован.

Постановление ЕСПЧ по делу «Ваньян против России», вскрывшее серьезные ошибки правоприменительной практики, повлекло за собой принятие Пленумом Верховного Суда России разъяснений о том, что для признания законности проведения ПЗН необходимо, чтобы это мероприятие осуществлялось для решения задач, определенных в ст. 2 Закона об ОРД, при наличии оснований и с соблюдением условий, предусмотренных соответственно ст. ст. 7 и 8 указанного Закона. Исходя из этих норм, ОРМ может проводиться только при наличии у органа, осуществляющего ОРД, сведений об участии лица, в отношении которого осуществляется такое мероприятие, в подготовке или совершении противоправного деяния. Результаты же ОРМ могут использоваться в доказывании по уголовному делу, если они получены и переданы органу предварительного расследования или суду в соответствии с требованиями закона и свидетельствуют о наличии у лица умысла на незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников органов, осуществляющих ОРД².

¹ Постановление Правительства Российской Федерации от 7 февраля 2006 года № 76 «Об утверждении крупного и особо крупного размеров наркотических средств и психотропных веществ для статей 228, 228-1 и 229 Уголовного кодекса Российской Федерации» //Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

² П. 14 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 15 июня 2006 г. № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими

Эти разъяснения задают определенный ориентир для оперативных сотрудников, нацеливая их на обязательность собирания в процессе документирования преступной деятельности сбытчиков наркотиков сведений, подтверждающих наличие умысла на незаконный оборот наркотиков и совершения ими конкретных действий по подготовке к преступлению. Такие сведения могут содержаться в показаниях свидетелей, приобретавших наркотики у данного лица, в аудиозаписях его телефонных переговоров, в протоколах осмотра его электронной почты или SMS-сообщений и других источниках доказательств.

Вторым резонансным решением стало Постановление ЕСПЧ по делу «Худобин против России», в котором проведение проверочной закупки вновь было признано провокацией и сделан вывод о нарушении права заявителя на справедливый суд. Характерно, что обстоятельства проверочной закупки у Худобина мало чем отличались от дела Ваньяна. Также как и в предыдущем деле «закупщица», являвшаяся информатором милиции, попросила заявителя приобрести для нее одну дозу наркотика и передала ему для этого деньги, на которые он у своего знакомого купил 0,05 грамма героина и после чего был задержан. Суд признал его виновным в сбыте героина, но ввиду невменяемости назначил принудительное психиатрическое лечение.

Аргументируя свои выводы, Европейский суд привел четыре основных довода. Во-первых, внутригосударственное законодательство не должно позволять использование доказательств, полученных в результате подстрекательства со стороны государственных органов; если же оно это позволяет, то оно не отвечает принципу «справедливого правосудия» (§133). Во-вторых, информация о причастности заявителя к распространению наркотиков была получена из единственного источника — информатора сотрудников милиции, которая ничем не подтверждалась, а проверочная закупка была направлена не на поимку достоверно известного сбытчика, а на любое лицо, которое согласилось бы купить героин для информатора (§134). В-третьих, в деле заявителя проверочная закупка была санкционирована простым административным решением структурного подразделения, которое впоследствии проводило операцию; в тексте этого решения содержалось очень мало информации относительно причин и целей запланированного ОРМ, а операция не находилась под судебным или каким-либо иным независимым контролем (§135). В-четвертых, версия заявителя о провокации должным образом не проверялась судом, который ограничил-

и ядовитыми веществами» (в ред. Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30 июня 2015 г. № 30).

ся лишь допросом «закупщицы» и свидетеля, присутствующего при задержании заявителя; при этом, несмотря на просьбы стороны защиты в суде не были допрошены даже сотрудники милиции, проводившие проверочную закупку и участвующие в задержании заявителя, а также человек, продавший героин заявителю (§136)¹.

На решение Европейского Суда по делу «Худобин против России» отреагировал российский законодатель, который Федеральным законом от 24 июля 2007 г. № 211-ФЗ дополнил ст. 5 Закона об ОРД положением, прямо запретившим провокацию в оперативно-розыскной деятельности путем подстрекательства, склонения и побуждения в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий.

Однако введенные законодателем запреты на провокацию преступлений, а также разъяснения по этому вопросу Пленума Верховного Суда, к сожалению, оказались недостаточно надежным средством обеспечения прав граждан при проведении ПЗН. Об этом наглядно свидетельствуют выводы Постановления ЕСПЧ по делу «Веселов и другие против России» от 2 октября 2012 года, вынесенного сразу по трем самостоятельным жалобам российских граждан. Само по себе объединение в одно производство одновременно нескольких жалоб в практике ЕСПЧ означает признание им системного характера поднятой заявителями проблемы².

В указанном Постановлении было отмечено, что, несмотря на установленный законодателем запрет на провокацию преступлений, никакие законодательные или иные нормативные акты не дают определения или толкования данного термина или каких-либо практических указаний, как её избегать. Анализируя дела заявителей ЕСПЧ обратил внимание на то, что у всех трех заявителей основаниями проведения проверочной закупки были лишь сообщения наркозависимых информаторов, которые при этом в двух случаях ранее никогда не приобретали наркотики у этих лиц. Несмотря на то, что указанные информаторами лица не были ранее известны полиции как сбытчики наркотиков, полученные сведения без какой-либо проверки и без попытки применения других методов разоблачения заподозрен-

¹ Постановление ЕСПЧ от 26 октября 2006 г. по делу «Худобин против России» // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

² Ковлер А.И. Россия в Европейском Суде: 2012-й — год «большого перелома» // Российское правосудие. 2013. № 3 (83). С. 29; он же. Незамеченный юбилей (к 15-летию действия Европейской конвенции по правам человека в Российской Федерации) // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2013. № 6. С.13.

ных лиц были сразу реализованы путем проведения ПЗН и возбуждением уголовного дела. Исходя из таких обстоятельств был сделан вывод, что в делах заявителей у полиции не было достаточных оснований для проведения ПЗН.

Здесь же далее обращалось внимание на то, что в делах заявителей информаторы полиции одновременно выступали и в роли закупщиков, что в таких случаях, как неоднократно подчеркивалось ЕСПЧ, требует от них строго пассивного поведения, чтобы не подтолкнуть к совершению правонарушения. В то же время инициатива покупки наркотиков в делах заявителей исходила от закупщиков, которые в двух случаях фактически уговорили о продаже наркотиков в процессе многократных телефонных разговоров.

В Постановлении по делу «Веселов и другие против России» было особо акцентировано внимание на отмечавшийся в прежних решениях недостаток Закона об ОРД, предусматривающего лишь ведомственное санкционирование проведения ПЗН. Российский закон в этой части расходится с практикой, принятой большинством европейских государств, в которых правом на санкционирование проверочных закупок наркотиков обладают, как правило, суды либо органы прокуратуры. Указанный недостаток, по мнению ЕСПЧ, свидетельствует об отсутствии необходимых гарантий государственной защиты от провокаций со стороны полиции.

Несмотря на признание Европейским судом наличия серьезного законодательного дефекта в регулировании ПЗН его нельзя упрекнуть в предвзятости либо политизированности решений, выносимых по жалобам российских граждан, поскольку в своем более раннем Постановлении от 4 ноября 2010 года по делу «Банникова против России» он пришел к выводу, что жалоба заявительницы на провокацию была рассмотрена национальными судами соответствующим образом, ими были предприняты необходимые меры по установлению истины и устранению сомнений относительно возможности провокации, а вывод об ее отсутствии основан на разумной оценке достаточных доказательств. Кроме того, поводом к отказу в признании нарушения права Банниковой на справедливое судебное разбирательство в ее деле послужило то, что закупщиком в нем выступал не информатор, а оперативный сотрудник, который включился в сделку в то время, когда она уже была запланирована. При таких обстоятельствах у ЕСПЧ не возникло сомнения о возможной провокации в отношении Банниковой.

Вывод об отсутствии провокации со стороны сотрудников полиции был сделан и в Постановлении ЕСПЧ от 30 мая 2013 года по делу

«Давитидзе против России», в котором было установлено, что при рассмотрении уголовного дела заявителя в суде имелись свидетельские показания о наличии у подсудимого нескольких доз наркотиков и его готовность к их реализации даже без предварительной договоренности. Эти показания подтверждены фактом изъятия у заявителя еще одной приготовленной для продажи дозы наркотика, которую у него не просил участник проверочной закупки; при этом заявитель не подвергался какому-либо давлению, а предложение о приобретении у него героина заранее ему не поступало. В Постановлении также отмечалось, что в судебном заседании было проверено и не нашло своего подтверждения утверждение заявителя о принадлежности закупщика к числу постоянных осведомителей полиции.

Законными были признаны ЕСПЧ и действия оперативных сотрудников в постановлении по делу «Волков и Адамский против России». Оба заявителя, дававшие объявления об услугах по ремонту компьютеров, стали объектами проверочных закупок, в ходе которых они по просьбе оперативных сотрудников установили на их компьютеры контрафактное программное обеспечение, что послужило основанием для их привлечения к уголовной ответственности за нарушение авторских прав. В своих жалобах заявители утверждали, что стали жертвами незаконных провокаций, в ходе которых полицейские подстрекали их к совершению преступлений, а потому было нарушено их право на справедливое судебное разбирательство. Мотивируя свой отказ в удовлетворении жалобы ЕСПЧ указал, что заявители открыто сообщали о своих услугах по ремонту компьютеров и искали клиентов для оказания таких услуг, а когда полиция получила информацию о распространении ими контрафактного программного обеспечения, то у нее появилась обязанность проверить эти сведения; заявители не утверждали, что сотрудники полиции просили их установить именно нелегальные программы и пытались принудить их к совершению незаконных действий; они принесли нелегальные программы по собственной инициативе, что подтверждалось исследованными в судах записями разговоров и свидетельствовало о существовавшем преступном умысле на совершение преступления без активного вмешательства со стороны полиции (§§ 40–44)¹.

Мотивировка решений ЕСПЧ по этим трем делам представляет несомненный интерес для специалистов, поскольку позволяет обратить внимание на обстоятельства, позволяющие признавать законны-

¹ Постановление ЕСПЧ по делу «Волков и Адамский против России» от 26 марта 2015 г. // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

ми проводимые проверочные закупки, и показывает критерии отграничения допустимых действий от незаконной провокации, которые могут применяться при документировании противоправных действий проверяемых и разрабатываемых лиц, прежде всего по делам о незаконном обороте наркотиков.

Достаточно значимым представляется нам Постановление ЕСПЧ по делу «Лагутин и другие против Российской Федерации» от 24 апреля 2014 года, вынесенном сразу по пяти жалобам российских граждан, которые были осуждены на основании результатов ПЗН. В отличие от прежних решений в новом постановлении Европейский суд в силу недостаточности представленных сторонами материалов не смог установить, имелись ли у оперативных сотрудников полиции достаточные основания для проведения ПЗН и оказывали ли закупщики давление на заявителей для принуждения к совершению сбыта наркотиков, а потому сосредоточил свое внимание на проверке процедуры оценки доводов о подстрекательстве российскими судами при рассмотрении дел по существу.

Принимая во внимание значимость негласных операций для исхода уголовного преследования и высокий риск провокации, ЕСПЧ указал на обязанность российских судов убедиться в том, что порядок назначения и проведения проверочных закупок исключал возможность подстрекательства, что предполагает необходимость установить в состязательной процедуре мотивы проведения ПЗН и характер воздействия, которому подвергался заявитель. При этом судебная проверка довода о подстрекательстве составляет единственное эффективное средство установления оснований для негласных операций и позволяет удостовериться в том, что во время этих операций закупщики действовали «пассивным образом», а бремя доказывания отсутствия подстрекательства возлагается на сторону обвинения. ЕСПЧ далее отметил, что во всех уголовных делах, в которых полиция ссылаясь на секретную информацию из нераскрытых источников, уличающую заявителей в сбыте наркотиков, суды должны установить наличие такой информации до первого контакта между негласным сотрудником и подозреваемым, оценить содержание этой информации и решить, должна ли она быть раскрыта защите. При обстоятельствах дел заявителей довод о подстрекательстве не мог быть рассмотрен без истребования всех имеющихся оперативных материалов, уличавших заявителей, однако суды не пытались проверить утверждения сотрудников полиции и приняли их неподтвержденные заявления о наличии достаточных оснований подозревать заявителей, отклонив довод о подстрекательстве в нарушение своих процессуальных обяза-

тельств. Уклонение судов в рассмотрении этих вопросов, как подчеркнул ЕСПЧ, невосполнимо скомпрометировало исход судебного слушания, которое в целом не соответствовало фундаментальным гарантиям справедливого судебного разбирательства. Таким образом, в деле «Лагутины и другие против России» главную вину в нарушении прав заявителей ЕСПЧ возложил не на оперативные службы, проводившие проверочные закупки наркотиков, а на суды, которые не исполнили свою обязанность проведения эффективной судебной проверки действий правоприменителей, тем самым лишив заявителей единственной гарантии против полицейской провокации в условиях ведомственного санкционирования этого ОРМ.

Число постановлений ЕСПЧ по жалобам российских граждан на нарушение их прав при проведении ПЗН продолжает расти. Так, 27 ноября 2014 года было оглашено постановление по делу пяти заявителей «Еремцов и другие против России», 30 апреля 2015 года — по делу пяти заявителей «Сергей Лебедев и другие», 15 марта 2016 года — по делу тринадцати заявителей «Егоров и другие против России», 22 марта 2016 года по делу девяти заявителей «Акулинин и другие против России» и т. д. Во всех этих решениях, аналогичных в своей мотивировочной части, повторялось, что в российской правовой системе отсутствует ясная и предсказуемая процедура санкционирования проверочных закупок, что является структурной проблемой, подвергающей заявителей произволу со стороны правоохранительных органов и не позволяет национальным судам произвести эффективное рассмотрение их доводов о провокации¹.

Выводы ЕСПЧ о системном характере нарушений прав заявителей подтверждаются и материалами жалоб, поступающих в Конституционный Суд Российской Федерации. В них можно найти достаточно свидетельств того, что при проведении проверочных закупок правоприменителями не принимается должных мер к тому, чтобы обнаружить и зафиксировать доказательства наличия у виновного умысла на незаконный оборот наркотических средств, сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений, а также проведения лицом подготовительных действий, необходимых для совершения противоправного деяния. В обвинительных приговорах по таким делам в качестве доказательств вины нередко фигурируют только акты проверочных закупок, наркотические средства, выданные закупщиком, а также

¹ П. 19 Постановления ЕСПЧ по делу «Сергей Лебедев и другие против России» от 30 апреля 2015 года // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

показания закупщика, оперативных сотрудников, проводивших данное ОРМ и граждан, привлекаемых в качестве понятых. При этом отсутствуют какие-либо свидетельские показания о причастности обвиняемого к другим фактам сбыта наркотиков; факты обнаружения у него наркотиков либо их прекурсоров в процессе обысков; данные прослушивания телефонных переговоров, а также иные материальные следы, подтверждающие его причастность к наркобизнесу.

