

Министерство внутренних дел Российской Федерации  
Дальневосточный юридический институт

В.А. Гусев

СОБЛЮДЕНИЕ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА ПРИ  
ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ:  
ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

Препринт

Хабаровск, 2011

Гусев, В.А.

Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности: вопросы теории и практики: препринт. – Хабаровск: Дальневосточный юридический институт МВД России, 2011. - 106 с.

В препринте предлагаются результаты исследования сущности такого законодательного принципа оперативно-розыскной деятельности как уважение и соблюдение прав и свобод человека и гражданина. Автором предпринята попытка сформулировать идеологическую основу данного оперативно-розыскного принципа. На основе проведенного анализа научных источников и практики органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, предлагается авторская концепция законодательной модели и правового механизма реализации соблюдения прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, система соответствующих процедур восстановления нарушенного права и возмещения причиненного ущерба.

Для практических и научных работников, интересующихся актуальными проблемами соблюдения прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, а также для профессорско-преподавательского состава, аспирантов (адъюнктов) и студентов (курсантов, слушателей) юридических высших образовательных учреждений.

# Оглавление

## Введение

### Глава 1. Уважение и соблюдение прав и свобод человека и гражданина как принцип оперативно-розыскной деятельности

§ 1. Идеологические основы принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина в оперативно-розыскной деятельности

§ 2. Права и свободы человека и гражданина, подлежащие соблюдению в оперативно-розыскной деятельности

§ 3. Законодательная модель соблюдения прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

### Глава 2. Судебное рассмотрение материалов об ограничении прав и свобод человека и гражданина при проведении оперативно-розыскных мероприятий

§ 1. Основания и порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав человека и гражданина при проведении оперативно-розыскных мероприятий

§ 2. Особенности получения судебного решения на проведение оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права человека и гражданина в случаях, которые не терпят отлагательства.

### Глава 3. Обжалование действий органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность и восстановление нарушенных прав, свобод и законных интересов человека и гражданина

§ 1. Порядок обжалования действий органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность

§ 2. Процедура истребования и предоставления лицу сведений, полученных о нем в процессе оперативно-розыскной деятельности

§ 3. Восстановление нарушенных прав и возмещение вреда, причиненного гражданину действиями органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность

## Заключение

## Введение

Вся история развития человечества неразрывно связана с получением и накоплением знаний об окружающем мире и роли самого человека в нем. Увеличение знаний предопределяет их использование в жизнедеятельности, а следовательно и научно-технический прогресс, обуславливающий более комфортное существование человека на каждом историческом этапе, его социально-гуманитарное развитие и самосовершенствование. Вместе с тем, необходимо отметить, что социальная составляющая человека, его осознание себя полноправным членом цивилизованного, культурного общества, оказывает существенное взаимное влияние на научно-техническое развитие такого социума. В связи с этим, следует признать, что одним из главных достижений человечества в социальной сфере является институт прав и свобод человека. Ведь только личность, обладающая обширным перечнем прав и свобод, большая часть из которых имеет естественную природу, может гармонично развиваться и совершенствоваться<sup>1</sup>.

Предполагаем поэтому, каждое государство, определяющее себя «правовым», устанавливает в своем основном законе права и свободы человека – высшей ценностью, а также формирует законодательный механизм их соблюдения и защиты. В то же время защита прав и свобод одних граждан от преступных посягательств объективно предполагает необходимость ограничения прав и свобод других граждан, тем или иным образом причастных к преступлениям. Вследствие этого, государство, в лице соответствующих, законодательно определенных органов, наделяется специальными полномочиями по ограничению конституционных прав и свобод человека.

Оперативно-розыскная деятельность – одна из тех государственно-правовых форм борьбы с преступностью, которая по своему характеру, целям

---

<sup>1</sup> См.: *Баринов Д.А., Еремина И.С., Миненко А.В.* Обеспечение прав человека в деятельности органов внутренних дел. Общая часть: учебное пособие. Хабаровск: Дальневосточный юридический институт МВД России, 2009. С. 5.

и способам их достижения не может не ограничивать конституционных прав граждан<sup>1</sup>. В то же время, осуществление данной деятельности возможно только на основе законодательно определенного принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина, без реализации которого оперативно-розыскную деятельность вряд ли можно считать правомерной и допустимой.

Необходимо отметить, что исследованию проблем обеспечения этого оперативно-розыскного принципа были посвящены работы таких ученых, как О.А. Галустьян<sup>2</sup>, А.М. Ефремов<sup>3</sup>, А.В. Тямкин<sup>4</sup>, О.В. Демковец<sup>5</sup>, А.Е. Чечетин<sup>6</sup>, А.Ю. Шумилов<sup>7</sup> и многих других. Вместе с тем, по объективным причинам вопрос соблюдения прав и свобод личности в процессе осуществления оперативно-розыскной деятельности имеет комплексный характер и нуждается в дальнейшем более детальном и глубоком исследовании, безусловно, на основе имеющихся фундаментальных трудов.

Именно этому, весьма актуальному с точки зрения отношений государства и общества вопросу посвящается данная работа.

---

<sup>1</sup> См.: *Берекашвили Л.Ш.* Обеспечение прав человека и законности в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Защита прав человека и соблюдение законности органами внутренних дел: материалы международной научной конференции. (10 дек.1998 г.). М.: Московский юридический институт МВД России, 1999. С.47.

<sup>2</sup> См.: *Галустьян О.А.* Обеспечение прав граждан в уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: автореф. дис... докт. юрид. наук. М., 2001.

<sup>3</sup> См.: *Ефремов А.М.* Обеспечение прав и свобод личности в оперативно-розыскной деятельности: монография. Иркутск: Восточно-Сибирский институт МВД России, 2000.

<sup>4</sup> См.: *Тямкин А.В.* Теоретические основы, организационно-правовые и тактические проблемы государственной защиты прав личности в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел России: автореф. дис... докт. юрид. наук. Волгоград: Волгоградская академия МВД России, 2005.

<sup>5</sup> См.: *Демковец О.В.* Обеспечение конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий органов внутренних дел: автореф. дис... канд. юрид. наук. М.: ВНИИ МВД России, 2001.

<sup>6</sup> См.: *Чечетин А.Е.* Оперативно-розыскные мероприятия и права личности: монография. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006.

<sup>7</sup> См.: *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.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2008.

# **Глава 1. Уважение и соблюдение прав и свобод человека и гражданина как принцип оперативно-розыскной деятельности**

## **§ 1. Идеологические основы принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина в оперативно-розыскной деятельности**

В соответствии со ст. 2 Конституции Российской Федерации: «Человек, его права и свободы, являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав человека и гражданина – обязанность государства». Вся вторая глава Конституции РФ посвящена конкретизации данных прав и свобод, формулированию основ правового механизма их обеспечения и условий ограничения. Тем самым Российская Федерация подтверждает свой статус демократического правового государства, которое не только признает существование указанных прав и свобод, но возлагает на себя обязанность соблюдать и защищать их. Прежде всего, эта обязанность возлагается на те органы государственной власти, которые реализуют правоприменительную и правоохранительную функции. В частности, это органы и их должностные лица, осуществляющие административно-процессуальную, уголовно-процессуальную и оперативно-розыскную деятельность. Именно поэтому в каждом отраслевом законодательстве, регламентирующем указанные виды государственной деятельности, имеется система норм, обеспечивающих реализацию указанного конституционного положения.

Так, в соответствии со статьей 1.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ)<sup>1</sup>, одной из задач данного законодательства является охрана прав и свобод человека и гражданина. Статья 6 Уголовно-процессуального кодекса Российской

---

<sup>1</sup> «Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» от 30.12.2001 г. № 195-ФЗ (ред. от 04.10.2010 г.).

Федерации (далее – УПК РФ)<sup>1</sup> отмечает, что уголовное судопроизводство имеет своим назначением защиту прав и законных интересов лиц, потерпевших от преступлений, а также защиту личности от незаконного и необоснованного ограничения ее прав и свобод. Согласно статьи 1 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – ФЗ об ОРД)<sup>2</sup>, данный вид государственной деятельности осуществляется «... в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина ...». При этом каждая из указанных видов деятельности базируется на определенной системе принципов, обеспечивающих основу для достижения целей борьбы с правонарушениями и защиты прав личности. В каждой из указанных отраслей законодательства имеются нормативно закрепленные принципы, в той или иной мере отражающие конституционную идею признания и соблюдения прав и свобод человека и гражданина. Но только, в оперативно-розыском законодательстве, в ст. 3 ФЗ об ОРД, содержится принцип «уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина», который напрямую корреспондирует со ст. 2 Конституции РФ.

Следует особо подчеркнуть парадоксальную уникальность данного принципа ОРД с точки зрения законотворческой деятельности. Дело в том, что и административно-процессуальная, и уголовно-процессуальная виды деятельности соответствующих государственных органов существенно (а в некоторых случаях даже в большей степени, чем ОРД) вторгаются в сферу прав и свобод личности. Но при этом ни в административном, ни в уголовно-процессуальном законодательстве, принцип уважения и соблюдения этих самых прав и свобод нормативно не определен. Безусловно, конституционное требование соблюдать права и свободы человека и гражданина частично (именно – *частично*) «растворено» в законодательных нормах, регламентирующих необходимость соблюдения законности в целом,

---

<sup>1</sup> «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» от 18.12.2001 г. № 174-ФЗ (ред. от 27.07.2010 г.).

<sup>2</sup> Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12.08.1995 г. № 144-ФЗ (ред. от 28.12.2010 г.).

процедуры ограничения отдельных конституционных прав на неприкосновенность жилища, тайну переписки, телефонных переговоров и т.д. Однако, уважительное отношение к правам и свободам человека и гражданина, общее требование соблюдать их (в том виде как оно содержится в ФЗ об ОРД), в качестве принципа в указанных отраслевых законах не закреплено.

Мы полагаем, что данная ситуация вносит некоторый диссонанс в соотношение административной и уголовно-процессуальной систем отраслевых законодательных принципов с рассматриваемыми конституционными положениями. Следует подчеркнуть, что признание прав и свобод человека высшей ценностью является фундаментальной нормой конституционного строя Российской Федерации, образующей основу правовой защиты, как общества в целом, так и отдельного гражданина, в частности. Поэтому все конституционные права и свободы личности, соблюдение и защита которых зафиксирована в отраслевых законодательствах, имеют тесную и непосредственную связь с признанием человека, его прав и свобод высшей ценностью. Абсолютно правильно, на наш взгляд, в юридической литературе отмечается, что принцип признания прав и свобод человека высшей ценностью должен оказывать определяющее влияние на всю деятельность демократического государства, на его компетенцию и потенциальные возможности<sup>1</sup>. Именно поэтому органы государственной власти обязаны руководствоваться в своей деятельности нормативными правовыми актами, содержащими в себе законодательно закрепленный принцип признания прав и свобод человека и гражданина. При этом признание, по мнению ряда ученых, комментировавших данное конституционное положение, есть отношение с *уважением* (выделено нами – В.Г.), исходя из данности того, что закреплено в Конституции РФ, и того, что

---

<sup>1</sup> См.: Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: учебник. 3-е издание, переработанное и дополненное. «Юрист», 2004. // СПС КонсультантПлюс.

будет закреплено в ней или иных (не в Конституции) нормативных правовых актах<sup>1</sup>.

В связи с этим, мы полагаем, что законодатель совершенно справедливо в ст. 3 ФЗ об ОРД выделяет отдельный конституционный принцип оперативно-розыскной деятельности – *уважение и соблюдение прав и свобод человека и гражданина*. На наш взгляд, признание государством прав и свобод человека и гражданина по существу означает *уважение личности индивида, самостоятельности и свободы выбора своего развития и пользования принадлежащими ему от рождения, неотчуждаемыми правами*, так как уважение это почтительное отношение, основанное на признании чьих-либо достоинств<sup>2</sup>. Именно на основе принципа уважения и соблюдения рассматриваемых прав и свобод в оперативно-розыскной деятельности и должны строиться законодательные нормы, обеспечивающие их защиту. Таким образом, принцип признания человека, его прав и свобод высшей ценностью служит достаточно определенным ориентиром для совершенствования всей системы основных прав и свобод человека и гражданина в условиях развития демократического общества, преодоления на этом пути всякого рода сложностей и эксцессов<sup>3</sup>.

Признание государством, а, следовательно, и уважение прав и свобод человека и гражданина, объективно предопределяет обязанность государственных органов соблюдать их. Вместе с тем, понятие «соблюдения» в среде юристов понимается неоднозначно. Так, А.В. Тямкин отмечает, что соблюдение прав и свобод человека и гражданина предполагает не активные действия органов, осуществляющих ОРД, а, наоборот, недопущение действий, нарушающих или способных повлечь

---

<sup>1</sup> См.: Конституция Российской Федерации: научно-практический комментарий (постатейный) / Под ред. Ю.А. Дмитриева. «Юстицинформ», 2007 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>2</sup> См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1963. С. 808.

<sup>3</sup> См.: Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: учебник. 3-е издание, переработанное и дополненное. «Юрист», 2004. // СПС КонсультантПлюс.

нарушение прав и свобод<sup>1</sup>. Аналогичного мнения придерживается А.П. Киселев который полагает, что «под соблюдением прав и свобод человека и гражданина следует понимать четкое и неукоснительное следование нормам ФЗ об ОРД, а также ведомственных нормативных актов, регламентирующих основания и порядок проведения ОРМ, т.е. воздержание оперативно-розыскных органов и их должностных лиц от запрещенных правовыми нормами деяний, иными словами, это *пассивная форма поведения* (выделено нами – В.Г.) указанных правоприменителей»<sup>2</sup>.

По нашему твердому убеждению: «соблюдать», не есть пассивно наблюдать за развитием событий, в целях недопущения нарушений прав и свобод человека и гражданина. В контексте ФЗ об ОРД, соблюдение прав и свобод личности предполагает совершение органами, осуществляющими ОРД, и их должностными лицами конкретных действий (например, предоставление в соответствии с ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД лицу сведений о полученной в отношении него информации) или бездействий (например, прекращение оперативно-розыскного мероприятия, ограничивающего права человека, при установлении отсутствия надлежащих оснований и условий для его проведения). По существу требование соблюдать права и свободы человека и гражданина конкретизируется в системе норм ФЗ об ОРД, обеспечивающих процедурно-процессуальный аспект реализации функции государства в борьбе с преступностью. Здесь по аналогии с Конституцией РФ принцип уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина при осуществлении ОРД излагается несколько в «негативной» форме, т.е. с точки зрения предполагаемого, возможного нарушения прав человека<sup>3</sup>, а в

---

<sup>1</sup> См.: Тямкин А.В. Соблюдение прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий (правоохранительный аспект) // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: Материалы научно-практического семинара / Отв. ред. В.М. Аتماжитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 52.

<sup>2</sup> См.: Киселев А.П. Комментарий к Федеральному закону от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»: постатейный // Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2008.

<sup>3</sup> Связь между признанием человека и его прав и свобод высшей ценностью и конкретными правами и свободами человека и гражданина состоит в том, что если ст. 2

последующих нормах законодатель непосредственно определяет, что следует понимать под соблюдением прав и свобод (ст. 5 ФЗ об ОРД) и какие имеются основания и условия их ограничения (ст.ст. 7, 8 и 9 ФЗ об ОРД).

Именно этот момент является, по нашему мнению, ключевым во всей системе рассуждений: ограничение государством «высшей ценности», охраняемой основным законом, возможно. Более того, об этом прямо говорится в некоторых статьях Конституции РФ (например, ч. 2 ст. 23 предусматривает возможное ограничение права на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений на основании судебного решения). Такая законодательная «оговорка» вполне логична и обоснована. Следует вспомнить, что согласно ст. 1 ФЗ об ОРД данная деятельность осуществляется «... в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств». Отсутствие же законодательной возможности у правоохранительных органов ограничения прав и свобод человека и гражданина порождало бы совершенно определенную юридическую дилемму. С одной стороны, органы, осуществляющие ОРД, в процессе защиты прав потерпевшего гражданина вынуждены существенно вторгаться в сферу конституционных прав и свобод (по существу нарушать их неприкосновенность) других граждан, в той или иной степени причастных к совершаемому или совершенным преступлениям. С другой – неукоснительное соблюдение и абсолютная неприкосновенность прав и свобод лиц, совершающих или совершивших преступление, не позволит правоохранительным органам

---

Конституции излагает принцип взаимоотношений человека и государства лишь "негативно", т.е. с точки зрения возможного нарушения прав человека, и имеет в виду лишь объект защиты, то статьи Конституции, посвященные конкретным основным правам и свободам человека и гражданина, сформулированы уже с позитивных позиций (например, в ст. 22 Конституции закреплено, что каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность). См.: *Козлова Е.И., Кутафин О.Е.* Конституционное право России: учебник, 3-е издание, переработанное и дополненное. Юристъ, 2004. // СПС КонсультантПлюс.

обеспечить безопасность и защиту прав остальных граждан и общества в целом.