В решениях Конституционного Суда по жалобам граждан, в которых утверждалось об имевшей место провокации преступлений, неоднократно отмечалось, что проведение проверочной закупки наркотиков должно основываться на предписании части восьмой статьи 5 Закона об ОРД, прямо запрещающей при осуществлении ОРМ подстрекать, склонять, побуждать граждан в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий, т. е. совершать действия, провоцирующие граждан на незаконный оборот наркотиков¹. Вряд ли соответствующему этому законодательному требованию можно признать такие приемы, когда условиями согласия на сбыт наркотического средства при проверочной закупке становилось их последующее совместное употребление, обещание закупщика вернуть денежный долг, апеллирование к чувству жалости под предлогом необходимости снятия абстинентного синдрома и т. п.

При принятии решения на проведение ПЗН следует исходить из того, что ее объектом должно быть лицо, владеющее наркотиками и занимающееся их регулярным сбытом, а не рядовой потребитель, способный оказать лишь посредничество в приобретении наркотиков, а потому не подлежащий привлечению к уголовной ответственности.

Возможность обеспечения объективной судебной проверки отсутствия признаков провокации в действиях оперативных сотрудников может быть обеспечена путем аудио- и видеозаписи действий участников проверочной закупки с помощью специальных технических средств (далее — СТС). Небезинтересно, что вопрос об этом ставится даже в конституционных жалобах, в которых предлагается в части 3 ст. 6 Закона об ОРД закрепить не право на использование СТС, а обязанность ее применения при проведении проверочной закупки наркотиков.

Однако применение СТС должно осуществляться с учетом того, какие разговоры записываются и где они происходят. Если в процессе проведения проверочной закупки происходят переговоры закупщика с проверяемым лицом по телефону, то их запись будет ограничивать

¹ Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 19 февраля 2009 года № 91-О-О, от 26 января 2010 года № 81-О-О, от 23 сентября 2010 года № 1198-О-О и др.

право на тайну телефонных переговоров, а потому требует предварительного судебного решения либо их последующего санкционирования судом в соответствии с положением ч. 3 ст. 8 Закона об ОРД.

Таким же образом должен решаться вопрос об использовании аппаратуры аудио- и видеозаписи в случаях, когда проверочная закупка происходит в квартире предполагаемого сбытчика. Само по себе вхождение закупщика в жилое помещение с согласия проживающего в нем лица не может рассматриваться как ограничение права на неприкосновенность жилища, но если при этом он негласно вносит с собой радиомикрофон, видеорегистратор либо иное специальное техническое средство, предназначенное для негласного получения информации, то для этого требуется судебное разрешение, поскольку согласия владельца жилья на это он не получал. Такой вывод напрямую вытекает из правовой позиции Конституционного Суда, сформулированной в Определении от 14 июля 1998 года № 86-О, согласно которой при проведении любых ОРМ конституционное право гражданина на неприкосновенность жилища не может быть ограничено без судебного решения. Кроме того, при решении подобных задач в практике ОРД следует учитывать и решение ЕСПЧ по делу «Быков против России» от 10 марта 2009 г., в котором негласная запись с помощью радиомикрофона разговоров, состоявшихся в жилом помещении без судебного решения была признана нарушившей права заявителя.

Нельзя не согласиться с выводами ЕСПЧ, касающимися неэффективности ведомственного санкционирования ПЗН, о чем также свидетельствуют материалы конституционных жалоб. В них неоднократно обращалось внимание на то, что вопреки законодательному установлению о проведении ПЗН на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего ОРД, такие постановления, как правило, утверждаются их заместителями и нередко должностными лицами, исполняющими обязанности заместителей, но не наделенных соответствующими полномочиями. Произвольное понижение ранга должностного лица, санкционирующего ПЗН, приводит к снижению ответственности исполнителей и создает условия для злоупотреблений. Из материалов жалоб усматриваются факты вынесения постановлений о ПЗН после их фактического проведения, отсутствие в постановлениях сведений об объектах проводимых мероприятий, их месте и времени и т. д. Практике известны многие случаи фальсификаций при проведении ПЗН¹.

¹ Полицейские заплатят личными средствами за фальсификацию дела // Уголовный процесс. 2012. № 6. С.33; Адвокат «выявил» оперативников-

В этих правовых реалиях выводы и рекомендации ЕСПЧ должны послужить сигналом законодателю о необходимости установления независимого предварительного контроля за проведением ПЗН, который, на наш взгляд, мог бы быть возложен на органы прокуратуры.

Весьма актуальной для современной оперативно-розыскной практики является проблема обеспечения законности и прав личности при проведении повторных ПЗН, поскольку Закон об ОРД и ведомственные инструкции данный вопрос не регулируют. Этот нормативный пробел вынужден был восполнить Верховный Суд, разъяснивший в обзоре судебной практики, что проведение повторной проверочной закупки у одного и того же лица, должно быть обосновано и мотивировано, в том числе новыми основаниями и целями, и с обязательным вынесением нового мотивированного постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего ОРД¹. Целями повторного ОРМ могут являться пресечение и раскрытие организованной преступной деятельности и установление всех ее соучастников, выявление преступных связей наркоторговцев, установление каналов поступления наркотиков, выявление подпольных нарколабораторий. Кроме того, это могут быть случаи, когда в результате проведенного ОРМ не были достигнуты цели мероприятия (например, сбытчик наркотического средства догадался о проводимом мероприятии). Если при рассмотрении уголовного дела суд установит отсутствие новых оснований для проведения повторного ОРМ, то, как следует из разъяснений Верховного Суда, доказательства, полученные в результате такого мероприятия, должны признаваться недопустимыми, поскольку согласно положениям закона данное ОРМ должно проводиться, прежде всего, с целью выявления и пресечения преступной деятельности.

Руководствуясь данными разъяснениями, суды в последнее время стали более требовательно подходить к оценке допустимости доказательств, полученных на основе использования результатов ПЗН. Так, рядом определений Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации были изменены приговоры лиц,

фальсификаторов // Уголовный процесс. 2013. № 4. С 7; Кассационное определение Верховного Суда Российской Федерации от 15 марта 2006 года № 56-005-110сп // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

¹ Обзор судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ. Утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 27 июня 2012 года // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

осужденных за три эпизода покушения на незаконный сбыт наркотиков по результатам проведенных ПЗН. Обосновывая свои решения Судебная коллегия указала на то, что имевшие место по этим делам повторные проверочные закупки не вызывались необходимостью, поскольку проводились в отношении известных лиц и не преследовали никаких новых целей, в частности по выявлению каналов поступления наркотиков либо установлению иных лиц, причастных к их незаконному обороту. При таких обстоятельствах проведение повторных ПЗН было признано незаконным, поскольку они проводились вопреки задачам ОРД, одной из которых является пресечение преступлений¹.

Приведенные правовые позиции Верховного Суда не следует рассматривать как полный запрет на проведение повторных проверочных закупок. Из них следует вывод, что решение на повторную ПЗН в отношении одного и того же лица должно быть обосновано необходимостью решения новых задач ОРД, которые не были решены в процессе первоначальных действий. Если в первом случае решалась задача проверки информации о причастности конкретного лица к сбыту наркотиков, то проведение повторной ПЗН может быть обусловлено необходимостью выявления соучастников преступной деятельности, каналов поступления наркотиков, обнаружения мест их хранения или изготовления, документирования организованной преступной деятельности и т. д.

Проблема обеспечения прав личности при проведении ПЗН, разумеется, не ограничивается вышеперечисленными аспектами. В конституционных жалобах граждан обращается внимание на многие другие вопросы, в том числе, связанные с обеспечением права на неприкосновенность личности и права на доступ к адвокату при задержании сбытчиков наркотиков с поличным, с процедурами оформления досмотра и выемки обнаруженных наркотиков, со своевременностью возбуждения уголовных дел по результатам ПЗН, с использованием незаинтересованных граждан в качестве понятых при документировании процесса проверочной закупки и т. д. Все эти проблемные вопросы требуют своего исследования с целью создания надежного механизма обеспечения конституционного принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина в оперативно-розыскной деятельности по борьбе с незаконным оборотом наркотиков.

¹ Определения Верховного Суда Российской Федерации от 19 июля 2012 года № 50-Д12-36, от 22 января 2013 года № 50-Д12-122 // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

§ 3. Оперативный эксперимент

Оперативный эксперимент можно отнести к одному из наиболее сложных ОРМ с точки зрения познания его сущности, видов, форм и условий проведения, а потому не случайно это мероприятие привлекало и привлекает внимание многих исследователей¹. Одним из первых на это обстоятельство обратил внимание профессор А.Ю. Шумилов, назвав оперативный эксперимент «специальным, или особо острым ОРМ», отличительной чертой которого является активное воздействие на преступную деятельность, сопряженное с реальной опасностью для оперативных сотрудников преступить грань дозволенного законом². Так же как и проверочная закупка, данное ОРМ основано на действиях, которые в определенных ситуациях расцениваются лицами, в отношении которых оно проводится, как незаконная провокация преступления, нарушающая их права. Об этом, в частности, свидетельствует то обстоятельство, что каждая десятая жалоба в Конституционный Суд на нормы Закона об ОРД связана с оперативным экспериментом и нарушением прав личности при его проведении. Практика применения оперативного эксперимента стала объектом внимания и Европейского суда по правам человека, который принял уже ряд постановлений по жалобам российских граждан, признав нарушение их прав действиями российских правоохранительных органов. Особенно наглядным примером наличия проблем в применении оперативного эксперимента стала скандальная история, связанная с возбуждением Следственным Комитетом России в 2014 более десятка уголовных дел в отношении руководства и оперативных сотрудников Главного управления экономической безопасности и противодействия коррупции (далее — ГУЭБиПК) МВД России за превы-

¹ См.: Маторин М.А. Правовое регулирование, организация и тактика оперативного эксперимента, осуществляемого оперативными подразделениями органов внутренних дел: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. 26 с.; Спиридонов П.Е. Эксперимент в оперативно-розыскной деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002. 22 с.; Малышев С.Я. Правовая, организационная и тактическая основы оперативного эксперимента (по материалам органов внутренних дел): Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. 207 с.; Оперативный эксперимент: вопросы теории и практики: Сборник научных трудов. М., 2005. 104 с.; Крюков В.Н. Оперативный эксперимент по делам о взяточничестве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Минск, 2010. 38 с.; Кучерук Д.С. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам о взяточничестве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2011. 37 с. и др.

² Шумилов, А.Ю. Юридические основы оперативно-розыскных мероприятий: учеб. пособие /А.Ю.Шумилов. М.: изд-ль Шумилова И.И., 1999. С.106.

шение должностных полномочий и фальсификацию результатов ОРД при проведении оперативных экспериментов.

Проблемы обеспечения законности и прав личности при проведении оперативного эксперимента, на наш взгляд, можно разделить на две группы: объективные, связанные с недостатками правового регулирования данного ОРМ, и субъективные, обусловленные непрофессионализмом оперативных служб.

В числе недостатков правового регулирования оперативного эксперимента следует, прежде всего, назвать отсутствие в Законе об ОРД определения данного ОРМ, которое раскрывало бы его содержание и делало единообразным его применение всеми субъектами ОРД. Поскольку содержание оперативного эксперимента законодатель не раскрывает, то каждый орган, осуществляющий ОРД, истолковывает его по-своему в ведомственных нормативных актах и, при этом, далеко не самым оптимальным образом. Так, в действующем Наставлении об основах ОРД ОВД оперативный эксперимент определен как ОРМ, «которое заключается в создании и обеспечении контроля условий, необходимых для документирования подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, в т.ч. в условиях обстановки максимально приближенной к реальности, вызывающей определенное событие либо воспроизведение события под контролем оперативного подразделения, с вовлечением лица, в отношении которого имеются данные о противоправной деятельности, без его уведомления об участии в оперативном эксперименте для выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступления, а также в целях выявления и установления лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших». Столь многословное и громоздкое определение оперативного эксперимента не раскрывает его содержание, характерные признаки и допустимые пределы, а потому не соответствует, на наш взгляд, требованиям принципа ясности правовой нормы.

При этом, из пяти пунктов Наставления, посвященных регламентации данного ОРМ, два воспроизводят законодательные нормы, а три других носят технический характер и не закрепляют никаких правил поведения участников оперативного эксперимента. При таком правовом регулировании оперативные сотрудники чувствуют себя достаточно свободно в выборе тактических приемов и способов своих действий.

К чему приводит такая свобода усмотрения наглядно видно из Постановления ЕСПЧ по делу «Александр Новоселов против России», в котором ставился вопрос о нарушении прав заявителя действиями полицейских, проводивших в его отношении оперативный

эксперимент, который был санкционирован постановлением руководства Главного управления МВД по одному из российских регионов. В ходе оперативного эксперимента заявитель был похищен действующими под видом частных телохранителей сотрудниками полиции, вывезен в лес и под пытками принуждался к даче показаний о своей причастности к покушению на убийство бизнесмена. После того, как под страхом лишения жизни он подписал продиктованные ему показания, он был доставлен к следователю для официального допроса, где сразу отказался от всего ранее подписанного и заявил о своем похищении и пытках. Впоследствии в ходе расследования покушения на убийство бизнесмена версия о причастности заявителя к данному преступлению не подтвердилась, а по его заявлению о похищении и пытках прокуратурой было вынесено постановление об отказе в возбуждении уголовного дела¹. Таким образом, прокуратура и суды, куда обращался заявитель с жалобами на отказ в возбуждении уголовного дела, признали действия полицейских по проведению оперативного эксперимента законными. Лишь после принятия ЕСПЧ окончательного решения по делу было возобновлено производство по жалобе заявителя и участники так называемого оперативного эксперимента были привлечены к уголовной ответственности.

Ввиду отсутствия законодательного определения оперативного эксперимента в науке ОРД накопилось немалое количество его доктринальных определений, авторы которых по-разному понимают содержание этого ОРМ. Такое положение, с одной стороны, вполне закономерно, поскольку чем «богаче» определяемый предмет, тем больше может быть и его определений². Множественность дефиниций оперативного эксперимента, скорее всего, означает многоаспектность его содержания и разницу в подходах к уяснению его сущности.

Значительная часть имеющихся в литературе определений оперативного эксперимента основывается на нормативной дефиниции, закрепленной в прежнем Наставлении об основах организации и тактики ОРД ОВД. В нем оперативный эксперимент был определен как ОРМ, *связанное с созданием негласно контролируемых условий и объектов для преступных посягательств, в целях выявления и задержания лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления*. Отсюда видно, что в основу определения положено

¹ Постановление Европейского суда по правам человека от 28 ноября 2013 года по делу «Александр Новоселов против России» // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

² Иванов Е.А. Логика. М., 2001. С. 80.

два отличительных признака оперативного эксперимента: 1) способ достижения цели (характер действий) и 2) цель мероприятия.

Способ достижения цели здесь сформулирован, по нашему мнению, не совсем удачно, поскольку его буквальное толкование позволяет свести суть мероприятия к искусственному созданию условий (пусть даже и контролируемых) для совершения преступлений. В работах ряда исследователей также отмечалось, что условия эксперимента предполагают «активное вмешательство в деятельность наблюдаемого»¹, призваны «способствовать проявлению намерений разрабатываемого», ««заставить» преступника проявить себя в действии»², т. е. подразумевают «наличие воздействия на тот или иной объект»³. Использование подобных формулировок можно истолковать как дозволение действий по провоцированию преступлений, что, на наш взгляд, дискредитирует сущность рассматриваемого ОРМ.

Наиболее точно суть оперативного эксперимента, по нашему мнению, была раскрыта в одном из первых открытых учебников по основам ОРД, охарактеризовавших его как «моделирование определенных условий»⁴. Моделирование как один из общенаучных методов борьбы с преступностью заключается в построении и изучении моделей каких-либо явлений и процессов⁵. Под моделью понимается система объектов или знаков, воспроизводящая некоторые существенные свойства системы-оригинала. Наличие отношения частичного подобия позволяет использовать модель в качестве заместителя или представителя изучаемой системы⁶. Использование термина «моделирование» в определении оперативного эксперимента, на наш взгляд, будет означать то же самое, что и «искусственное воспроиз-

¹ Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: комментарий. М., 1997. С. 248.

² См.: Яковлев А.А., Парадников А.Г. Оперативный эксперимент в раскрытии тяжких однородных преступлений // Актуальные проблемы теории и практики оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел в современных условиях: Сб. статей. Красноярск, 1997. С. 192.

³ См.: Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия в России и за рубежом: Монография /Под общей ред. В.П.Сальникова. СПб., 2004. С. 50.

⁴ Основы оперативно-розыскной деятельности / под ред. С.В. Степашина. СПб., 1999. С. 382.

⁵ См.: Белкин Р.С. Криминалистика: учебный словарь-справочник. М., 1999. С. 104.

⁶ Краткий психологический словарь / сост. Л.А.Карпенко; под общ. ред. А.В.Петровского, М.Г.Ярошевского. М., 1985. С. 186.

ведение условий», «создание контролируемых условий», «проведение опыта» и другие словосочетания, используемые разными авторами.

По-разному определяется в юридической литературе и цель проведения оперативного эксперимента. Сравнительный анализ имеющихся в литературе дефиниций позволяет выделить два основных подхода к определению его целей: нормативный (узкий) и доктринальный (широкий). Нормативный подход определен положениями указанного Наставления, в котором цель оперативного эксперимента сформулирована как «выявление и задержание лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление».

В свою очередь доктринальный подход основывается на более абстрактных теоретических взглядах исследователей о сущности оперативного эксперимента. Одним из первых широкий (доктринальный) подход в толковании оперативного эксперимента использовал А.Ю. Шумилов, который включил в его содержание «иные опытные действия», подразумевающие эксперименты по установлению возможности «наличия конкретного события (факта, явления, процесса) при определенных условиях; восприятия (слышимости, видимости и др.) конкретного события при соответствующих условиях», а также «для установления механизма совершения преступления»¹. Такой подход получил свое развитие в диссертационных исследованиях М.А. Маторина и С.Я. Малышева. По их мнению, оперативный эксперимент кроме решения задач по выявлению и раскрытию преступлений может использоваться для проверки и уточнения имеющихся данных о владении подозреваемыми определенными навыками; проверку оперативных версий и установление обстоятельств, способствующих совершению преступлений², а также для установления разведывательных способностей, личных и деловых качеств негласных сотрудников, осуществления контроля за их работой, проверки готовности сотрудников оперативных подразделений для получения допуска к государственной тайне, для проверки бдительности населения в условиях террористической угрозы и решения многих других частных задач, возникающих в процессе оперативно-розыскной деятельности³. Аналогичного понимания возможностей оперативного эксперимента придерживается и ряд других авторов⁴.

¹ Шумилов А.Ю. Указ. раб. С. 109.

² Маторин М.А. Организационно-тактические вопросы проведения оперативного эксперимента // Оперативно-розыскная работа: Бюллетень МВД России. 2003. № 2. С. 33.

³ Малышев С.Я. Указ. дис. С. 30–37.

⁴ См.: Оперативно-розыскная деятельность. Указ. раб. С. 368–369.

Такой широкий подход к определению сущности оперативного эксперимента представляется нам дискуссионным, поскольку в данном случае имеет место смешение рассматриваемого ОРМ с экспериментальным методом познания, используемым в ОРД¹, который относится к категории иного порядка. Экспериментальный метод лежит в основе не только оперативного эксперимента, но и другого ОРМ — проверочной закупки. Более того, он может использоваться в процессе применения ряда других ОРМ. Например, для достижения целей оперативного опроса могут проводиться опытные действия психологического характера (демонстрация фотографий, предметов, ознакомление с имеющимися доказательствами и т. д.); для отождествления личности разыскиваемого преступника можно окликнуть его по фамилии или по кличке и наблюдать за его реакцией; для осуществления оперативного внедрения перед разрабатываемыми лицами может быть инсценировано (имитировано) совершение агентом противоправного поступка и т. д. В приведенных примерах экспериментальный метод следует рассматривать как один из содержательных элементов, входящих в структуру мероприятия, либо как тактический прием.

Нельзя не обратить внимания на то, что во многих определениях оперативного эксперимента говорится о создании (воспроизведении, моделировании) условий, в которых могут проявляться противоправные намерения. Совокупность этих условий, а также реально существующее на данный момент состояние криминального события, по поводу которого осуществляется ОРМ, в науке ОРД принято рассматривать через категорию оперативно-розыскной ситуации². В связи с этим мы предлагаем определять суть оперативного эксперимента как моделирование оперативно-розыскной ситуации, которая обеспечивает, с одной стороны, свободу выбора и возможность альтернативного поведения проверяемого лица, а с другой — контроль за его действиями со стороны оперативных работников.

Одним из отличительных признаков оперативного эксперимента, на наш взгляд, выступает дуалистический характер его объектов, что должно найти отражение в его определении. Нами уже отмечалось, что оперативный эксперимент может проводиться как в отношении конкретных лиц, обоснованно подозреваемых в преступной деятель-

¹ Об этом см.: Спиридонов П.Е. Указ. раб. С. 11.

² См.: Самойлов В.Г. Сущность оперативно-розыскной тактики. — М., 1984. С. 11; Давыдов С.И. Ситуационный подход в теории и практике оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: Монография. Барнаул, 2009. С. 109.

ности (получении взяток, торговле оружием, операциях с наркотиками и т. п.), так и в отношении неопределенного круга неизвестных лиц, совершающих серийные преступления, путем применения различных «ловушек» и «приманок»¹, с целью установления тех, кто к ним причастен. Такая позиция разделяется и рядом других авторов².

Учитывая вышеизложенное, оперативный эксперимент можно определить как оперативно-розыскное мероприятие, *основанное на моделировании оперативно-розыскной ситуации, позволяющей опытным путем обнаружить противоправные действия как находящихся под контролем, так и неизвестных лиц, в целях обнаружения и пресечения преступных деяний, а также выявления и задержания лиц, их готовящих или совершающих.*

Оперативный эксперимент имеет определенное сходство с проверочной закупкой, которая также основана на моделировании оперативно-розыскной ситуации, позволяющей опытным путем обнаружить противоправные действия лиц, занимающихся незаконным сбытом предметов и веществ, изъятых из гражданского оборота. В связи с этим на практике оперативным экспериментом иногда ошибочно, на наш взгляд, называется фактически проведенная проверочная закупка³. В то же время между этими двумя ОРМ имеются существенные различия, которые позволяют их разграничивать. Во-первых, проверочная закупка проводится в отношении более узкого круга объектов — лиц, подозреваемых в совершении незаконного оборота запрещенных предметов и товаров либо противоправной деятельности в сфере торговли и оказания услуг. Во-вторых, в основе проверочной закупки лежит имитация сделки купли-продажи по приобретению товаров или услуг. В то же время в оперативном эксперименте моделируются ситуации типичные для самых различных преступлений: мошенничеств, карманных краж, угонов автотранспорта, получения взяток и т. д.

Оперативный эксперимент во многих случаях в качестве обязательного элемента организации предполагает использование различных материальных объектов, являющихся традиционными предметами преступного посягательства: автомобили, чемоданы, сумки, меховые голов-

¹ Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий / Под ред. В.В. Николюка, В.В. Кальницкого, А.Е. Чечетина. Омск, 1996. С. 31.

² Основы оперативно-розыскной деятельности. Указ. раб. С. 382; Оперативно-розыскная деятельность. Указ. раб. С. 370.

³ Траян И.С. Предупреждение и пресечение захвата воздушных судов // Оперативно-розыскная работа: Бюллетень МВД России. 2001. № 2. С. 16.

ные уборы, драгоценности, денежные средства и т. д. Для проведения оперативного эксперимента могут также подбираться, оборудоваться или создаваться помещения-ловушки, квартиры-ловушки или фирмы-ловушки. В последние годы для борьбы с преступностью в глобальных компьютерных сетях стали использоваться серверы-ловушки¹. Все перечисленное, на наш взгляд, можно назвать легендированными объектами, поскольку их использование направлено на маскировку действий оперативных работников и введение в заблуждение разрабатываемых лиц². К категории таких объектов относятся и легендированные предприятия, предусмотренные п. 5 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД. По поводу статуса легендированных предприятий учеными высказываются диаметрально противоположные точки зрения: одни полагают, что их создание и использование следует относить к числу самостоятельных ОРМ³, по мнению других, такие действия следует рассматривать как разновидность оперативного эксперимента⁴. Мы солидарны со вторым мнением, поскольку создание легендированных предприятий обладает всеми признаками, присущими оперативному эксперименту.

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 в специальной литературе справедливо ставится вопрос о законодательном признании объектов-ловушек, используемых в ОРД⁵. Наиболее близкой по содержанию к рассматриваемому вопросу является норма, закрепленная в п. 5 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД, которая позволяет создавать предприятия, учреждения, организации и подразделения, необходимые для решения задач ОРД. Указанный здесь перечень мы предлагаем дополнить словами: «а также иные ле-

¹ Об этом см.: Осипенко А.Л. Борьба с преступностью в глобальных компьютерных сетях: Международный опыт. М., 2004. С. 372–378.

² О понятии легендирования см.: Климов И.А. Оперативно-розыскная деятельность как процесс познания. М. 1994. С. 95.

³ Водько Н.П. Правовые и организационные основы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел по борьбе с организованной преступностью. М., 2002. С. 217.

⁴ Маторин М.А. Указ. раб. С. 36.

⁵ Гирько С.И., Исиченко А.П. Проблемы правового регулирования оперативно-розыскной деятельности // Оперативно-розыскная работа: Бюллетень МВД России. 2003. № 2. С. 44.

гендированные объекты», что, на наш взгляд, позволит сделать легитимным использование в ОРД любых объектов-ловушек.

Оперативный эксперимент вполне обоснованно можно рассматривать как своеобразный опыт, направленный на обнаружение криминальных установок, замыслов и действий, объектом которого является проверяемое лицо. В то же время ст. 21 Конституции РФ, закрепившая право на достоинство личности, установила, что «никто не может быть без добровольного согласия подвергнут медицинским, научным или иным опытам». Оперативный эксперимент вполне может быть отнесен к «иным опытам», а поэтому следует признать, что рассматриваемое ОРМ ограничивает конституционное право на достоинство личности. Этот вывод касается и проверочной закупки, поскольку ее тоже можно рассматривать как опытные действия.

Одним из недостатков правового регулирования оперативного эксперимента является отсутствие в законе объективных критериев разграничения правомерных действий при его осуществлении от уголовно-наказуемых деяний: провокации взятки (ст. 304 УК РФ) и превышения должностных полномочий (ст. 286 УК РФ).

Недостаток законодательства в части отграничения правомерного оперативного эксперимента от провокации взятки частично восполнил Пленум Верховного Суда Российской Федерации, который в своем постановлении от 9 июля 2013 года № 24 разъяснил, что от преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ, следует отграничивать подстрекательские действия сотрудников правоохранительных органов, спровоцировавших должностное лицо на принятие взятки¹. Отсюда следует, что даже подстрекательские, т. е. незаконные действия при проведении оперативного эксперимента не могут квалифицироваться как провокация взятки. Однако это разъяснение оказалось недостаточным при возбуждении уголовных дел в отношении бывших сотрудников ГУЭБиПК МВД России, которые были привлечены к ответственности, в том числе, и по ст. 304 УК РФ.

Что касается отграничения правомерного оперативного эксперимента от признаков объективной стороны деяния, предусмотренного ст. 286 УК РФ, то никаких разъяснений по этому поводу Пленум Верховного Суда не дает. Анализ же судебной практики показывает, что в качестве критерия такого отграничения используется положение ч. 8 ст. 5 Закона

¹ См.: П. 34 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 9 июля 2013 года № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

об ОРД, которое запрещает подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий. Такого рода действия законодатель называет провокацией, что вносит путаницу в правовую терминологию, поскольку подстрекательство, т. е. склонение другого лица к совершению преступления путем уговора, подкупа, угрозы или другим способом признается уголовным законом в качестве формы соучастия в преступлении, а провокация взятки, согласно диспозиции ст. 304 УК РФ, предполагает попытку передачи должностному лицу без его согласия денег, ценных бумаг и т. д. в целях искусственного создания доказательств совершения преступления либо шантажа. Отсюда видно, что содержание термина «провокация», использованного в Законе об ОРД, отличается от уголовно-правового понятия провокации, но при этом объективная сторона преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ, имеет внешнее сходство с действиями, составляющими содержание оперативного эксперимента. Такая терминологическая неопределенность требует внесения ясности в законодательные нормы.