Безусловно, правовое государство и демократическое общество должны сознательно ориентироваться на защиту человека как высшей ценности, так как такая ориентация позволяет избежать преувеличения роли коллектива над личностью, а, следовательно, и формирования тоталитарного государственного строя. В то же время, защита человека, его прав и свобод требует от государства активных действий и предоставления ему соответствующих прав на случай возможных нарушений прав и свобод человека в повседневной жизни<sup>1</sup>.

В результате совершения преступления нарушаются совершенно конкретные права граждан на жизнь, здоровье, частную собственность и т.п. Государство, в лице правоохранительных органов обязано обеспечить восстановление этих прав, их защиту, в том числе путем установления личности преступника, выявления лиц, событий и предметов, позволяющих сформировать доказательства его виновности. В случаях совершения неочевидных преступлений, раскрыть их только с помощью гласных мер уголовно-процессуального характера крайне затруднительно или вообще невозможно. Именно поэтому законодатель, вполне логично, предусмотрел возможность осуществления негласной оперативно-розыскной деятельности, в том числе оперативно-розыскных мероприятий ограничивающих права и свободы человека и гражданина. Если запретить или даже существенно ограничить возможности правоохранительных органов в сфере ОРД, сложится парадоксальная ситуация: государство не может ограничить права и свободы преступника, который в свою очередь нарушил права и свободы потерпевшего, гарантированные ему Конституцией этого самого государства.

Следует отметить, что данный конфликт интересов индивида и общества имеет свое решение, как с точки зрения морали, так и с точки

---

<sup>1</sup> См.: Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: учебник, 3-е издание, переработанное и дополненное. Юристъ, 2004. // СПС КонсультантПлюс.

зрения права. Любой человек, обладая определенным комплексом прав и свобод, наделяется также установленным перечнем обязанностей по отношению к обществу, в котором он живет. Принцип сочетания прав и обязанностей получил отражение в ст. 29 Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в 1948 г., в которой указано, что «каждый человек имеет обязанности перед обществом, в котором только и возможно свободное и полное развитие его личности», а при осуществлении своих прав и свобод каждый человек может подвергаться только таким ограничениям, которые установлены законом исключительно в целях обеспечения «должного признания и уважения прав и свобод других, удовлетворения справедливых требований морали, общего порядка и благосостояния в демократическом обществе»<sup>1</sup>. В Международном Пакте «О гражданских и политических правах» также зафиксировано, что «отдельный человек имеет обязанности в отношении других людей и того коллектива, к которому он принадлежит»<sup>2</sup>.

Вне всякого сомнения, сознательное выполнение своих обязанностей перед обществом и соблюдение прав других его членов есть необходимое условие пользования личностью принадлежащими ей основными правами. В свою очередь, проблема отступления от принципа верховенства прав и свобод человека в пользу защиты публичного интереса обусловлена необходимостью обеспечения и защиты конституционно гарантированных прав и свобод, но только не конкретного лица, а неопределенного круга лиц<sup>3</sup>. Именно поэтому, категоричное и бескомпромиссное толкование положения Конституции РФ о высшей ценности и абсолютном приоритете прав и свобод человека над интересами общества, которое можно встретить в юридической литературе, вызывает определенное недоумение. Как справедливо отмечает С.А. Авакьян: «Вместо конституционной ценности появляется проблема

---

<sup>1</sup> Российская газета. 1998. 10 декабря.

<sup>2</sup> См.: Международный Пакт от 16.12.1966 г. «О гражданских и политических правах» // Бюллетень Верховного Суда РФ, № 12, 1994.

<sup>3</sup> См.: *Пресняков М.В.* Конституционная концепция принципа справедливости / под ред. Г.Н. Комковой. М.: ДМК Пресс, 2009 // СПС «КонсультантПлюс».

ненужного противопоставления личности и государства. На самом деле никакого «приоритета» личности перед государством нет и быть не может. Ведь государство - это организация всех граждан данной страны. Государство - единственный из политических организмов, который представляет всех нас. Уважение к конкретной личности, безусловно, должно быть. Но почему она должна иметь «приоритет» перед совокупным объединением граждан, представляемым государством, непонятно»<sup>1</sup>.

Именно поэтому, на наш взгляд, в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ предусмотрена возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина федеральным законом 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. Какую-либо другую систему отношений «государство – общество – индивид» трудно себе представить. Ведь даже в условиях действующего законодательства, Н.П. Водько достаточно обосновано констатирует «попустительское отношение правоохранительной системы к проблеме своевременного раскрытия преступлений, в связи с совершением которых права 50 % пострадавших от тяжких преступлений не защищаются вообще, моральный и материальный ущерб не возмещается, виновные не наказываются, и, следовательно, конституционные положения о защите прав граждан остаются декларативными»<sup>2</sup>.

Основываясь на данных умозаключениях, можно сделать вывод, что именно административно-процессуальная, уголовно-процессуальная и оперативно-розыскная виды деятельности специально уполномоченных на то государственных органов призваны обеспечить реализацию конституционного принципа соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина, путем пресечения и раскрытия противоправных деяний,

---

<sup>1</sup> См.: *Авакьян С.А.* Глобализация, общие конституционные ценности и национальное регулирование // Национальные интересы. 2001. № 4.

<sup>2</sup> *Водько Н.П.* Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» в системе Российского законодательства: проблемы и решения: монография. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2007. С. 125.

посягающих на эти права и свободы. При этом ОРД имеет специфическую особенность, заключающуюся в соблюдении принципа конспирации и в сочетании гласных и негласных методов раскрытия преступлений, в процессе проведения которых могут быть ограничены конституционные права и свободы личности. Однако, следует сформировать четкое представление о том, что в этом нет ничего сверхъестественного и из ряда вон выходящего, так как право государства на вмешательство в личную жизнь граждан на основе закона и в целях борьбы с преступностью соответствует требованиям международных нормативных актов<sup>1</sup>.

Следует особо подчеркнуть, что возможность ограничения прав и свобод человека при проведении отдельных оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ) является неотъемлемой сущностной характеристикой ОРД. Гипотетическое законодательное исключение данной возможности объективно повлечет за собой «обесценивание» ОРД в целом, как одного из видов правоохранительной деятельности. Тогда как в настоящее время, вряд ли может вызвать сомнения утверждение о том, что ОРД выступает единственным реальным и эффективным инструментом своевременного выявления преступлений, установления их субъектов, документирования преступной деятельности, обеспечения раскрытия и расследования преступлений<sup>2</sup>.

Несмотря на социальную значимость ОРД, ее вторжение в сферу прав и свобод человека и гражданина должно быть тщательно регламентировано и упорядочено в нормативных правовых актах, а также обеспечено эффективным судебным контролем. Полагаем именно этой цели пытался достичь законодатель, определяя в ФЗ об ОРД систему нормативных

---

<sup>1</sup> См., напр.: ст. 8 «Конвенции о защите прав человека и основных свобод» от 04.11.1950 г. // Бюллетень международных договоров. № 3. 2001; ст. 17 Международного Пакта от 16.12.1966 г. «О гражданских и политических правах» // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 12. 1994.

<sup>2</sup> См.: *Вагин О.А.* Международно-правовые нормы о борьбе с преступностью и проблемы совершенствования законодательного обеспечения оперативно-розыскной деятельности // *Полицейское право.* 2006. № 4. С. 88.

положений, регулирующих соблюдение прав и свобод человека, порядок их ограничения, а также восстановления в случае совершенного нарушения. Некоторые ученые отмечают, что именно на разрешение задачи соблюдения прав человека при проведении ОРМ и направлен ФЗ об ОРД, поясняя при этом, что разный порядок правового регулирования конкретных ОРМ, выражающийся, прежде всего в получении в некоторых случаях судебного решения на их проведение, зависит исключительно от степени ограничения прав человека<sup>1</sup>.

Вместе с тем, процесс формирования законодательных процедур, обеспечивающих достижение указанной цели и решение комплекса задач соблюдения прав и свобод человека в оперативно-розыскной сфере, вряд ли можно считать завершенным. В связи с этим, нам представляется весьма актуальным исследовать данный принцип ОРД через призму решений Европейского суда по правам человека, Конституции Российской Федерации, норм ФЗ об ОРД и смежных законодательных актов.

## **§ 2. Права и свободы человека и гражданина, подлежащие соблюдению в оперативно-розыскной деятельности**

С позиций идеологии правового демократического государства фиксация принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина в ст. 3 ФЗ об ОРД, является значительным достижением. Однако, реализация данного принципа во многом зависит от процедурно-процессуального механизма его правового регулирования, в основе которого лежит четкое определение самого объекта уважения и соблюдения, то есть непосредственно прав и свобод личности.