Для разрешения этой проблемы следует согласиться с предложением О.А. Вагина об уточнении понятия провокации, закрепленного в ст. 5 Закона об ОРД, отнеся к ней действия по склонению к совершению преступления лишь такого лица, которое не обнаружило противоправных намерений¹. При такой формулировке при наличии сведений о том, что лицо замышляет, подготавливает и совершает преступления, обращение к нему с предложением взятки не будет квалифицироваться законодателем как уголовно-наказуемое деяние.

Существенным недостатком законодательного регулирования оперативного эксперимента, по мнению ЕСПЧ, является отсутствие его независимого санкционирования. Как известно, Закон об ОРД в качестве обязательного условия проведения оперативного эксперимента предусматривает необходимость вынесения постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД. Это положение закона оспаривалось в Конституционном Суде, который не усмотрел в деле заявителя нарушения его прав². В то же время ЕСПЧ считает такой порядок недостаточной гарантией от злоупотреблений со стороны

¹ Вагин О.А. Конституционные проблемы оперативно-розыскной деятельности: научный доклад // Конституционно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности: Сб. мат-лов Всерос. круглого стола 3 ноября 2011 г. СПб., 2012. С. 52.

² См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 23 октября 2014 года № 2400-О // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

правоприменителей, полагая, что разрешение на оперативный эксперимент должны давать независимые должностные лица: прокурор либо судья, как это делается в большинстве европейских государств. Представляется, что к такому мнению российскому законодателю следовало бы прислушаться, поскольку существующая система контроля за ОРД, как показывает анализ практики, не обеспечивает надежной защиты от провокации при проведении оперативного эксперимента, а если ничего не менять, то ЕСПЧ в силу прецедентного характера своих решений и дальше будет их выносить не в пользу России, мотивируя их отсутствием независимого санкционирования данного ОРМ.

При этом тактика проведения оперативного эксперимента, не допускающая провоцирования не причастных к противоправной деятельности лиц, должна быть детально урегулирована на уровне подзаконного нормативного акта в виде межведомственной (либо ведомственной) инструкции, согласованной с Генеральной прокуратурой Российской Федерации.

Вторая группа проблем применения оперативного эксперимента, как отмечалось выше, связана с непрофессионализмом сотрудников оперативно-розыскных служб, а также имеющимися недостатками в организации и тактике данного ОРМ, приводящими к нарушению закона и прав личности.

Об этих недостатках наглядно свидетельствуют материалы жалоб граждан в Конституционный Суд на нарушение их прав при проведении оперативного эксперимента, которым на начало 2016 года принято более двух десятков решений. Несмотря на то, что все эти решения вынесены в форме определений об отказе в принятии жалоб к рассмотрению ввиду их несоответствия формальным требованиям допустимости, анализ их мотивировочной части и обстоятельств дел заявителей позволяют выявить ряд типичных ошибок практики в применении данного ОРМ.

Первое определение из этой серии было принято по жалобе бывшего заместителя межрайонного прокурора г. Москвы, который в 1999 году был осужден за получение взятки и дачу взятки, а доказательствами его вины помимо прочего явились аудио- и видеозаписи его переговоров, полученные в результате оперативного эксперимента¹. Неконституционность оспариваемых норм связывалась заявителем с отсутствием в Законе об ОРД подробного описания действий,

¹ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 6 марта 2001 года № 58-О // Электронный ресурс: СПС «Консультант Плюс».

составляющих оперативный эксперимент, а также норм, определяющих порядок и условия его проведения, что, по его мнению, препятствует разграничению оперативного эксперимента от провокации преступления и на практике ведет к злоупотреблениям со стороны органов уголовного преследования, а также к использованию недопустимых доказательств при рассмотрении уголовных дел.

В своем решении по этой жалобе Конституционный Суд констатировал тем, что, несмотря на отсутствие в Законе об ОРД детального порядка и условий проведения ОРМ, их осуществление возможно, во-первых, лишь в целях выполнения задач, предусмотренных статьей 2 данного закона, и, во-вторых, лишь при наличии оснований, указанных в его статье 7, а потому проведение ОРМ не допускается, если это не связано с выявлением, предупреждением, пресечением и раскрытием преступлений, а также выявлением и установлением лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших.

Далее здесь же отмечалось, что при проведении любых ОРМ все органы (должностные лица), осуществляющие ОРД, должны обеспечивать соблюдение конституционных прав человека и гражданина, включая неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции; осуществление ОРД для достижения иных целей и решения задач, не предусмотренных законом, запрещено, а действия органов (должностных лиц), осуществляющих ОРД и нарушивших права и свободы граждан, могут быть обжалованы в судебном порядке.

Кроме того, к числу гарантий от провокации преступления при проведении оперативного эксперимента Конституционный Суд отнес установление уголовной ответственности за привлечение к уголовной ответственности заведомо невиновного лица, за фальсификацию доказательств, а также за провокацию взятки или коммерческого подкупа (статьи 299, 303 и 304 УК РФ).

При этом Конституционный Суд отметил, что разграничение действий, направленных на выявление, пресечение или предупреждение преступлений, в том числе с помощью оперативного эксперимента, и действий преступного характера, направленных на искусственное создание доказательств совершения преступления, требует установления и исследования фактических обстоятельств дела, определения законности и обоснованности решений о проведении ОРМ, что должно осуществляться судами общей юрисдикции при рассмотрении уголовного дела по существу.

В последующих решениях Конституционный Суд к вышеизложенным аргументам добавил ссылку на часть восьмую статьи 5 Закона об ОРД, которая прямо запрещает органам (должностным лицам), осуществляющим ОРД, подстрекать, склонять, побуждать граждан в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий. Усиленная таким образом правовая позиция была использована при вынесении десятка других определений по жалобам лиц, привлеченных к уголовной ответственности за взяточничество¹.

Таким образом, из решений Конституционного Суда следует, что нормы Закона об ОРД, предусматривающие проведение оперативного эксперимента, должны применяться в системной взаимосвязи с иными положениями данного закона и с учетом уголовно-правовых запретов, установленных УК РФ.

Анализ решений Конституционного Суда, в которых затрагивались вопросы применения оперативного эксперимента, позволяет выделить критерии его законности, включающие в себя: 1) наличие законных оснований; 2) его направленность на достижение цели и решение задач ОРД; 3) исключение при его проведении провокационно-подстрекательских действий со стороны правоохранительных органов.

Ключевое значение в оценке законности оперативного эксперимента имеет установление наличия оснований для его проведения, к числу которых часть первая ст. 7 Закона об ОРД относит, в том числе, сведения о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. К сожалению, ни закон, ни подзаконные (ведомственные) нормативные акты, регламентирующие организацию и тактику ОРМ, не раскрывают и каким-либо образом не детализируют понятие сведений о признаках преступного поведения, которые можно признать достаточными для принятия решения о проведении оперативного эксперимента и не определяют их источники, а потому содержание этого понятия требует своего конкретного определения.

В оперативно-розыскной практике первичные сведения о признаках коррупционных преступлений, как правило, поступают из двух основ-

¹ См.: определения Конституционного Суда Российской Федерации от 21 октября 2008 года № 640, от 28 мая 2009 года № 641-О-О, от 27 января 2011 года № 56-О-О, от 17 ноября 2011 года № 1586-О-О, от 17 декабря 2011 года № 1798-О-О, от 17 июня 2013 года № 941-О, от 22 апреля 2014 года № 845-О, от 23 октября 2014 года № 2400-О и др.

ных источников: либо от лиц, оказывающих конфиденциальное содействие, либо от граждан, ставших объектом вымогательства взятки.

Оценивая достаточность таких сведений для принятия решения о проведении оперативного эксперимента оперативные сотрудники должны исходить из возможности проверки их достоверности, полноты и объективности в уголовном судопроизводстве. При этом понятно, что проверка сведений, полученных из негласных источников, весьма затруднена, поскольку в соответствии с Законом об ОРД такие источники не подлежат расшифровке без их согласия, а потому не могут быть допрошены в качестве свидетелей по уголовному делу. В связи с этим суды весьма настороженно относятся к оценке достаточности конфиденциальной информации, служащей основанием для проведения оперативного эксперимента.

Так, в кассационных определениях от 21 февраля 2008 г. и от 10 мая 2012 г., оставивших без изменения оправдательные приговоры, Верховный Суд признал недостаточным основанием для проведения оперативного эксперимента простое заявление оперативных сотрудников в суде о том, что они располагали секретной информацией о получении подсудимым взятки, которая не была предоставлена суду и ее фактическое содержание не исследовалось¹. Однако такого рода судебные решения не должны ставить под сомнение допустимость использования в качестве оснований для принятия решения о проведении оперативного эксперимента сообщений, полученных из конфиденциальных источников, поскольку сама судебная практика это опровергает.

В частности, в апелляционном определении Верховного Суда от 9 июля 2013 г. доводы стороны защиты о провокации взятки были признаны несостоятельными, поскольку суд установил, что основанием для проведения ОРМ выступали сведения о противоправной деятельности подсудимой, подтвержденные выписками из трех агентурных сообщений от разных лиц и анонимного письма, которые нашли свое подтверждение в ходе проверки оперативным сотрудником и с учетом этого было заведено дело оперативного учета². Сравнительный анализ приведенных выше судебных решений позволяет сделать вывод, что Верховный Суд, не принимая в качестве доказательств обоснованности оперативного эксперимента голословные за-

¹ Кассационные определения Верховного Суда Российской Федерации от 21 февраля 2008 г. № 9-О08-4; от 10 мая 2012 г. № 56-О12-23 / СПС «Консультант Плюс».

² Апелляционное определение Верховного Суда от 9 июля 2013 г. № 46-АПУ13-13 / ИПС «Консультант Плюс».

явления сотрудников оперативных подразделений о наличии у них неких секретных сведений, в то же время признает предъявленные в суде документы в виде выписок из агентурных сообщений в качестве допустимого основания для проведения данного ОРМ при условии их подтверждения в процессе проведения предварительной оперативной проверки и наличия возможности их исследования в судебном заседании.

Аналогичной позиции придерживается и ЕСПЧ, в решениях которого неоднократно указывалось на то, что Конвенция о защите прав человека и основных свобод не препятствует использованию на стадии предварительного следствия, если этого требует характер преступления, таких источников, как анонимные информаторы; в делах, в которых основное доказательство получено в результате негласной операции, власти должны доказать, что они имели достаточные основания для организации негласного мероприятия и располагать конкретными и объективными доказательствами, свидетельствующими о том, что имеют место приготовления для совершения действий, составляющих преступление, за которое заявитель в дальнейшем преследуется, и любая используемая властями информация должна поддаваться проверке¹.

В практике, к сожалению, имеют место примеры, когда ссылки на секретную информацию, при проверке в процессе предварительного расследования и в суде не находят своего подтверждения. Более того, вскрываются неединичные случаи прямой фальсификации результатов оперативно-розыскной деятельности, выражающейся в составлении оперативными сотрудниками сообщений от негласных источников не соответствующих действительности. Такого рода факты, в частности, приводились в приговорах в отношении бывших сотрудников ГУ-ЭБиПК МВД России. Так, в приговоре Московского городского суда от 3 декабря 2014 года, констатировалось, что подсудимый Н. во исполнение распоряжений своего руководства, не обладая сведениями о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния в отношении конкретных лиц оформлял рапорты с заведомо ложными сведениями, заводил дела оперативного учета, выносил постановления о проведении оперативного эксперимента и других оперативно-розыскных мероприятий².

¹ См.: П.п.51,52 постановления ЕСПЧ по делу «Носко и Нефедов против России» от 30 октября 2014 г. Жалобы № 5753/09 и № 11789/10 // СПС «Консультант Плюс»

² Архив Конституционного Суда Российской Федерации. Дело № 12319/15-01/15.

Проверка первичных сведений о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления должна быть направлена на установление их объективности и исключение возможности оговора невиновного лица и провокации взятки. Так, в деле одного из заявителей в Конституционный Суд — бывшего оперуполномоченного уголовного розыска, привлеченного к уголовной ответственности по результатам проведенного в отношении его оперативного эксперимента, — основанием для проведения данного ОРМ послужило устное заявление о якобы совершенном им вымогательстве взятки, с которым обратился в ФСКН муж задержанной этим оперуполномоченным за сбыт наркотиков гражданки. Не проверив достоверность поступившего заявления, в том числе версию о возможном оговоре с целью мести за отказ освободить задержанную, и при этом, в нарушение своей компетенции оперативные сотрудники ФСКН приняли решение о проведении оперативного эксперимента, в ходе которого заявитель предпринял попытку передачи предмета взятки. В процессе судебного рассмотрения дела уголовное преследование по факту вымогательства взятки было прекращено в связи с отсутствием признаков состава преступления, поскольку сообщение о вымогательстве взятки не нашло своего подтверждения¹. Из обстоятельств этого дела наглядно видно, что оперативные сотрудники не проверили достоверность информации о признаках преступной деятельности и провели оперативный эксперимент без достаточных оснований даже в отношении своих коллег из другого правоохранительного ведомства.

Автор другой конституционной жалобы стал объектом оперативного эксперимента по заявлению адвоката о якобы имевшем место у него вымогательстве денег за отзыв ранее поданной жалобы в адвокатскую палату на нарушение им правил служебной этики. В этом деле адвокат сам инициировал заключение с заявителем мирового соглашения по жалобе на его действия, а когда заявитель запросил за это соглашение слишком крупную сумму, то в полицию было подано заявление о вымогательстве. На его основании было немедленно организовано проведение оперативного эксперимента, в ходе которого заявитель отказался от предложенных наличных денег, но, тем не менее, был задержан, подвергнут личному обыску и принудительно доставлен в отдел полиции для получения объяснения о случившемся. Когда материалы оперативного эксперимента и заявление адвоката о вымогательстве были переданы следователю для вынесе-

¹ Архив Конституционного Суда Российской Федерации: Дело № 5507/15-01/09.

ния процессуального решения, то он не обнаружил признаков состава преступления, поскольку в данном случае имели место гражданско-правовые отношения, и вынес постановление об отказе в возбуждении уголовного дела¹. В данном случае проведение оперативного эксперимента было явно необоснованным, а потому и право заявителя на неприкосновенность личности ограничено незаконно.

Анализ материалов конституционных жалоб свидетельствует о распространенности нарушений процедуры принятия решений на проведение оперативного эксперимента, которые нередко оформляются постановлением лишь после фактического начала их осуществления. Речь идет о таких случаях, когда оперативные сотрудники, получив информацию о конкретном лице, занимающемся взяточничеством, вначале направляют к нему лиц, оказывающих содействие, с предложением взятки, а когда получают на это согласие — выносят постановление и завершают задуманное. Такую последовательность действий вряд ли можно признать правомерной, поскольку проводимые по инициативе оперативной службы предварительные встречи и переговоры с проверяемым лицом свидетельствуют об уже начавшемся оперативном эксперименте без получения официального разрешения на это уполномоченных руководителей.

Вызывает большие сомнения и законность проведения на основании одного постановления такого оперативного эксперимента, в ходе которого предмет взятки проходит через цепочку нескольких посредников, каждому из которых предлагается оказать содействие правоохранительному органу. Такого рода действия, на наш взгляд, представляют собой ряд самостоятельных, хотя и взаимосвязанных оперативных экспериментов, а потому требуют получения разрешения уполномоченного руководителя на всю последовательность действий путем вынесения отдельных постановлений. В порядке исключения можно допустить разрешать такие действия в одном постановлении при условии, что в нем будет описан каждый планируемый эпизод реализации общего замысла.

Материалы конституционных жалоб также свидетельствуют о частых нарушениях закона оперативными сотрудниками на завершающей стадии оперативного эксперимента при задержании взяточников с поличным и обнаружении предметов взятки. Поскольку Закон об ОРД не предусматривает таких принудительных действий как задержание и личный обыск, то они должны проводиться в порядке,

¹ Архив Конституционного Суда Российской Федерации: Дело № 1778/15-01/16.

предусмотренном УПК РФ. На практике же нередко для обнаружения предмета взятки фактический обыск в помещении оформляется как осмотр места происшествия или оперативно-розыскное обследование, а фактический личный обыск оформляется личным досмотром. Такая подмена предусмотренных законом следственных действий их оперативно-розыскными или административно-правовыми аналогами дает стороне защиты достаточные поводы для оспаривания в суде законности производимых действий и допустимости использования их результатов в доказывании по уголовным делам.

Много ценного материала о типичных нарушениях законности и прав граждан содержится и в решениях Верховного Суда России, содержащих оценку доказательств, полученных на основе результатов оперативного эксперимента, массив которых, в настоящее время накоплен весьма внушительный. Так, в СПС «Консультант Плюс» нам удалось обнаружить более 560 решений Верховного Суда, в которых упоминается об оперативном эксперименте. Наибольшее число судебных решений Верховного Суда с признанием незаконности оперативного эксперимента приходится на 2012-2013 годы, но такие решения встречались и в более ранней судебной практике, даже до включения в Закон об ОРД запрета на провокацию преступлений.

При оценке законности и допустимости результатов оперативного эксперимента суды руководствуются правовой позицией, сформулированной в постановлении Пленума Верховного Суда от 15 июня 2006 года № 14, в котором разъяснено, что результаты ОРМ могут быть положены в основу приговора лишь в том случае, если они получены в соответствии с требованиями закона и *свидетельствуют о наличии у лица умысла на совершение преступления, сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений*¹.

Так, кассационным определением Верховного Суда от 30 августа 2007 г. был оставлен без изменения оправдательный приговор в отношении гр. Ч., обвинявшейся органами следствия в организации приготовления к убийству, поскольку согласие на совершение убийства и совершение действий, связанных с передачей денег в качестве вознаграждения подсудимая совершила под влиянием работников милиции. Судом было установлено, что Ч. действительно, высказывала намерения в со-

¹ Постановление Пленума Верховного Суда от 15 июня 2006 года № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» // СПС «Консультант Плюс».

вершении убийства по мотивам мести, но не проявила готовности к реализации такого намерения. Получив такую информацию оперативные сотрудники внедрились к ней своего негласного сотрудника, который выразил готовность совершить задуманное ею убийство, но она заявила об отсутствии у нее решимости и отложила принятие решения на более поздний срок, а через некоторое время направила предложившему свои услуги «киллеру» SMS-сообщение об отказе в его услугах. Однако, несмотря на это, полицейский агент инициировал телефонные разговоры и встречу, в ходе которых сумел убедить ее в необходимости доведения задуманного до конца. После полученного таким образом согласия на убийство была организована его инсценировка и при передаче «киллеру» денежных средств Ч. была задержана. При таких обстоятельствах суд пришел к выводу, что в этом деле у полиции не было оснований подозревать оправданную в организации убийства и преступление могло быть совершено без вмешательства полицейского агента¹.

Кассационным определением Верховного Суда от 22 сентября 2008 г. оставлен без изменения оправдательный приговор в отношении сотрудника полиции Т., обвинявшегося в получении взяток. В этом судебном акте указано на отсутствие в материалах уголовного дела постановления о проведении оперативного эксперимента, что является нарушением требований части седьмой ст. 8 Закона об ОРД, а потому влечет признание недопустимыми всех полученных доказательств в ходе проведения оперативного эксперимента².

В кассационном определении Верховного Суда от 10 мая 2012 г. по протесту прокурора на оправдательный приговор кроме вывода об имевшей место провокации преступления были также зафиксированы факты фальсификации результатов ОРД, выразившиеся во включении в ряд протоколов ОРМ фамилий граждан, которые не принимали участие в них, а лишь оставили свои подписи по просьбе оперативных сотрудников. Кроме того, незаконным было признано судом принудительное склонение Б. к участию в передаче денег И., поскольку он, обладая статусом подозреваемого, был лишен права на помощь адвоката. Недопустимым доказательством были признаны видеозаписи проводимых ОРМ, законность производства которых сторона обвинения не смогла доказать; сведения, сообщенные И. следователю во время производства обыска в его кабинете, зафиксированные на видеозаписи, поскольку бы-

¹ Кассационное определение Верховного Суда Российской Федерации от 30 августа 2007 г. № 89-007-33/ СПС «Консультант Плюс».

² Кассационное определение Верховного Суда Российской Федерации от 22 сентября 2008 г. № 69-О08-37/ СПС «Консультант Плюс».

ли получены при фактическом допросе подозреваемого, проведенным с нарушением требований статей 51, 187-190 УПК РФ, а также показания сотрудника ФСБ, проводившего видеозапись обыска, которые воспроизводили эти сведения¹.

В судебной практике имеются примеры весьма взыскательной оценки законности применения оперативного эксперимента. Весьма показательным с точки зрения обилия выявленных судом нарушений закона со стороны оперативных сотрудников при проведении оперативного эксперимента является оправдательный приговор одного из районных судов Белгородской области от 19 ноября 2013 года, которым врач районной больницы К., обвиняемая в получении взятки в размере 2 500 рублей за выдачу листка нетрудоспособности, была признана невиновной в совершении инкриминируемого преступления².

Вывод о наличии провокации в действиях оперативных сотрудников был сделан на основании следующих обстоятельств. Во-первых, в качестве основания проведения оперативного эксперимента было указано заявление гражданки С. о якобы имевшем место вымогательстве у нее взятки за выдачу листка нетрудоспособности, за которым она обратилась, действуя по поручению сотрудников полиции. То есть, вначале было инициировано обращение С. в больницу за листком нетрудоспособности с предложением «заплатить» за него, затем С. подписала заявление в полицию о вымогательстве взятки, и лишь после этого вынесено постановление о проведении оперативного эксперимента. Отсюда следует, что оперативный эксперимент в данном случае проводился в два этапа, при этом его первый этап начался еще до вынесения постановления о его проведении. Во-вторых, из показаний участницы эксперимента следовало, что именно от нее впервые прозвучало предложение взятки, поскольку во время приема у врача она задала вопрос о том, должна ли что-нибудь врачу за листок нетрудоспособности. В-третьих, денежные купюры, выступающие предметом взятки, были положены участницей эксперимента под лежащие на столе бумаги незаметно от находившихся в кабинете врача лиц, а потому нет объективных доказательств, что обвиняемая могла это видеть и дать согласие на получение денег.

В оправдательном приговоре констатировалось также наличие целого ряда других процедурных нарушений, ставящих под сомнение до-

¹ Кассационное определение Верховного Суда от 10 мая 2012 г. № 56-О12-23 // СПС «Консультант Плюс».

² Дело № 1-27/2013, Ивнянский районный суд (Белгородская область) [Электронный ресурс] // Самосуд — информация по судебному делу. URL: http://www.samosud.org/case_111216887 (дата обращения: 10.04.2016).

стоверность доказательств обвинения. В частности, для участия в оперативном эксперименте была привлечена пять раз судимая за совершение краж и сбыт наркотиков, уклоняющаяся от отбытия наказания, не имеющая регистрации и паспорта гражданка, что, по мнению суда, свидетельствует о ее зависимости от сотрудников полиции. Судом были признаны недопустимыми доказательствами протоколы осмотра и прослушивания фонограмм, на которых был зафиксирован ход оперативного эксперимента, поскольку в постановлении о проведении оперативного эксперимента не содержалось сведений о виде использованного технического устройства аудиофиксации, в материалах дела отсутствовали документы, подтверждающие передачу этого устройства участнице эксперимента, сведения о том, когда, кем и каким образом была изготовлена копия аудиовидеозаписи, а сама аудиовидеозапись оперативного эксперимента государственным обвинителем не была представлена суду для непосредственного исследования.

Кроме того, в приговоре отмечалось, что в постановлении не указано конкретное лицо, привлеченное к его проведению; протокол осмотра места происшествия, в ходе которого обнаружен и изъят предмет взятки, составлен с нарушением требований статей 166 и 180 УПК РФ, поскольку в нем не указана участница осмотра, производившая изъятие и упаковку вещественных доказательств; сотрудник полиции, производивший осмотр неоднократно выходил из осматриваемого кабинета; не точно указана сумма изъятых денежных средств; материалы с результатами ОРД в нарушение Инструкции по делопроизводству не были зарегистрированы и надлежащим образом приобщены к уголовному делу; явка с повинной от подсудимой была получена под психологическим давлением, под угрозой отказа в предоставлении ей и ее мужу Российского гражданства и применения мер пресечения, а также без разъяснения положений статьи 51 Конституции Российской Федерации. Таким образом, суд руководствовался не только традиционными критериями, указывающими на наличие незаконной провокации взятки, которые выработаны ЕСПЧ и Верховным Судом, но и выявил ряд других процедурных нарушений, которые в комплексе позволили сделать вывод о недоказанности вины подсудимой. Выявленные нарушения закона при производстве по уголовному делу дали суду основание для вынесения частного определения в адрес начальника полиции и руководителя следственного органа для проверки наличия в действиях полицейских состава преступления и принятия мер реагирования. С учетом указанных обстоятельств

апелляционная инстанция областного суда оставила без удовлетворения протест прокурора на этот оправдательный приговор¹.

В практике Верховного Суда имеют место факты отмены обвинительных приговоров по жалобам осужденных в случае установления признаков провокации преступления при проведении оперативного эксперимента. Так в определении судебной коллегии по уголовным делам от 29 октября 2013 г. был отменен обвинительный приговор по ч. 3. ст. 204 УК РФ и все последующие судебные решения в отношении М., для разоблачения которого проводился оперативный эксперимент. Из материалов дела следовало, что сотрудник полиции обратился к М., являвшемуся председателем правления садового некоммерческого товарищества, с просьбой выдать ему за деньги справку, содержащую ложные сведения о том, что ее получатель выращивает на садовом участке сельскохозяйственную продукцию, и дающую основание для предоставления торгового места на рынке. Такие действия суд расценил как склонение М. к получению незаконного вознаграждения, поскольку у сотрудников полиции отсутствовали основания для проведения оперативного эксперимента, а заявление участницы оперативного эксперимента, содержащее утверждение о вымогательстве денег, не соответствовало действительности. Давая уголовно-правовую оценку действиям подсудимого, обусловленным проведением оперативного эксперимента, суд сделал вывод, что принятие денежных средств в результате склонения М. к совершению преступления не может расцениваться как уголовно-наказуемое деяние, в этом случае в содеянном отсутствует состав преступления².

Одним из наиболее скандальных событий, связанных с незаконным применением оперативного эксперимента для разоблачения взяточников стала череда уголовных дел, возбужденных в 2014 году против руководства и сотрудников ГУЭБиПК МВД России, причину которых западная пресса поспешила оценить исключительно как борьбу за власть и влияние между соперничающими службами безопасности России³. Не отвергая полностью в этой скандальной исто-

¹ Постановление № 22-2339/2013 22- 22-7/2014(22-2339/2013;) 22-7/2014 от 10 января 2014 г. [Электронный ресурс] // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/pONLMSg1Y5NU/> (дата обращения: 5.10.2015).

² Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29 октября 2013 г. № 11-Д13-33 // СПС «Консультант Плюс».

³ Джошуа Яффа (Joshua Yaffa). Двойная западня [Электронный ресурс] // URL: <http://inosmi.ru/russia/20150724/229249091.html> (дата обращения: 8.05.16).

рии политические факторы, хотелось бы все же привлечь внимание к содержанию вынесенных по этим «резонансным» делам приговоров, анализ которых позволяет получить достаточно полное представление о действиях оперативных сотрудников в процессе подготовки и проведения оперативных экспериментов, квалифицированные судами как превышение должностных полномочий, фальсификация результатов ОРД и провокация взятки.

Приговором Московского городского суда от 3 декабря 2014 года, вынесенном в особом порядке, бывший оперуполномоченный по особо важным делам ГУЭБиПК МВД России Наумов¹ был признан виновным в совершении ряда преступлений, в том числе, в участии в преступном сообществе, пособничество в провокации взятки, фальсификации результатов оперативно-розыскной деятельности и пяти эпизодах превышения должностных полномочий.

По первому эпизоду суд установил, что Наумов, не обладая сведениями о признаках подготавливаемого или совершаемого гр-ном З. противоправных деяний, в нарушение ст. 7 Закона об ОРД, вынес постановление о проведении в отношении него оперативного эксперимента. Для участия в оперативно-розыскном мероприятии был привлечен гр-н Р., который вошел в доверие к З. и «сумел убедить его в необходимости принятия 5 млн. рублей» для передачи их члену Совета Федерации К. за решение вопроса об организации проверки Счетной палатой Российской Федерации компании, участвующей в программе подготовки к чемпионату мира по футболу. После вручения денег З. был задержан, дал признательные показания в наличии умысла на их получение и склонен к дальнейшей их передаче сенатору К., в отношении которого, как указано в приговоре, у оперативных сотрудников не было сведений о его противоправной деятельности, а потому они не имели оснований для проведения в его отношении ОРМ.