В соответствии с ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД, «органы (должностные лица), осуществляющие ОРД, при проведении ОРМ должны обеспечивать

---

<sup>1</sup> См.: *Очердько В.П.* Правовое регулирование проведения оперативно-розыскных мероприятий органами внутренних дел на современном этапе // *Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: материалы научно-практического семинара* / Отв. ред. В.М. Аتماжитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 49.

соблюдение прав человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции». Примечательно, что законодатель допустил определенную непоследовательность при создании правового механизма реализации принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина в процессе осуществления ОРД.

Во-первых, по неизвестной причине в ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД не указывается на необходимость соблюдения *свобод* человека и гражданина, что, прежде всего, противоречит обозначенному в ст. 3 ФЗ об ОРД конституционному принципу. Фундаментальными ценностями общества являются не только права, но и свободы граждан. Поэтому, помимо совокупности прав человека и гражданина, Конституция РФ определяет также круг свобод, которыми обладает личность. В частности, каждому гарантируется свобода совести и свобода вероисповедания (ст. 28), свобода мысли и слова (ст. 29), свобода деятельности общественных объединений (ч. 1 ст. 30), свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания (ч. 1 ст. 44).

Вместе с тем, в юридической литературе встречается мнение о том, что какого-либо принципиального различия между понятиями «право» гражданина и «свобода» гражданина, в сущности, нет<sup>1</sup>. Отличие заключается, возможно, лишь в том, что свобода гражданина выражается в более высокой личной инициативе и предполагает большую избирательность варианта поведения<sup>2</sup>. Отчасти это подтверждается нормативными положениями самой Конституции РФ. Так, гарантированной в ч. 1 ст. 8 Конституции РФ, *свободе* экономической деятельности, корреспондирует *право* каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и

---

<sup>1</sup> См.: *Кожевников С.Н.* Личность, государство и право // Теория государства и права: учебник / Под ред. В.К. Бабаева. М., 1999. С. 173; *Права человека: учебник* / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 1999. С. 132-133.

<sup>2</sup> См.: *Баринов Д.А., Еремина И.С., Миненко А.В.* Обеспечение прав человека в деятельности органов внутренних дел: учебное пособие. Хабаровск: Дальневосточный юридический институт МВД России, 2009. С. 9

иной не запрещенной законом экономической деятельности, закрепленное в ч. 1 ст. 34 Конституции РФ.

Однако, предоставляя свободы, государство делает акцент именно на свободном, на максимально самостоятельном самоопределении человека в некоторых сферах общественной жизни, обеспечивая эти свободы, прежде всего невмешательством, как своим собственным, так и со стороны всех иных социальных субъектов<sup>1</sup>. Например, гарантирование Конституцией РФ каждому свободы мысли и слова означает, с точки зрения правовых требований, невмешательство государства в процесс формирования и выражения собственных мнений и убеждений человека, защиту его от любого иного вмешательства, недопустимость какого-либо идеологического диктата, насилия или контроля над личностью<sup>2</sup>. Таким образом, государственные органы, осуществляющие ОРД, и их должностные лица обязаны соблюдать гарантированные Конституцией РФ гражданские свободы и не допускать произвольного (необоснованного) вмешательства в свободное самоопределение личности путем негласного оперативно-розыскного воздействия (влияния). Следовательно, берем на себя смелость предположить, что обеспечение соблюдения свобод человека и гражданина также является обязанностью органов, осуществляющих ОРД, и, соответственно, требует своего включения в ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД.

Во-вторых, в ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД, законодатель необоснованно, на наш взгляд, ограничил перечень прав, подлежащих соблюдению органами и должностными лицами, осуществляющими ОРД. Реализация конституционного принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина в ОРД, закрепленного в ст. 3 ФЗ об ОРД, как справедливо заметил А.Е. Чечетин, помимо перечисленных в ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД, требует соблюдения и иных прав личности, таких как право на свободу и личную

---

<sup>1</sup> См.: *Общая теория государства и права: академический курс*. В 2 т. / Отв. ред. М.Н. Марченко. Т. 1. Теория государства. М., 2000. С. 265.

<sup>2</sup> См.: *Конституция Российской Федерации. Научно-практический комментарий: постатейный* / Под ред. Ю.А. Дмитриева. Юстицинформ, 2007. // СПС КонсультантПлюс.

неприкосновенность (ст. 22 Конституции РФ), право частной собственности (ст. 35), право на квалифицированную юридическую помощь (ст. 48) и некоторых других, которые могут ограничиваться в ОРД<sup>1</sup>.

Так, например, в оперативно-розыскной практике достаточно часто возникает необходимость в задержании (захвате) лица, подозреваемого в совершении преступления<sup>2</sup>. В юридической литературе справедливо отмечается, что фактическое задержание в форме «захвата», несомненно, ограничивает конституционное право граждан на свободу и личную неприкосновенность, при этом законность и обоснованность такого действия вызывает сомнение, так как его проведение не предусмотрено в ФЗ об ОРД и ведомственных нормативных актах органов, осуществляющих ОРД, а следовательно отсутствуют возможности судебного контроля и прокурорского надзора за его проведением<sup>3</sup>.

Кроме того, в некоторых случаях в целях установления и опроса свидетелей, очевидцев и лиц, причастных к совершению преступления, должностные лица органов, осуществляющих ОРД, вынуждены доставлять их в служебное помещение и удерживать там в целях получения соответствующих объяснений. С юридической точки зрения, это не что иное, как нарушение ст. 22 Конституции РФ, определяющей право на свободу и личную неприкосновенность, а соответственно, и оперативно-розыскного принципа соблюдения прав и свобод человека и гражданина. Более того, Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) считает, что задержание, которое несет в себе элемент государственно-властного принуждения и ограничения прав личности, будет иметь место и в том

---

<sup>1</sup> См.: *Чечетин А.Е.* Оперативно-розыскная деятельность в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // *Оперативник (сыщик)*. 2010. № 2. С. 53.

<sup>2</sup> Здесь необходимо разграничивать уголовно-процессуальное задержание от задержания при проведении оперативно-розыскных мероприятий, а также подозреваемого в уголовном процессе и лица, установленного в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия и заподозренного в совершении преступления.

<sup>3</sup> См.: *Ширванов А.А., Ващенко О.Ю.* Предложения о дополнении определенного законом перечня оперативно-розыскных мероприятий // *Научный портал МВД России*. 2010. № 3. С. 76.

случае, если гражданин сам лично добровольно явился в правоохранительный орган либо согласен со своим задержанием<sup>1</sup>.

Действительно, в данном случае оперативные сотрудники действуют вне уголовно-процессуального правового поля, следовательно, у задержанных и доставленных нет процессуального статуса «свидетеля» или «подозреваемого», поэтому они не наделены присущими им правами и обязанностями. Указанные граждане по существу не обязаны давать какие-либо показания и могут покинуть помещение оперативного подразделения в любой момент проведения оперативно-розыскного мероприятия «опрос», обжаловав в последующем сам факт их задержания, доставления и удержания. Однако, несмотря на то, что в оперативно-розыскном законодательстве вообще отсутствует упоминание о таком оперативно-розыскном действии как задержание, решать задачи выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступления, определенные в ст. 2 ФЗ об ОРД, необходимо, в том числе и в ситуациях, когда нет оснований для применения административно-правового и уголовно-процессуального задержания. Неразрешенность этой проблемы также констатировал Конституционный Суд РФ, который определил, что задержание - как мера принуждения, обеспечения подготовки и проведения ОРМ или достижения каких либо целей оперативно-розыскной деятельности – ФЗ об ОРД не предусмотрено (оно может иметь место только в порядке и по основаниям, установленным КоАП РФ или УПК РФ)<sup>2</sup>.

В связи с этим, в некоторых случаях, оперативные сотрудники пытаются разрешить это противоречие путем применения норм

---

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

<sup>2</sup> См.: *Определение* Конституционного Суда РФ от 15.04.2008 г. № 312-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Михайлына Сурена Михайловича на нарушение его конституционных прав статьей 5 и пунктом 4 статьи 10 Закона Российской Федерации «О милиции», а также статьей 2 и пунктом 7 части первой статьи 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (документ опубликован не был) // СПС КонсультантПлюс.

административного законодательства. В частности, путем применения таких мер обеспечения производства по делу об административном правонарушении, предусмотренных ч. 1 ст. 27.1 КоАП, как доставление и административное задержание. При этом процедура административно-процессуального доставления и задержания достаточно детально прописана в ст. 27.2 – ст. 27.5 КоАП России. Преимущество такого детального изложения алгоритма действий должностных лиц и их процедурных аспектов заключается в том, что оно позволяет устранить многие противоречия между правоохранительными органами и лицами, в отношении которых такие меры применены. Это, в свою очередь, позволяет сотрудникам правоохранительных органов более эффективно исполнять свои обязанности, соблюдая при этом права и свободы человека и гражданина.

Вместе с тем, следует иметь в виду что, в соответствии со ст. 27.1 КоАП, данные меры применяются в целях пресечения административного правонарушения, установления личности нарушителя, составления протокола об административном правонарушении при невозможности его составления на месте выявления административного правонарушения, обеспечения своевременного и правильного рассмотрения дела об административном правонарушении и исполнения принятого по делу постановления. Поэтому, при всех указанных достоинствах административно-процессуального задержания и доставления, на наш взгляд данные меры в случае целенаправленного выявления признаков преступления для оперативно-розыскной деятельности не приемлемы. В свою очередь, в соответствии со ст. 2 ФЗ об ОРД ее задачами являются выявление и раскрытие преступлений. Именно, и только, преступлений. Здесь также следует вспомнить разъяснение Конституционного Суда России: когда в ходе ОРМ обнаруживается, что речь идет не о преступлении, а об ином правонарушении, то проведение ОРМ в силу ст. 2 и ч. 4 ст. 10 ФЗ об

ОРД должно быть прекращено<sup>1</sup>. Таким образом, конституционное право человека на свободу и личную неприкосновенность в ходе ОРД ограничивается, административно-правовые средства в оперативно-розыскных целях неприменимы, а в ФЗ об ОРД не только отсутствуют нормативно определенные процедуры их ограничения, но даже и не упоминается о необходимости соблюдения указанных прав в ходе ОРД.

В ст. 35 Конституции РФ закреплено право частной собственности, реализация которого предполагает, что каждый вправе иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им. Никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда, а принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения. В то же время в оперативно-розыскной практике нередко возникает необходимость в изъятии предметов и использовании помещений, транспортных средств и другого имущества в процессе проведения ОРМ и решения задач борьбы с преступностью. Эта возможность прямо предусмотрена в п. 1 и п. 3 ст. 15 ФЗ об ОРД. Однако, эти действия оперативных сотрудников фактически ограничивают право гражданина на пользование и распоряжение своим имуществом. В связи с этим, органы (должностные лица), осуществляющие ОРД, также должны обеспечивать соблюдение права частной собственности, а соответственно данное положение должно быть включено в ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД.

Другая проблема заключается в реализации права на юридическую помощь в сфере ОРД. Так, ч. 1 ст. 48 Конституции РФ гарантирует каждому право на получение квалифицированной юридической помощи. При этом, в соответствии с ч. 2 ст. 48 Конституции РФ каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет

---

<sup>1</sup> См.: *Определение* Конституционного Суда РФ № 86-О от 14 июля 1998 г. «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой // *Собрание законодательства РФ*, 24.08.1998, № 34, ст. 4368.

право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения. Не вызывает сомнения тот факт, что вторая часть рассматриваемой статьи посвящена именно уголовно-процессуальным действиям и решениям, что соответственно нашло свое отражение в УПК РФ.

Вместе с тем, ни в одной норме ФЗ об ОРД не содержится упоминания об участии адвоката (защитника) в процессе проведения гласных оперативно-розыскных мероприятий (например, обследование жилого помещения) и осуществления оперативными сотрудниками иных действий (например, изъятия предметов и документов), ограничивающих конституционные права и свободы человека. В свою очередь, частный анализ ч. 1 ст. 48 Конституции РФ, позволяет сделать вывод о том, что право каждого на получение квалифицированной юридической помощи, никоим образом не связано с приобретением лицом уголовно-процессуального статуса подозреваемого или обвиняемого. Как указал Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении по делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 УПК РСФСР, Конституция Российской Федерации, закрепляя право каждого на получение квалифицированной юридической помощи, не связывает предоставление помощи адвоката (защитника) с формальным признанием лица подозреваемым или обвиняемым<sup>1</sup>. Поэтому данное конституционное право возникает у каждого конкретного человека с того момента, когда ограничение его прав становится реальным.

В связи с этим, считаем достаточно обоснованным вывод о том, что в настоящее время нет никаких правовых препятствий для участия защитника

---

<sup>1</sup> См.: *Постановление* Конституционного Суда РФ от 27.06.2000 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова» // *Собрание законодательства РФ*, 03.07.2000 г., № 27, ст. 2882.

в ОРД<sup>1</sup>. Более того, Конституционный Суд РФ в своем определении подтвердил право каждого гражданина на получение квалифицированной юридической помощи при проведении в отношении такого гражданина ОРМ<sup>2</sup>. Следует подчеркнуть значимость данного судебного решения, так как некоторые ОРМ не только во многом схожи в процедурном отношении со следственными действиями, но и результаты таких ОРМ, как правило, ложатся в основу принятия уголовно-процессуальных решений о возбуждении уголовного дела или о проведении следственных действий, а, следовательно, дальнейшего более значимого ограничения прав граждан, подозреваемых в совершении преступления. Кроме того, полагаем, следует согласиться с имеющимся в юридической литературе мнением о том, что правом на получение квалифицированной юридической помощи обладают и другие граждане, которые попали в сферу оперативно-розыскных отношений, например те, процессуальный статус которых аналогичен свидетелю<sup>3</sup>. Это обстоятельство обуславливается тем, что при проведении ОРМ те или иные действия лица, его объяснения тех или иных событий могут повлечь за собой значимые юридические последствия как для других граждан, так и для него самого. Именно поэтому помощь квалифицированного юриста позволит такому лицу принять решение об участии в ОРМ с учетом разъяснения его конституционных прав и обязанностей (например, ст. 51 Конституции РФ при опросе).

Вместе с тем, следует отметить, что в некоторых случаях допускается возможность ограничений в праве на получение юридической помощи при проведении ОРМ. Так, Конституционный Суд РФ в своем определении

---

<sup>1</sup> См.: *Чуркин А.В.* Участие защитника в оперативно-розыскной деятельности // *Оперативник (сыщик)*. 2009. № 2. С. 26.

<sup>2</sup> См.: *Определение* Конституционного Суда РФ от 9 июня 2005 г. № 327-О «По жалобе гражданина Чукова Анзаура Николаевича на нарушение его конституционных прав положениями пунктов 1 и 3 части первой статьи 6 и подпункта 1 пункта 2 части первой статьи 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (документ опубликован не был) // СПС КонсультантПлюс.

<sup>3</sup> См.: *Верецагина А.* Субъекты стадии возбуждения уголовного дела // *Уголовное право*. 2008. № 6. С. 37.

установил, что некоторые ОРМ, предполагают безотлагательный и внезапный характер совершаемых в их рамках действий, подготовка которых осуществляется в условиях секретности, следовательно, на лиц, в отношении которых эти действия проводятся, не может быть распространено требование об обеспечении права на помощь адвоката (защитника)<sup>1</sup>. Это не означает лишение лица, в отношении которого проводится ОРМ, государственной защиты его прав и свобод и права на квалифицированную юридическую помощь, поскольку такое лицо в случае, если оно полагает, что в результате оперативно-розыскной деятельности были нарушены его права и законные интересы, имеет право обжаловать соответствующие действия в вышестоящий орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, прокурору или в суд (ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД). Кроме того, оно вправе при осуществлении по завершении безотлагательных оперативно-розыскных действий последующей процессуальной деятельности требовать обеспечения ему квалифицированной юридической помощи адвоката (защитника) на общих основаниях.

Таким образом, право на получение квалифицированной юридической помощи возникает у человека с того момента, когда его права ограничиваются либо могут быть ограничены, в том числе и при проведении в отношении его или с его участием оперативно-розыскных мероприятий. Вне всякого сомнения, в ином случае будет иметь место нарушение конституционных прав и свобод человека и гражданина, соблюдение которых, является основополагающим принципом ОРД.

Основываясь на приведенных выше рассуждениях, можно сделать вывод о том, что ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД не предписывает необходимость соблюдения свобод человека и гражданина, а также необоснованно ограничивает перечень прав, которые подлежат соблюдению при

---

<sup>1</sup> См.: *Определение* Конституционного Суда РФ от 19.04.2007 г. № 342-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Жерноклеева Павла Ивановича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части первой статьи 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (документ опубликован не был) // СПС КонсультантПлюс.

осуществлении ОРД. Данное обстоятельство, вне всякого сомнения, негативно влияет на механизм реализации оперативно-розыскного принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина, закрепленного в ст. 3 ФЗ об ОРД.

Другой немаловажной проблемой конструкции ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД является некорректное, на наш взгляд, сочетание прав, соблюдение которых предписывается обеспечивать в ходе ОРД: неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, неприкосновенность жилища и тайна корреспонденции.