Через две недели после этого в рамках ранее вынесенного постановления о проведении оперативного эксперимента З., действуя по указанию Наумова, придя в рабочий кабинет сенатора, передал ему 5 млн. рублей «для последующей передачи их директору департамента Счетной палаты М.» После этого К. был задержан и, как указано в приговоре, «на него оказано психологическое воздействие путем угроз о привлечении к уголовной ответственности самого К. и членов его семьи в случае отказа от сотрудничества. В результате указанных действий К. склонили к участию в заведомо незаконных

¹ Здесь и далее фамилии осужденных изменены.

оперативно-розыскных мероприятиях и даче мнимых показаний о наличии у него преступного умысла на незаконное получение денежных средств».

В этот же день К. по требованию Наумова и под его контролем передал 3 млн. рублей директору департамента Счетной палаты М., который с полученными деньгами был задержан. По этому поводу в приговоре отмечалось, что «путем угроз о привлечении к уголовной ответственности и избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в случае отказа от сотрудничества на М. было оказано психологическое воздействие, в результате которого он был склонен к даче мнимых показаний о наличии у него преступного умысла на незаконное получение денежных средств от К. и дальнейшую их передачу аудиторю Счетной палаты» за оказание оговоренной услуги. По этим фактам были возбуждены уголовные дела по обвинению З. и М. с избранием им меры пресечения в виде содержания под стражей, которые после возбуждения уголовных дел в отношении сотрудников ГУЭБиПК были прекращены в связи с отсутствием в их деяниях состава преступления.

Другой эпизод дела Наумова был связан с провокацией взятки в отношении президента Федерации триатлона России Б., которого сотрудники ГУЭБиПК ошибочно считали занимающим должность помощника Министра транспорта России. Характерно, что отдельное постановление о проведении оперативного эксперимента в отношении Б. даже не выносилось, а для этого использовалось постановление, вынесенное в отношении совершенно другого лица. Участнику эксперимента было поручено склонить Б. к принятию денежных средств за якобы гарантированное решение вопроса о назначении на высокую должность указанного им лица и когда он под предлогом оказания спонсорской помощи спортивной Федерации вручил 5 млн. рублей, Б. был задержан. Дальнейшие действия подсудимых описаны в приговоре следующим образом: «получив от Б. информацию о том, что в настоящее время он не занимает должность помощника Министра транспорта России, путем угроз об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в случае отказа от сотрудничества, оказали на Б., психологическое воздействие, в результате чего склонили его к даче мнимых показаний о наличии у него преступного умысла на получение от ...мошенническим способом денежных средств за назначение на должность указанного лица». Эта деталь в приговоре подчеркивает отсутствие законных оснований для проведения оперативного эксперимента, поскольку оперативными сотрудниками не

было установлено даже должностное положение Б. Возбужденное в отношении Б. уголовное дело впоследствии было прекращено за отсутствием состава преступления.

Ключевой эпизод преступной деятельности был связан с провокацией взятки сотруднику ФСБ Д., где Наумов по поручению своего руководства оформил заведомо подложный документ — рапорт о якобы полученной информации о признаках преступной деятельности в отношении неустановленных лиц. На основании этого рапорта и других сфальсифицированных документов по указанию руководства ГУЭБиПК для придания видимости законности планируемому оперативному эксперименту было заведено дело предварительной оперативной проверки в отношении неустановленных лиц, якобы совершающих мошеннические действия. По этому эпизоду в приговоре указано, что «подсудимый Наумов, проводя оперативно-розыскные мероприятия в рамках ранее заведенного дела предварительной оперативной проверки № 542, получил достоверные сведения об отсутствии признаков противоправности в деяниях Д., в связи с чем на основании ст. 10 Закона об ОРД дело подлежало прекращению». Несмотря на это Наумов подготовил справку-меморандум о необходимости прослушивания телефонных переговоров и снятия информации с технических каналов связи в отношении Демина, постановление о проведении оперативного внедрения, постановление о проведении оперативного эксперимента, его план и ряд других документов. Дальнейшие события так описаны в приговоре: «несмотря на неоднократное выражение Д. отказа от получения денежных средств и оказания покровительства, установленное лицо продолжало высказывать свои предложения, направленные на склонение Д. к незаконному принятию денег, инициируя повторные встречи с последним». При попытке вручения денежных средств в размере 10 тыс. долл., несмотря на отказ принять их, участники оперативного эксперимента были задержаны. Стремясь минимизировать уголовно-правовые последствия своего деяния Наумов заключил досудебное соглашение со следствием, в судебном заседании полностью признал свою вину и был приговорен к 5 годам лишения свободы¹.

От непрофессиональных действий полицейских пострадали и лица, привлеченные к участию в проведении оперативного эксперимента. Так, приговором Одинцовского городского суда Московской области от 10 сентября 2014 г. гр-н Лескин был признан виновными

¹ Архив Конституционного Суда Российской Федерации. Дело № 10290/15-01/15.

в пособничестве в превышении должностных полномочий сотрудниками ГУЭБиПК МВД России, по просьбе которых он склонил гражданина Н. к незаконному принятию денежных средств с целью дальнейшей их передачи должностным лицам Правительства Московской области. Как установил суд, Лескин не располагал какими-либо конкретными данными о противоправной деятельности Н., сообщив сотрудникам ГУЭБиПК лишь о факте своего знакомства с ним и поверив в наличии таких данных у них, дал свое согласие на участие в оперативном эксперименте. Выполняя поручение оперативных сотрудников, он установил с Н. доверительные отношения и обратился к нему с просьбой об оказании содействия в нерасторжении государственного контракта с частной фирмой, сообщив о своей готовности за эту услугу передать ему и другим должностным лицам незаконное денежное вознаграждение. После получения согласия на получение денежных средств за оказание такого содействия было вынесено постановление о проведении оперативного эксперимента в отношении Н. и иных соучастников, якобы требовавших от Лескина незаконное денежное вознаграждение. После вручения обещанных денег в размере 17 млн. рублей Н. был задержан и склонен к дальнейшей передаче их вышестоящим должностным лицам, которые, однако, отказались от их получения, что стало доказательством отсутствия у них умысла на получение взятки. На основании результатов оперативного эксперимента в отношении Н. было возбуждено уголовное дело, ему предъявлено обвинение в покушении на мошенничество и избрана мера пресечения в виде ареста. Через 10 месяцев уголовное дело было прекращено в связи с отсутствием в его действиях состава преступления. Из текста приговора по обвинению Лескина со всей очевидностью вытекает, что оперативный эксперимент в отношении Н. был начат при отсутствии каких-либо сведений о подготавливаемом или замышляемом преступлении, т. е. без законных на то оснований, а действия оперативных сотрудников были направлены на возбуждение желания получить крупную сумму денег, т. е. на побуждение к возникновению умысла на получение взятки.

Сходны по предмету обвинения и способам совершения преступления другие дела из этой же серии. Так, приговором Измайловского районного суда г. Москвы от 13 марта 2015 г. гр-н Кашкин признан виновным в пособничестве в превышении должностных полномочий сотрудниками ГУЭБиПК, по просьбе которых он склонил гр-на А. к незаконному принятию денежных средств с целью дальнейшей их передачи гр-ке Ж. под видом вознаграждения за содействие в сокра-

щении сроков государственной регистрации прав на ряд объектов недвижимости. Суд в приговоре установил, что сотрудники ГУЭБиПК, не располагали какими-либо сведениями о том, что Ж. за взятки оказывает помощь в ускорении сроков государственной регистрации недвижимости, а потому у них не было законных оснований для проведения оперативного эксперимента. Тем не менее, они поручили Кашкину найти подходы к Ж., через которое можно будет передать ей деньги. Выполняя это поручение, Кашкин познакомился с гр-ном А., состоящим в приятельских отношениях с Ж., и попросил его помочь в сокращении сроков государственной регистрации, высказав готовность передать за это денежные средства в качестве благодарности.

После завершения процедуры регистрации и получения документов при отсутствии сведений о совершении Ж. каких-либо действий, дающих основание полагать о ее желании получить вознаграждение за сокращение сроков государственной регистрации, было вынесено постановление о проведении оперативного эксперимента. В рамках данного ОРМ Кашкин встретился с А. и передал ему 1,3 млн. рублей, после чего тот был задержан и склонен к передаче этих денег Ж. После передачи денежных средств от А. к Ж. последняя была склонена к признанию наличия у нее умысла на получение денежных средств за оказанное содействие в сокращении сроков государственной регистрации недвижимости. В отношении А. было возбуждено уголовное дело по признакам преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 291¹ УК РФ, а в отношении Ж. — ч. 6 ст. 290 УК РФ, которые через 11 месяцев были прекращены в связи с отсутствием в их действиях состава преступления¹.

Еще более наглядно технология провокационных действий оперативных сотрудников прослеживается в приговоре Химкинского городского суда от 16 июня 2015 г., которым гр-ка Соколовская была признана виновной в пособничестве в превышении должностных полномочий сотрудниками ГУЭБиПК, по просьбе которых она склонила гражданина Р. к незаконному принятию денежных средств с целью дальнейшей их передачи другим лицам, выполняющим управленческие функции в коммерческих организациях аэропорта «Шереметьево».

Как установил суд, сотрудники ГУЭБиПК, не располагая какими-либо сведениями о противоправных действиях Р., для его проверки на возможность получения взяток первоначально привлекли частного

¹ Архив Конституционного Суда Российской Федерации. Дело № 10290/15-01/15.

предпринимателя Б., поручив ему вступить в переговоры об аренде площадей в здании аэропорта, в ходе которых Р. не высказал намерений о незаконном получении денежных средств за решение вопросов в пользу предпринимателя. После этого сотрудниками ГУЭБиПК была привлечена другая предпринимательница — гр-ка Соколовская, которая по их поручению установила и в течение трех месяцев поддерживала доверительные отношения с Р., в процессе которых сумела получить от него согласие о незаконной передаче ему 1,5 млн. рублей за оказание содействия в заключении договора аренды нежилых помещений. Лишь после получения такого согласия было вынесено постановление о проведении оперативного эксперимента в отношении неустановленных лиц, которые, якобы, занимаются вымогательством незаконного вознаграждения. Когда Соколовская оговоренную сумму денег передала разрабатываемому лицу, он был задержан и склонен оперативными сотрудниками к дальнейшей передаче денежных средств другому лицу за оказание содействия в предоставлении в аренду помещения. Таким образом, оперативный эксперимент состоял из пяти самостоятельных этапов и продолжался до тех пор, пока не были задержаны пять сотрудников аэропорта, согласившихся принять указанную сумму денег. На основании результатов оперативного эксперимента в отношении всех этих лиц следователем СК РФ было возбуждено уголовное дело, которое через 6 месяцев было прекращено в связи с отсутствием в их действиях состава преступления.

На предварительном расследовании обвиняемая призналась, что инициатива в передаче денежного вознаграждения Р. исходила от нее по указанию оперативных сотрудников и по их же требованию она составила заявление о якобы имевшем место вымогательстве у нее денег. Эти показания нашли подтверждение в процессе допросов свидетелей, а также при прослушивании фонограмм с записями ее переговоров с разрабатываемым лицом, из которых был сделан вывод о ее инициативной роли в ходе оперативного эксперимента.

Приговором Московского городского суда от 14 августа 2015 г. были признаны виновными в пособничестве в превышении должностных полномочий и провокации взятки гр-не Сапожков и Чухломин, привлеченные к участию в подготовке оперативного эксперимента путем провокации взятки в отношении сотрудника ФСБ России Д. с целью его дискредитации. Вначале Сапожков организовал встречу руководства ГУЭБиПК с гражданином Г., имеющего знакомых среди сотрудников ФСБ, который, дав мнимое согласие на участие в оперативном эксперименте, о планируемой операции сообщил

в ФСБ. Затем он привлек к участию в передаче денег своего знакомого Чухломина, давшего на это свое согласие. Действуя в соответствии с планом проведения оперативного эксперимента Чухломин инициировал встречу с Д. и предложил ему оказывать за денежное вознаграждение незаконное общее покровительство коммерческой деятельности фирмы, которую он согласно разработанной легенде представлял. Несмотря на отсутствие согласия разрабатываемого лица на получение денег, Чухломин инициировал вторую встречу с ним, в процессе которой попытался вручить Д. деньги в сумме \$10 тыс., после чего был задержан. Суд в приговоре подчеркнул, что должностные лица ГУЭБиПК не располагали конкретными фактическими данными, подтверждающими обоснованность их подозрений в причастности Д. к получению взяток, а потому они не имели законных оснований для проведения оперативно-розыскных мероприятий и заведения оперативной разработки. Судом также было установлено, что провокация взятки носила заранее спланированный характер, инициатива передачи взятки исходила от самих сотрудников ГУЭБиПК, а разрабатываемое лицо не заявляло о готовности получить взятку и не давало на это согласие¹.

Анализ приведенных выше приговоров позволяет сделать вывод о том, что в деятельности ГУЭБиПК МВД России в 2013-2014 годах сложилась порочная практика применения оперативного эксперимента вопреки требованиям Закона об ОРД без каких-либо оснований и с применением приемов подстрекательства, склонения, побуждения в прямой либо косвенной форме к совершению противоправных действий. Такая практика применения оперативного эксперимента подлежит взыскательному исследованию специалистами-правоведами для выработки мер по недопущению ее повторения в дальнейшем и укреплению законности в деятельности оперативно-розыскных служб.

В заключение следует подчеркнуть, что оперативный эксперимент является особо острым оперативно-розыскным мероприятием, а потому обуславливает необходимость совершенствования его правового регулирования как на законодательном, так и подзаконном уровне, обязывает руководителей органов, осуществляющих ОРД, строже контролировать его проведение, а от исполнителей требует более высокого уровня профессионализма и знания судебной практики.

¹ Архив Конституционного Суда Российской Федерации. Дело № 10290/15-01/15.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Уважение и соблюдение прав и свобод человека и гражданина, исходя из конституционных установлений, является одним из базовых принципов оперативно-розыскной деятельности. Основные элементы механизма реализации этого принципа, закрепленные в статье 5 Закона об ОРД, существенно дополняются многими другими нормами Закона об ОРД, регулирующими оперативно-розыскные мероприятия, основания, условия их проведения, порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан, права и обязанности субъектов ОРД.

Правовую основу оперативно-розыскных мероприятий кроме Закона об ОРД составляет весьма обширный перечень законодательных и иных нормативных правовых актов, составляющих достаточно сложную систему. Тенденция увеличения массива юридических норм, регламентирующих оперативно-розыскные мероприятия, с одной стороны, свидетельствует о возрастании их роли в системе правовых средств борьбы с преступностью, а с другой — порождает немалое количество коллизий и пробелов, требующих совершенствования действующего законодательства на основе системного подхода.

Особое значение в механизме обеспечения прав личности при проведении ОРМ занимают постановления судебных органов по вопросам применения норм Закона об ОРД и, прежде всего, Конституционного Суда Российской Федерации. Решения последнего, вынесенные не только в виде постановлений и «позитивных» определений, но в ряде случаев и «простых отказных» определений, содержат правовые позиции, которые дают общеобязательное для всех правоприменителей толкование норм оперативно-розыскного законодательства, выступают регулятором правоотношений в сфере ОРД, а потому входят составным элементом в правовую основу этой деятельности.

Обеспечение прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий напрямую зависит, в том числе, от правильного понимания всеми правоприменителями их сущности и содержания, которые не закреплены на законодательном уровне. Проведенный нами логико-семантический анализ современных доктринальных подходов к определению понятия ОРМ позволил сформулировать понятие ОРМ как закрепленные в Законе об ОРД действия, проводимые уполномоченными на то субъектами в соответствии с требованиями нормативных правовых актов, основанные на применении преимущественно негласных средств и методов в сочетании с гласными средствами и методами, направленные на непосредственное выявление

ние фактических данных, необходимых для решения задач оперативно-розыскной деятельности.

В условиях бурного развития современных телекоммуникационных технологий особую актуальность приобретает проблема обеспечения прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий в сетях связи, относимых к категории судебного санкционирования, к числу которых относятся контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров и снятие информации с технических каналов связи. Получение оперативно-розыскными органами у операторов связи информации, имеющей значение для раскрытия и расследования преступлений, достаточно серьезно ограничено действующим законодательством, которое вместе с тем объективно отстает от технического прогресса. В этих условиях появление новых возможностей контроля поведения подозреваемых и обвиняемых в целях эффективного раскрытия и расследования преступлений требует постоянного совершенствования правовых норм, регулирующих полномочия правоохранительных органов по доступу к информации операторов связи.

Особой точности и полноты требует правовое регулирование прослушивания телефонных переговоров, которое, как показал проведенный нами анализ, имеет множество недостатков. Подтверждением этому служит и известное постановление ЕСПЧ по делу «Захаров против России», в котором сделан вывод о нарушении конвенционных прав заявителя и дана общая негативная оценка российскому законодательству, регламентирующему прослушивание телефонных переговоров. Учитывая прецедентный характер решений ЕСПЧ и массовый характер применения данного ОРМ актуализируется проблема приведения законодательных норм, касающихся ограничения права на тайну телефонных переговоров, в соответствие с международными правовыми стандартами.

Не менее актуальным для оперативно-розыскной практики является обеспечение прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий, относимых к категории ведомственного санкционирования, таких как обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, проверочная закупка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативный эксперимент.

К числу неразрешенных в теории ОРД относится вопрос о допустимости принудительного гласного обследования помещений, кото-

рое весьма широко используется на практике на основании ведомственных инструкций, и зачастую весьма существенно ограничивает права граждан и юридических лиц. Существующее же законодательное регулирование, не предусматривающее оснований, условий и порядка применения принуждения в ходе проведения ОРМ, не создает необходимых для этого правовых предпосылок. В этих условиях требуется, во-первых, доктринальное обоснование допустимости принудительного гласного обследования, а, во-вторых, его детальная правовая регламентация, прежде всего, на законодательном уровне.

Наибольшее количество жалоб о нарушении прав личности при проведении ОРМ поступает на проводимые оперативно-розыскными службами проверочные закупки наркотиков, о чем свидетельствует практика Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека. Анализ судебных решений по такого рода жалобам свидетельствует о необходимости совершенствования, прежде всего, тактики проведения этого ОРМ, исключаящую провокацию преступления, а также обеспечивающую право на неприкосновенность личности, на доступ к адвокату при задержании сбытчиков наркотиков с поличным, на законность процедур обнаружения и выемки наркотиков, на использование допустимых доказательств и ряда других прав.

Аналогичные проблемы обеспечения прав личности, связанные с опасностью перерастания в провокацию преступления, подлежат разрешению и при проведении оперативного эксперимента, с помощью которого разоблачается большая часть взяточников. Расширение практики его применения в условиях необходимости активизации борьбы с коррупцией должно сопровождаться совершенствованием его правовых основ, тактики деятельности оперативно-розыскных служб, а также усилением как ведомственного контроля, так и прокурорского надзора.

Реализация изложенных в монографии основных выводов, рекомендаций и предложений, направленных на совершенствование механизма обеспечения принципа уважения и соблюдения права и свобод человека и гражданина в оперативно-розыскной деятельности, по мнению автора, позволит повысить эффективность оперативно-розыскной деятельности и укрепить к ней общественное доверие.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

Учебники, учебные пособия, монографии

1. Азаров В.А., Таричко И.Ю. Функция судебного контроля в истории, теории и практике уголовного процесса России: монография. Омск: Омский гос. ун-т, 2004. — 379 с.
2. Азаров В.А., Кузнецов Е.В. Теоретические основы формирования отрасли оперативно-розыскного права: монография. М.: Юрлитинформ. 2016. — 208 с.
3. Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. О законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности: научный доклад. М.: Изд-ль Шумилова И.И. 2003. — 24 с.
4. Ахкубеков А.Х. Правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности за рубежом и использования ее результатов в уголовном процессе. М.: Российская криминологическая ассоциация. 2004. — 120 с.
5. Бабаев В.К., Баранов В.М. Общая теория права: Краткая энциклопедия. Н. Новгород: Нижегородский юрид. ин-т МВД России, 1997. — 203 с.
6. Бахта А.С., Вагин О.А., Чечетин А.Е. Вопросы оперативно-розыскной деятельности в решениях Конституционного Суда Российской Федерации: Научно-практическое пособие. Хабаровск: Дальневосточный юрид. ин-т МВД России, 2012. — 64 с.
7. Берекашвили Л.Ш. Обеспечение прав человека и законности в деятельности правоохранительных органов: учебное пособие. М.: Московская академия МВД России, 2001. — 164 с.
8. Бобров В.Г. Понятие оперативно-розыскного мероприятия. Основания и условия проведения оперативно-розыскных мероприятий: лекция. М.: Академия управления МВД России, 2003. — 64 с.
9. Булатов Б.Б. Государственное принуждение в уголовном судопроизводстве: монография. Омск: Омская академия МВД России, 2003. — 320 с.
10. Вагин О.А., Исиченко А.П. Постатейный комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» со словарем законодательных терминов. М.: Экзамен. 2006. — 479 с.
11. Вагин О.А., Исиченко А.П., Шабанов Г.Х. Оперативно-розыскные мероприятия и использование их результатов: учеб.-практ. пособие. М.: Изд. дом Шумиловой И.И. 2006. — 119 с.

12. Вагин О.А., Исиченко А.П., Чечетин А.Е. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». М.: «Деловой двор». 2009. — 328 с.
13. Вагин О.А., Чечетин А.Е., Шахматов А.В. Практика применения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» в решениях Конституционного Суда Российской Федерации: Учебно-практическое пособие СПб.: Изд-во СПб ун-та МВД России, 2012. — 48 с.
14. Водько Н.П. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» в системе российского законодательства: проблемы и решения: монография. М.: Изд. дом Шумиловой И.И. 2007. — 131 с.
15. Голубовский В.Ю. Оперативно-розыскная деятельность: словарь-справочник. М.: ВНИИ МВД России, СПб.: Лань, 2001. — 384 с.
16. Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М.: Изд-во МНИМП, 1998. — 600 с.
17. Горяинов К.К., Вагин О.А., Исиченко А.П. Теория и практика применения органами внутренних дел закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: Научный доклад. М.: ВНИИ МВД России. 2001. — 23 с.
18. Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. М.: Новый Юрист, 1997. — 576 с.
19. Гусев В.А. Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности: вопросы теории и практики: Препринт. Хабаровск: Дальневосточный юрид. ин-т МВД России, 2011. — 84 с.
20. Гусев В.А. Права оперативных подразделений полиции: законодательство и практика: монография. М.: Изд. дом Шумиловой И.И. 2014. — 127 с.
21. Давыдов С.И. Ситуационный подход в теории и практике оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: монография. Барнаул: Барнаульский юрид. ин-т МВД России. 2009. — 264 с.
22. Дубоносов Е.С. Оперативно-розыскная деятельность: учебник для вузов. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2014. — 442 с.
23. Елинский В.И. Основы методологии теории оперативно-розыскной деятельности: Монография. М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2001. — 228 с.

24. Ефремов А.М. Обеспечение прав и свобод личности в оперативно-розыскной деятельности: Монография. Иркутск: Восточно-Сибирский ин-т МВД России, 2000. — 362 с.
25. Ефремов А.М. Оперативно-розыскная деятельность и личность: Монография. СПб: Санкт-Петербургский университет МВД России, 2000. — 172 с.
26. Ефремов А.М. Оперативно-розыскная деятельность и личные тайны: Монография. Иркутск: Восточно-Сибирский ин-т МВД России, 2001. — 175 с.
27. Железняк Н.С. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности: учебное пособие. Красноярск: Сибирский юрид. ин-т МВД России. 2010. — 308 с
28. Железняк Н.С. Основы оперативно-розыскной деятельности: учебник. Красноярск: СибЮИ ФСКН России. 2013. 2-е изд. доп. — 296 с.
29. Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия в России и за рубежом: монография / под общей ред. В.П. Сальникова. СПб.: Фонд «Университет», 2004. — 256 с.
30. Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия: Общие положения. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — 259 с.
31. Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия: теория и практика: монография / под ред. В.П. Сальникова. СПб.: Санкт-Петербургский ун-т МВД России, 2004. — 329 с.
32. Захарцев С.И. Наука оперативно-розыскной деятельности: философский, теоретико-правовой и прикладной аспекты. СПб.: Изд-во юрид. фак-та СПбГУ. 2011. — 264 с.
33. Захарцев С.И., Игнащенко Ю.Ю., Сальников В.П. Оперативно-розыскная деятельность в XXI веке. М.: Норма. 2015. — 400 с.
34. Знинкин В.К. Оперативно-розыскное обеспечение раскрытия и расследования преступлений: монография. Кемерово: Кемеровский госуниверситет. 2003. — 170 с.
35. Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. М.: Норма: ИНФРА-М. 2011. — 720 с.
36. Зорькин В.Д. Право в условиях глобальных перемен: монография. М.: Норма. 2013. — 496 с.
37. Кальницкий В.В. Следственные действия: учебное пособие. — 2-е изд., перераб. и доп. — Омск: Омская академия МВД России, 2003. — 72 с.
38. Кальницкий В.В., Марфицин П.Г. Производство следственных действий, сопряженных с ограничением конституционных прав

- граждан: учебное пособие. Омск: Омская академия МВД России, 2004. — 80 с.
39. Климов И.А. Оперативно-розыскная деятельность как процесс познания: монография. М.: Юрид. ин-т МВД РФ, 1994. — 152 с.
40. Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.Д. Зорькина. 2-е изд., пересмотр. М.: Норма: ИНФРА-М. 2011. — 1008 с.
41. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. А.Ю. Шумилова. М.: Вердикт-1М, 1997. — 208 с.
42. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С приложением решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека / отв. ред. В.С. Овчинский. 2-е изд., доп. и перераб. — М.: Норма. 2014. — 608 с.
43. Конституционные права и свободы человека и гражданина в Российской Федерации: учебник для вузов / под ред. О.И. Тиунова. М.: Норма, 2005. — 608 с.
44. Конституция Российской Федерации: Комментарий / под ред. Б.Н. Топорнина, Ю.М. Батурина, Р.Г. Орехова. М.: Юрид. лит., 1994. — 624 с.
45. Конституционно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности // Сборник материалов Всероссийского круглого стола: Санкт-Петербург, 3 ноября 2011 г. / сост. К.Б. Калиновский. СПб: Северо-Западный филиал Российской академии правосудия. 2012. — 240 с.
46. Кудрявцев В.Н. Стратегии борьбы с преступностью. М.: Юристъ, 2003. — 352 с.
47. Лейбо Ю.И., Толстопятенко Г.П., Экштайн К.А. Права и свободы человека и гражданина: Научно-практический комментарий к главе 2 Конституции Российской Федерации. М., 2000. — 543 с.
48. Луговик В.Ф. Оперативно-розыскной кодекс Российской Федерации: авторский проект. Омск: Омская юридическая академия, 2014. — 96 с.
49. Лукашов В.А. Введение в курс «Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел». Киев: Киевская ВШ МВД СССР, 1976. — 127 с.
50. Маркушин А.Г. Оперативно-розыскная деятельность — необходимость и законность. — 2-е изд., перераб. и доп. — Н. Новго-

род: Нижегородский юридический институт МВД России, 1997. — 219 с.

51. Маркушин, А.Г. Оперативно-розыскная деятельность: учебник для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2013. — 399 с.

52. Маслов В.В. Судебный контроль в процессе оперативно-розыскной деятельности — гарантии прав и законных интересов: монография. Екатеринбург: Уральский гос. горный ун-т. 2008. — 116 с.

53. Назаров А.Д. Провокации в оперативно-розыскной деятельности. М.: Юрлитинформ. 2010. — 152 с.

54. Общая теория государства и права. Академический курс в трех томах / отв. ред. Марченко М.Н. 3-е изд., перераб. и доп. Том 2: Право. М., 2007. — 816 с.

55. Обеспечение прав человека в деятельности органов внутренних дел: учебник / под общ. ред. Ю.В. Анохина, В.Я. Кикотя. М.: ЦОКР МВД России. 2010. — 712 с.

56. Организация подготовки и проведения оперативно-розыскных мероприятий (с использованием правовых позиций Конституционного Суда России): методическое пособие / под ред. А.Е.Чечетина. М.: ДГСК МВД России. 2014. — 88 с.

57. Оперативно-розыскная деятельность: учебник. 2-е изд., доп. и перераб. / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова, А.Ю. Шумилова. М.: ИНФРА-М, 2004. — 848 с.

58. Оперативно-розыскная деятельность: учебник / под ред. И.А. Климова. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2014. — 383 с.

59. Оперативный эксперимент: вопросы теории и практики: Сборник научных трудов. М.: Академия МВД России. 2005. — 104 с.

60. Осипенко А.Л. Борьба с преступностью в глобальных компьютерных сетях: Международный опыт: Монография. М.: Норма, 2004. — 432 с.