Прежде всего, это обусловлено неопределенностью самого понятия «частная жизнь», которое появилось в российском законодательстве с принятием Конституции РФ в 1993 г. и до настоящего времени не имеет нормативно определенного содержания. Данное обстоятельство повлекло за собой попытки ученых исследовать сущность такого социально-правового явления как «частная жизнь» и определить его понятие. Так, авторы первых комментариев Конституции РФ в содержание «частной жизни» включали личные, интимные, семейные, бытовые и другие отношения человека с окружающим миром<sup>1</sup>. В последующем при комментировании ст. 23 Конституции РФ было высказано мнение, что частная жизнь - это те стороны личной жизни человека, которые он в силу своей свободы не желает делать достоянием других<sup>2</sup>.

Ученые-цивилисты предполагают, что тайну частной (личной) жизни составляют сведения об определенном человеке, не связанные с его профессиональной или общественной деятельностью и дающие оценку его

---

<sup>1</sup> При этом отдельными сторонами частной жизни рассматриваются неприкосновенность жилища, тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, тайна денежных вкладов, а также другие сведения являющиеся его личной или семейной тайной и которые человек не желает предавать огласке. См.: *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.

<sup>2</sup> См.: *Бархатова Е.Ю.* Комментарий к Конституции Российской Федерации: постатейный. Проспект, 2010. // СПС КонсультантПлюс.

характеру, облику, здоровью, материальному состоянию, семейному положению, образу жизни, отдельным фактам биографии, а также его отношениям с родственниками, знакомыми и т.п., соответственно, неприкосновенность частной жизни включает в себя: неприкосновенность личной свободы, жилища, документов, телефонных переговоров, телеграфных сообщений личного характера<sup>1</sup>.

При проведении монографического исследования категории «тайны» в системе правового регулирования некоторые ученые пришли к выводу, что в содержание тайны частной жизни входят конфиденциальные сведения, составляющие личную, семейную тайну лица, тайну переписки, почтовых, телефонных переговоров и иных сообщений, тайну голосования, тайну усыновления<sup>2</sup>.

В силу объективных обстоятельств не осталась в стороне и судебная ветвь власти. Конституционный Суд РФ в своем определении отмечает, что в понятие «частная жизнь» включается та область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если она носит непротивоправный характер<sup>3</sup>.

Не трудно заметить, что на протяжении всего изучения сущности и содержания правового понятия «частной жизни» человека прослеживается тенденция к все более широкому ее пониманию. В результате этого, в настоящее время и в прикладном, и в научном смысле понятие «частная жизнь» охватывает самые разнообразные стороны жизнедеятельности

---

<sup>1</sup> См.: *Гражданское право: учебник* / Н.Н. Агафонова, С.В. Артеменков, В.В. Безбах и др.; отв. ред. В.П. Мозолин, А.И. Масляев. М.: Юристъ, 2005. Ч. 1. // СПС КонсультантПлюс.

<sup>2</sup> См.: *Пермяков М.В.* Категория «тайна» в системе правового регулирования: монография. Екатеринбург: Уральский юридический институт МВД России, 2008. С. 28.

<sup>3</sup> См.: *Определение Конституционного Суда РФ от 09.06.2005 г. № 248-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Захаркина Валерия Алексеевича и Захаркиной Ирины Николаевны на нарушение их конституционных прав пунктом "б" части третьей статьи 125 и частью третьей статьи 127 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации»* (документ опубликован не был) // СПС КонсультантПлюс.

человека, которые защищаются различными нормами Конституции РФ<sup>1</sup>. То есть, в содержание права на неприкосновенность частной жизни включаются все виды тайн человека и право на неприкосновенность его жилища. Но тогда совершенно не понятно: почему законодатель включил в ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД в один перечень с неприкосновенностью частной жизни – личную и семейную тайны<sup>2</sup>, неприкосновенность жилища, тайну корреспонденции и почему не включил тайну телефонных переговоров? Полагаем, что данный негативный момент можно отнести к банальному нарушению правил юридической техники.

Аналогичная ситуация складывается с использованием понятия «тайна корреспонденции». Действительно, данное словосочетание как правовая категория не используется ни в одном российском нормативном правовом акте (в ч. 2 ст. 23 Конституции РФ применяется понятие «тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений»). В научной литературе встречается мнение, что данное понятие заимствовано 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 лицами<sup>3</sup>. Не отрицая позитивного влияния норм международного права на формирование системы прав и свобод человека и гражданина в российском законодательстве, полагаем, что в данном случае проблема соотношения международного правового термина и существующего конституционного понятия не способствует восприятию ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД правоприменителем при проведении ОРМ и оценке их результатов.

---

<sup>1</sup> См.: *Чечетин А.Е.* Оперативно-розыскные мероприятия и права личности: монография. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006. С. 84.

<sup>2</sup> На наш взгляд, отчасти это объясняется конструкцией ч. 1 ст. 23 Конституции РФ, в которой право на неприкосновенность частной жизни указывается через запятую с личной и семейной тайной, как однопорядковые и равнозначные понятия, что представляется неверным, т.к. они должны соотноситься как общее и частное.

<sup>3</sup> См.: *Чечетин А.Е.* Оперативно-розыскные мероприятия и права личности: монография. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006. С. 81.

В качестве серьезного упущения законодателя следует отметить отсутствие в ФЗ об ОРД четкого определения способов ограничения указанных прав граждан. В частности, действующее оперативно-розыскное законодательство не содержит понятия «проникновение в жилище», что обуславливает значительные трудности при определении правоприменителем того, что следует понимать под ограничением права граждан на неприкосновенность их жилища. В связи с этим, совершенно справедливо учеными был поставлен целый ряд вопросов: «Будет ли иметь место нарушение названного права, если, например, «посетитель» пришел в квартиру с согласия ее хозяина, но при этом последний был введен в заблуждение этим лицом и поэтому не знал его истинных намерений и цели такого визита? Нарушается ли неприкосновенность жилища при получении сведений о том, что в нем происходит, путем слухового контроля (подслушивание разговоров через тонкую дверь, открытое окно или форточку и т.п.) и визуального наблюдения (подсматривание через отверстие в стене, замочную скважину, стекло оконной рамы, и т.д.) за ним, но без непосредственного (физического) проникновения в это жилище?»<sup>1</sup>.

Отсутствие четкого законодательного «ответа» на поставленные вопросы предопределило вмешательство Конституционного Суда РФ, который установил, что исходя из ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД, при проведении любых ОРМ, конституционное право гражданина на неприкосновенность жилища не может быть ограничено без судебного решения, т.е. нельзя проникать в жилище иначе как на основании судебного решения<sup>2</sup>. Основываясь на данной позиции органов судебной власти, А.Е. Чечетин делает вывод, что любое наблюдение за человеком в его жилище

---

<sup>1</sup> См.: *Атмажитов В.М., Бобров В.Г.* Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: материалы научно-практического семинара / Отв. ред. В.М. Атмажитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 14-15.

<sup>2</sup> См.: *Определение Конституционного Суда РФ от 14.07.1998 г. № 86-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой»* // Вестник Конституционного Суда РФ, № 6, 1998.

(визуальное, слуховое, с использованием технических средств или без них) следует расценивать как проникновение в него<sup>1</sup>, и, следовательно, требует судебного решения. В целом, соглашаясь с таким подходом в вопросе обеспечения права человека на неприкосновенность жилища, следует все же отметить, что он не исключает всех проблем, возникающих в оперативно-розыскной практике. Так, например, что делать оперативному сотруднику, если он непроизвольно или непреднамеренно (случайно) подслушал разговор в жилище о подготавливаемом, совершаемом или совершенном тяжком преступлении? Как оценивать действия конфиденнта, который при посещении жилища с согласия проживающих в нем лиц, не предполагая заранее проводить разведывательные мероприятия, неожиданно получил оперативно значимую информацию? Согласно указанного выше подхода А.Е. Чечетина в этих случаях также имеет место проникновение в жилище и требуется судебное решение, однако получить его в данных условиях не представляется возможным.

В этом же контексте особый интерес представляет право на тайну телефонных переговоров. О возможности правоохранительных органов провести прослушивание телефонных переговоров (далее – ПТП) известно подавляющему большинству здравомыслящих граждан. Эти сведения они могли почерпнуть при просмотре художественных фильмов, прочтении детективов, а с 1992 г. и прямо прочитав об этом ОРМ в Законе Российской Федерации «Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации». Именно поэтому возникает вопрос: так ли уж существенно (глубоко) вторгается государство в частную жизнь граждан при проведении ПТП, если о возможности его осуществления известно всем? Нам представляется вполне логичным, что если человек осведомлен об этом, то он, пренебрегая риском быть прослушанным, все-таки произведет телефонный разговор, либо воздержится от передачи значимой для него

---

<sup>1</sup> См., подробнее: *Чечетин А.Е.* Оперативно-розыскные мероприятия и права личности: монография. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006. С. 106-108.

информации посредством телефона и попытается встретиться с собеседником лично. Однако, в силу различных семейных, личных и других обстоятельств, относящихся к категории частной жизни, человек не желает, чтобы его контакт с этим лицом был кем-либо зафиксирован. Основываясь на этих рассуждениях, мы приходим к выводу, что право на тайну телефонных переговоров предполагает не только *о чем*, но и *с кем* разговаривает человек.

Именно поэтому, на наш взгляд, Конституционный Суд РФ отметил, 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, включая данные о входящих и исходящих сигналах соединения телефонных аппаратов конкретных пользователей связи; для доступа к указанным сведениям органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, необходимо получение судебного решения»<sup>1</sup>.

Необходимо отметить, что в юридической литературе встречается мнение, что в данном случае Конституционный Суд РФ исходит из чрезмерно широкого толкования норм закона, ведь доступной становится лишь информация о входящих и исходящих звонках контролируемого лица, а такого рода «тайна» никоим образом не связана со значением слова

---

<sup>1</sup> См.: *Определение* Конституционного Суда РФ от 02.10.2003 г. № 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» // Вестник Конституционного Суда РФ, № 1, 2004.

«слушать»<sup>1</sup>. Следует обратить внимание автора этих строк, на то обстоятельство, что ни в ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, ни в приведенном выше определении Конституционного Суда РФ ничего не говорится о «прослушивании» телефонных переговоров, в них содержится упоминание о «праве на тайну телефонных переговоров», в которое гармонично вписывается информация о том, с кем, когда, как часто и как долго разговаривал человек.

Исходя из смысла такого подхода Конституционного Суда РФ к понятию тайны телефонных переговоров, человек в процессе телефонного разговора рассчитывает на то, что в тайне останется не только содержание разговора, но и его собеседник, дата и время этого общения. Вот почему, в ч. 2 ст. 23 Конституции РФ говорится именно о телефонных переговорах, т.е. переговорах, производящихся посредством телефонной аппаратуры и исключающих нежелательных свидетелей этого разговора. Данной нормой, государство гарантирует право человека на тайну содержания телефонного разговора и тайну на сведения о собеседнике.

Однако, именно эти умозаключения приводят к вопросу: почему при столь строгой защите тайны телефонных переговоров государство не гарантирует тайну личных переговоров без использования каких-либо телефонных устройств в качестве «посредника»? Ведь если человек знает о том, что государственные органы могут прослушать его телефонные переговоры, он, не доверяя телефону, встречается с собеседником лично, тем самым, предполагая большую защищенность передаваемой информации. Например, когда два человека не желая быть услышанными, уединяются (в сквере, служебном кабинете) и ведут личный, интимный разговор<sup>2</sup>. Анализ

---

<sup>1</sup> См.: *Астафьев Ю.В.* Пределы защиты конституционных прав граждан при производстве оперативно-розыскных мероприятий // *Полицейское право.* 2007. № 1. С.164.

<sup>2</sup> Так как в практике органов, осуществляющих ОРД, нередко возникает необходимость прослушать переговоры, ведущиеся без использования телефонов, в юридической литературе встречается предложение добавить слово «иные» в название оперативно-розыскного мероприятия «Прослушивание телефонных переговоров». См., напр.: *Елинский В.И.* Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной

действующего законодательства позволяет сделать вывод о том, что такие переговоры могут быть прослушаны, в том числе с использованием специальных технических средств, без каких-либо ограничений и судебных решений.

Примечательно, что исключением в этом случае являются лишь переговоры, которые осуществляются в жилом помещении гражданина. Как было указано выше, это обстоятельство связано с правом человека на неприкосновенность жилища: прослушивание ведущихся в жилище разговоров является проникновением в него и, соответственно, ограничивает конституционное право человека на неприкосновенность жилища. Если же разговор осуществляется вне жилого помещения, то для органов, осуществляющих ОРД, не существует никаких законодательных ограничений на его прослушивание и запись. Вместе с тем, не вызывает сомнений тот факт, что содержание такого разговора по существу ни чем не отличается от телефонного и также является составляющим элементом частной жизни человека, неприкосновенность которой гарантируется Конституцией РФ.

Необходимо отметить тот факт, что в ч. 4 ст. 8 ФЗ об ОРД, законодатель помимо телефонных неожиданно упоминает «иные переговоры» что, несомненно, противоречит п. 10 ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД. Мы не сомневаемся, что это также является недочетом с точки зрения юридической техники, однако такая оговорка позволяет предположить что «иные переговоры» представляют собой переговоры вообще. То есть любой вербальный обмен информацией между двумя и более людьми посредством технических средств или без таковых. Однако, в одном из современных комментариев к ФЗ об ОРД по этому поводу отмечается, что под иными переговорами «следует понимать обмен информацией с использованием

---

деятельности // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») / Под ред. д.ю.н. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2005. С.6.

любых средств коммуникации или так называемых технических (электрических) каналов связи ... Переговоры же без использования каких-либо средств коммуникации, осуществляемые путем устных бесед, под действие данной нормы не подпадают»<sup>1</sup>.

Безусловно, данные рассуждения оставляют место для дискуссии, а рассматриваемые вопросы нуждаются в более глубоком и детальном исследовании. Однако, принимая во внимание приведенную выше аргументацию, полагаем возможным констатировать, что ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД не в полной мере отражает комплекс прав и свобод человека и гражданина, которые подлежат соблюдению при проведении ОРМ. В связи с этим указанная норма, на наш взгляд, нуждается в законодательной доработке. Учитывая, что перечисление всех прав и свобод человека и гражданина значительно усложнит структуру ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД, что не будет способствовать ее пониманию правоприменителем, полагаем целесообразным декларативно<sup>2</sup> закрепить в данной норме необходимость соблюдения при проведении ОРМ прав и свобод человека и гражданина вообще<sup>3</sup>, либо ограничиться требованием обеспечения конституционного права на неприкосновенность частной жизни. При этом детальная регламентация соблюдения конкретных прав и свобод возможна при

---

<sup>1</sup> См.: *Комментарий* к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / Под ред. А.И. Алексеева и В.С. Овчинского. М.: Проспект, 2011. С. 89-90.

<sup>2</sup> Так А.Е. Чечетин на основе проведенного научного анализа ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД предположил, что рассматриваемая норма носит скорее политический, декларативный характер и направлена на демонстрацию уважения к правам человека, а не на создание реального правового механизма их обеспечения. См.: *Чечетин А.Е.* Оперативно-розыскные мероприятия и права личности: монография. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006. С. 81.

<sup>3</sup> Следует отметить, что В.И. Елинским уже предлагалось расширить требование, предъявляемое к органам, осуществляющим ОРД, и их должностным лицам – «соблюдать права и свободы ...», без указания конкретных прав (ст. 5 Закона об ОРД). См.: *Елинский В.И.* Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») / Под ред. д.ю.н. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2005. С.6.

законодательном определении оснований и условий, а также процедуры проведения каждого отдельного ОРМ.

### **§ 3. Законодательная модель соблюдения прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности**

Провозглашение в ст. 3 ФЗ об ОРД принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина, а также законодательная попытка создать основу для механизма его реализации в ст. 5 ФЗ об ОРД, безусловно, имеет исключительное значение для признания ОРД в качестве правомерного вида государственной деятельности, соответствующего международным стандартам защиты прав личности. Однако, эффективность обеспечения этих прав и свобод обусловлена, прежде всего, качеством системы законодательных норм, регламентирующих процедурно-процессуальные аспекты их соблюдения при осуществлении ОРД. Именно в этом аспекте ст. 5 ФЗ об ОРД имеет существенные и очевидные недостатки.

Прежде всего, бросается в глаза явный диссонанс ч. 2 ст. 5 ФЗ об ОРД с общим наименованием данной статьи и ее фактическим предназначением. Цели и задачи ОРД определены, соответственно, в ст. 1 и ст. 2 ФЗ об ОРД, и поэтому повторное упоминание о том, что не допускается их осуществление для достижения целей и задач, предусмотренных настоящим Законом, является излишним. В этом вопросе мы полностью солидарны с учеными, которые отмечают, что если уж законодатель и хотел подчеркнуть эту мысль помимо перечня изложенных задач ОРД, то целесообразно это положение изложить в ст. 2, а не в ст. 5 ФЗ об ОРД, регламентирующей совершенно иные отношения<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: *Климов И.А., Синилов Г.К., Сазонова Н.И.* Еще раз о необходимости совершенствования законодательства в сфере оперативно-розыскной деятельности // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») / Под ред. д.ю.н. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2005. С. 17.