61. Основы оперативно-розыскной деятельности: Учебник / Под ред. С.В.Степашина. СПб.: Лань, 1999. — 704 с.

62. Основы оперативно-розыскной деятельности: учебное пособие / Под ред. А.Е.Чечетина. Хабаровск: Дальневосточный юрид. ин-т МВД России, 2014. — 264 с.

63. Петрухин И.Л. Человек и власть (в сфере борьбы с преступностью). М.: Юрист, 1999. — 392 с.

64. Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / под общ ред. Е.А. Лукашевой. М.: НОРМА, 2002. — 448 с.

65. Ривман Д.В. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». СПб.: Питер. 2003. — 235 с.

66. Семилетов С.И. Проблемы обеспечения конституционных гарантий защиты прав и свобод человека в России при осуществлении оперативно-розыскной деятельности в сетях связи: монография. М.: ЮРКОМПАНИ. 2012. — 308 с.

67. Смирнов М.П. Комментарии оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран: учебное пособие. М.: Экзамен, 2002. — 544 с.

68. Скобликов П.А. Обжалование в суд решений и действий (бездействия) правоохранительных органов и их должностных лиц. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. — 160 с.

69. Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / под ред К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. М.: ИНФРА-М, 2012. — 690 с.

70. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий / под ред. В.В. Николюка, В.В. Кальницкого, А.Е. Чечетина. Омск: Юридический ин-т МВД России, 1996. — 86 с.

71. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Научно-практический комментарий / под ред. В.В.Николюка, В.В. Кальницкого, А.Е. Чечетина. Омск: Юридический ин-т МВД России, 1999. — 180 с.

72. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий / под ред. А.С.Бахты. Хабаровск: Дальневосточный юрид. ин-т МВД России. 2013. — 240 с.

73. Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: монография. М., 2006. — 180 с.

74. Чечетин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия и права личности: монография. Барнаул: Барнаульский юрид. ин-т МВД России, 2006. — 148 с.

75. Чувилев А.А. Оперативно-розыскное право. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1999. — 80 с.

76. Шматов М.А. Теория оперативно-розыскной деятельности в системе уголовно-правовых наук. Волгоград: Волгоградская академия МВД России. 2001. — 228 с.

77. Шумилов А. Ю. Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в России: монография. М.: Издатель Шумилова И.И., 1997. — 232 с.

78. Шумилов А.Ю. Юридические основы оперативно-розыскных мероприятий: учебное пособие. М.: Изд-ль Шумилова И.И., 1999. — 128 с.

79. Шумилов А.Ю. Проблемы формирования уголовно-разыскного права (Право и сыск): Авт. сб. науч. раб. Вып. 4. М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2001. — 144 с.

80. Шумилов А.Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С постатейным приложением нормативных правовых актов и документов. — 6-е изд., испр. и доп. — М., 2004. — 331 с.

81. Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности: учебник для вузов. М.: Изд. дом Шумиловой И.Ю. 2006. — 368 с.

82. Шумилов А.Ю. Проблемы законодательного регулирования в оперативно-розыскной деятельности: десять лет спустя (конституционные, административные, уголовные, уголовно-процессуальные и уголовно-сыскные аспекты): монография. 2-е изд., испр. и доп. М., 2008. — 260 с.

83. Шумилов А.Ю. Оперативно-розыскная наука в Российской Федерации: монография. В 3-х т. Т. I: Оперативно-розыскная деятельность и формирование науки о ней. М.: Изд. дом Шумиловой И.И. 2013. — 455 с.

84. Шумилов А.Ю. Оперативно-розыскная наука в Российской Федерации: монография. В 3-х т. Т. II: Философия оперативно-розыскной науки. М.: Изд. дом Шумиловой И.И. 2014. — 416 с.

85. Шумилов А.Ю. Оперативно-розыскная наука в Российской Федерации: монография. В 3-х т. Т. III: Основные положения. Кн. 1 Объект, предмет и система оперативно-розыскной науки. М.: Изд. дом Шумиловой И.И. 2013. — 360 с.

Научные статьи

86. Абрамочкин В.В. Использование результатов негласных ОРМ в уголовном судопроизводстве: позиция Конституционного Суда РФ // Уголовный процесс. № 1. 2011. С. 20–23.

87. Абрамочкин В.В. Проверка судом законности и обоснованности проведения прослушивания телефонных переговоров, начатого в условиях, не терпящих отлагательств // Российская юстиция. 2014. № 12. С. 29–32.

88. Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. К вопросу о законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности // Государство и право. 2004. № 11. С. 23–31.

89. Брейди Н. Использование результатов оперативно-розыскных мероприятий в уголовном процессе в свете решений ЕСПЧ по жало-

бам в отношении Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия № 5 (35), 2013. С. 30–35.

90. Бобров В.Г. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: вопросы, требующие разрешения // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (актуальные вопросы правового регулирования оперативно-розыскной, контрразведывательной, частной сыскной, уголовно-процессуальной и уголовно-исполнительной деятельности): Вневедомств. сб. науч. раб. / под ред. А.Ю.Шумилова. Вып. 1. М., 1998. С. 11–17.

91. Бобров В.Г. О некоторых вопросах законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Десять лет российскому оперативно-розыскному закону): Вневед. сб. науч. раб. / под ред. А.Ю. Шумилова. М., 2002. С. 40–56.

92. Бочкарев А.В., Федюнин А.Е. Некоторые уголовно-процессуальные вопросы получения и фиксации аудиальной информации при осуществлении оперативно-розыскной деятельности // Следователь. 2002. № 6. С. 30–33.

93. Важенин В.В., Баженов С.В., Сафронов А.А. Гласное обследование: подготовка, проведение, использование результатов // Общество и право. № 3(49). 2014. С. 185–187.

94. Гаврилов Б.Я., Боженко С.И. К вопросу о провокации преступлений (с учетом решений Европейского Суда по правам человека) // Уголовный процесс. № 5. 2006. С. 43–45.

95. Горяинов К.К. Оперативно-розыскная деятельность в контексте правовой реальности // Проблемы совершенствования правового регулирования оперативно-розыскной деятельности в современных условиях: Сб. научн. тр. М.: ВНИИ МВД СССР. 1992. С. 3–13.

96. Горяинов К.К., Вагин О.А., Исиченко А.П. Теория и практика применения органами внутренних дел Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // Проблемы теории и практики оперативно-розыскной деятельности: Мат-лы науч.-пр. конф. / под ред. К.К. Горяинова, И.А. Климова. М., 2002. С. 5–22.

97. Горяинов Ю.И. Законность действий сотрудников правоохранительных органов с точки зрения ЕСПЧ // Уголовный процесс. № 5. 2011. С. 30–35.

98. Гусев В.А. «Параллельная реальность» принуждения в оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). № 3 (44). 2015. С. 39–44.

99. Дмитриев А.А., Жиганов С.В. Истребование информации о пользователе телефона по IMEI-коду в ходе ОРД // Уголовный процесс. 2011. № 11. С. 46–47.

100. Елинский В.И. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по отдельным вопросам оперативно-розыскной деятельности // Вестник Академии Генеральной прокуратуры РФ № 6 (14), 2009. С. 8–13.

101. Железняк Н.С. Законодательное регулирование обследования жилища // Полицейское право. 2005. № 3. С. 98–100.

102. Железняк Н.С. К проблеме детализации телефонных переговоров // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе: Сб. мат-лов межд. науч.-пр. конф. (7–8 февраля 2003 г.). Ч. 2. Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России, 2003. С. 219–223.

103. Железняк Н.С. О законодательном регулировании обследования жилища // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе: мат. межд. науч.-практ. конф.: в 2 ч. Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России, 2006. Ч. 1. С. 188–191.

104. Железняк Н.С. О недостатках проекта инструкции о порядке проведения сотрудниками ОВД гласного оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» // Оперативник (сыщик). № 3(24). 2010. С. 25–27.

105. Иванов А.Н. Не все сведения об абоненте, определяемые по IMEI, составляют тайну телефонных переговоров // Уголовный процесс. 2011. № 11. С. 44–45.

106. Исмаилов Ч.М. Основания и условия ограничения конституционных прав граждан в ОРД и их соотношение с уголовно-процессуальными: проблемы и перспективы (применительно к розыску безвестно исчезнувших лиц) // Российский следователь. 2015. № 17. С. 41–45.

107. Ковлер А.И. Россия в Европейском Суде: 2012-й — год «большого перелома» // Российское правосудие. 2013. № 3 (83). С. 27–30.

108. Колоколов Н.А. Защита прав судьи: пределы действия принципа неприкосновенности // Уголовный процесс. № 10. 2011. С. 60–67.

109. Луговик В.Ф. Оперативно-розыскное законодательство и перспективы его совершенствования // Оперативно-розыскное право: сб. науч. ст. / отв. ред. Н.В. Павличенко. Волгоград, 2013. С. 79–104.

110. Митцукова Г.А. Неприкосновенность жилища как один из компонентов неприкосновенности частной жизни // Правоохранительные органы: теория и практика. 2004. № 3(4). С. 77–80.

111. Москалькова Т.Н. Равенство граждан перед законом и судом в системе принципов уголовного процесса // Актуальные проблемы теории и практики уголовного судопроизводства и криминалистики: Сб. статей: В 3 частях. Часть 1: Вопросы уголовного судопроизводства. М.: Академия управления МВД России, 2004. С. 6–11.

112. Николюк В.В. Современные проблемы согласования уголовного, уголовно-процессуального и оперативно-розыскного законодательства // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе: Сб. мат-лов межд. науч.-пр. конф. Ч. 1. Красноярск: Сибирский юрид. ин-т МВД России, 2005. С. 14–18.

113. Омелин В.Н. Понятие оперативно-розыскных мероприятий // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: Мат-лы науч.-пр. конф. М.: Академия управления МВД России. 2005. С. 18–23.

114. Поляков М.П., Терехин В.В. Некоторые аспекты нарушения законности при реализации гласного оперативного обследования (как проявление методологической проблемы дифференциации ОРД на гласную и негласную) // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. № 17. 2012. С. 241–243.

115. Соколов Ю.Н. Использование информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами в ходе предварительного расследования преступлений // Российский следователь. 2011. № 11. С. 18–21.

116. Симоров Д.Н. Об ограничении конституционного права на тайну телефонных переговоров и иных сообщений при снятии информации с технических каналов связи // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (десять лет российскому оперативно-розыскному закону): Вневедомственный сборник научных работ / под ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 5. М.: Изд. Шумилова И.И. 2002. С. 115–122.

117. Трубникова Т.В. Ограничение провокации от правомерного оперативно-розыскного мероприятия в практике ЕСПЧ и судов РФ // Уголовный процесс № 12, 2012. С. 44–52.

118. Черепанов В.А. Конституционно-правовые аспекты оперативно-розыскной деятельности // Государство и право. № 10. 2012. С. 78–81.

119. Чечетин А.Е. Оперативно-розыскная деятельность в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // Оперативник (сыщик). № 2 (23). 2010. С. 53–57.

120. Чечетин А.Е. Конституционный Суд Российской Федерации о праве на законный суд в оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). № 4 (29). 2011. С. 58–61.

121. Чечетин А.Е. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» и права личности // 15 лет Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности»: Сб. мат-лов Всеросс. научн.-пр. конф. Омск: Омский юрид. ин-т, 2010. С. 9–16.

122. Чечетин А.Е. Почему результаты оперативно-розыскных мероприятий были признаны недопустимыми доказательствами // Научный вестник Омской академии МВД России. № 2 (45). 2012. С. 59–62.

123. Чечетин А.Е. Предварительный судебный контроль за проведением оперативно-розыскных мероприятий в контексте права на законный суд // Российское правосудие, № 2 (81), 2013. С. 94–97.

124. Чечетин А.Е. Необходимо ли судебное решение для проведения оперативно-розыскных мероприятий в отношении адвокатов? // Оперативник (сыщик). № 2 (35). 2013. С. 13–15.

125. Чистоделов А.В. Границы прав «милиции-полиции» в части проверок юридических лиц в рамках ОРД // Уголовный процесс. № 1. 2011. С. 10–14.

Авторефераты, диссертации

126. Бурылов А.В. Право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений в Российской Федерации (конституционно-правовой анализ): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2003. — 24 с.

127. Жук И.А. Правовые и организационно-тактические основы проведения оперативно-розыскного мероприятия «Снятие информации с технических каналов связи» в сфере борьбы с организованной преступностью: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. — 26 с.

128. Захарцев С.И. Теория и правовая регламентация оперативно-розыскных мероприятий: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — СПб. 2004. — 41 с.

129. Крюков В.Н. Оперативный эксперимент по делам о взяточничестве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Минск, 2010. — 38 с.

130. Кучерук Д.С. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам о взяточничестве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2011. — 37 с.

131. Кузнецов Е.В. Теоретические основы формирования отрасли оперативно-розыскного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2014. — 25 с.

132. Мазуров В.А. Уголовно-правовая защита тайны: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2001. — 24 с.

133. Махмутов Т.Т. Соблюдение и гарантии обеспечения прав и законных интересов субъектов оперативно-розыскных правоотношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2007. — 25 с.

134. Романовский Г.Б. Конституционное регулирование права на неприкосновенность частной жизни: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1997. — 22 с.

135. Парадников А.Г. Использование оперативно-технических средств при проведении оперативно-розыскных мероприятий аппаратами уголовного розыска: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2002. — 25 с.

136. Спиридонов П.Е. Эксперимент в оперативно-розыскной деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002. — 26 с.

137. Соколов Ю.Н. Использование результатов электронного наблюдения в уголовном судопроизводстве и оперативно-розыскной деятельности: дисс.... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Уральская государственная юридическая академия. Екатеринбург, 2005. — 218 с.

138. Сурков К.В. Оперативно-розыскное законодательство России: пути совершенствования и развития: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М.: ВНИИ МВД России, 1997. — 43с.

139. Тюрин П.Ю. Конституционное право человека и гражданина на неприкосновенность жилища в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. — 24 с.

Для заметок

Для заметок

Научное издание

Чечетин Андрей Евгеньевич,
доктор юридических наук, профессор

**ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВ ЛИЧНОСТИ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ
ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ**

Монография

Печатается в авторской редакции
Компьютерная вёрстка *Фролова А.В.*

Подписано в печать 01.12.2016. Формат 60×84^{1/16}
Печать цифровая. Объем 14,5 п.л. Тираж 100 экз. Заказ № 161/16

Отпечатано в Санкт-Петербургском университете МВД России
198206, Санкт-Петербург, ул. Летчика Пилютова, д. 1