На этом, на наш взгляд необоснованное, хотя и менее очевидное, дублирование нормативных положений в ст. 5 ФЗ об ОРД не заканчивается. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД, «органы (должностные лица), осуществляющие ОРД, при проведении ОРМ должны обеспечивать соблюдение прав человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции». Нетрудно заметить, что указанное положение не привносит в правовой механизм ничего нового, по существу повторяя принцип ОРД, закрепленный в ст. 3 ФЗ об ОРД. Ряд исследователей прямо указывают на декларативный характер ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД, так как в ней не содержатся способы, обеспечивающие соблюдение прав и свобод граждан при осуществлении негласных ОРМ<sup>1</sup>. Соглашаясь с указанной позицией, хотелось бы подчеркнуть, что в ней также не содержится порядок соблюдения указанных прав при проведении гласных ОРМ, кроме того, разделение ОРМ на гласные и негласные в данном случае не имеет принципиального значения.

Помимо того, что в ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД необоснованно, на наш взгляд, ограничивается перечень прав личности, подлежащий соблюдению в процессе ОРД, а свободы не упоминаются вообще, сравнительный анализ ч. 1 и ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД позволяет обнаружить другие явные противоречия. Во-первых, в ч. 3 вновь появляется упоминание о свободах граждан, а во-вторых, в ч. 1 прямо указано, что соблюдение прав человека должно обеспечиваться при проведении *оперативно-розыскных мероприятий*, а в ч. 3 речь уже идет о *действиях* органов, осуществляющих ОРД, которые могут привести к их нарушению. Необходимо отметить, что данное законодательное несоответствие уже становилось предметом научного обсуждения, в результате которого, в частности, А.Е. Чечетин,

---

<sup>1</sup> См.: *Понятие оперативно-розыскной деятельности: содержание и правовое регулирование: курс лекций*. Ч. 1 / Б.Я. Нагиленко, Т.В. Асташина, Т.В. Косарева. – Домодедово: ВИПК МВД России, 2010. С. 14.

приходит к выводу о том, что термины «мероприятия» и «действия» не тождественны и не являются синонимами<sup>1</sup>.

Действительно, анализ проведенных ранее исследований позволяет сделать вывод о том, что ОРМ и «действия органов, осуществляющих ОРД» (ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД) несовпадающие понятия. С одной стороны, ОРМ рассматриваются как совокупность, алгоритм взаимообусловленных действий. Так, основываясь на толковании слов русского языка, В.М. Атмажитов и В.Г. Бобров определяют ОРМ как организованную в соответствии с требованиями нормативных правовых актов систему взаимосвязанных *действий* (выделено нами – В.Г.), осуществляемых определенными субъектами для решения задач оперативно-розыскной деятельности<sup>2</sup>.

С другой стороны, несмотря на ст. 1 ФЗ об ОРД, в соответствии с которой ОРД осуществляется посредством проведения ОРМ, необходимо отметить, что ОРД не ограничивается только проведением ОРМ. Так, В.М. Атмажитов совершенно справедливо отмечает, что ОРМ далеко не исчерпывают всего содержания ОРД, наряду с ними соответствующие правоохранительные органы осуществляют другие действия, не включенные в перечень ст. 6 ФЗ об ОРД (оперативные переговоры, облава, засада и др.)<sup>3</sup>. Аналогичного мнения придерживается Н.С. Железняк, который также констатирует очевидные несоответствия между зафиксированным в ФЗ об ОРД перечнем ОРМ и объемом фактических действий, осуществляемых

---

<sup>1</sup> См.: *Чечетин А.Е.* О соотношении понятий оперативно-розыскных мероприятий, действий и мер // *Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: материалы научно-практического семинара* / Отв. ред. В.М. Атмажитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 35.

<sup>2</sup> См.: *Атмажитов В.М., Бобров В.Г.* Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики // *Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: материалы научно-практического семинара* / Отв. ред. В.М. Атмажитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 3-4.

<sup>3</sup> См.: *Атмажитов В.М.* О совершенствовании правового регулирования оперативно-розыскной деятельности // *Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»)* / Под ред. д.ю.н. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2005. С. 24.

оперативными работниками в ходе ОРД: таких действий неизмеримо больше, пишет ученый, и не все они могут быть включены в то или иное ОРМ как его элементы<sup>1</sup>. Так, если изъятие документов, предметов, материалов и сообщений, в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД может производиться при проведении любого ОРМ (а, следовательно, быть его составным элементом), то реализация остальных прав органов, осуществляющих ОРД, установленных иными пунктами ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, непосредственно не связано с проведением ОРМ. Ранее об этом упоминали В.М. Атмажитов и В.Г. Бобров, которые в своих работах неоднократно подчеркивали, что содержание ОРД кроме оперативно-розыскных мероприятий включает в себя также применение оперативно-розыскных методов, установление отношений сотрудничества с лицами, выразившими согласие на оказание конфиденциальной помощи; создание предприятия, организаций и учреждений, необходимых для решения задач ОРД, а также проведение других действий, не включенных законодательный перечень ОРМ<sup>2</sup>.

Основываясь на результатах проведенного монографического исследования данного вопроса, А.Е. Чечетин делает вывод, что всякое ОРМ следует рассматривать как оперативно-розыскное действие, но не всякое оперативно-розыскное действие – как ОРМ, то есть понятия оперативно-розыскных действий и оперативно-розыскных мероприятий соотносятся как общее и частное, при этом «действия» будут родовым понятием, а

---

<sup>1</sup> См.: Железняк Н.С. К вопросу о соотношении оперативно-розыскных мероприятий и оперативно-розыскной деятельности // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: материалы научно-практического семинара / Отв. ред. В.М. Атмажитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 29-30.

<sup>2</sup> См.: Атмажитов В.М., Бобров В.Г. Об основных направлениях дальнейшего развития теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Актуальные вопросы теории и практики оперативно-розыскной деятельности: Труды Академии управления МВД России. М., 2001. С. 8-22; Бобров В.Г. К вопросу о результатах оперативно-розыскной деятельности и их использовании // Актуальные проблемы теории борьбы с преступностью и правоприменительной практики: межвуз. сб. науч. тр. Вып. 5. Красноярск, 2002. С. 149-150.

«мероприятия» – видовым<sup>1</sup>. В целом соглашаясь с данным суждением, полагаем следует дополнить, что ОРМ могут состоять из комплекса определенных оперативно-розыскных действий (например, алгоритм ОРМ «обследования зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» может заключаться в проникновении в помещение, его осмотре, изъятии предметов, оформлении оперативно-розыскных процессуальных документов).

Таким образом, органы, осуществляющие ОРД, должны обеспечивать соблюдение прав и свобод человека и гражданина как при проведении ОРМ, так и при осуществлении иных действий, которые могут привести к их нарушению. Так, к действиям, повлекшим нарушение прав и свобод граждан, можно отнести, например, разглашение сведений, затрагивающих неприкосновенность частной жизни, установление засады в служебном или жилом помещении без согласия его владельцев, склонения лица к оказанию конфиденциального содействия с применением психологического насилия, безосновательную постановку лица на оперативно-розыскной учет и многие другие действия, которые не входят в содержание ОРМ<sup>2</sup>. В этой связи, полагаем, что в ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД законодателем применен более емкий термин «действия», соответственно, целесообразно исключить из ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД словосочетание «при проведении оперативно-розыскных мероприятий».

Вместе с тем, ключевой проблемой создания эффективного механизма обеспечения прав и свобод личности при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, на наш взгляд, является проблема оснований и условий проведения оперативно-розыскных мероприятий, их ограничивающих.

---

<sup>1</sup> См.: *Чечетин А.Е.* Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: монография. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2006. С. 24.

<sup>2</sup> См.: *Чечетин А.Е.* О соотношении понятий оперативно-розыскных мероприятий, действий и мер // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: материалы научно-практического семинара / Отв. ред. В.М. Аتماжитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 35.

Прежде всего, в научной среде критике подвергается законодательная формулировка оснований проведения ОРМ. Так, согласно п. 2 ч. 1 ст. 7 ФЗ об ОРД одним из оснований для проведения ОРМ являются «ставшие известными органам, осуществляющим ОРД, сведения». Из этого следует, что если названные органы такими сведениями не обладают, проводить ОРМ они не имеют права<sup>1</sup>. На наш взгляд, данная проблема не является надуманной и имеет вполне определенное практическое значение. Несмотря на отсутствие судебной практики оспаривания обоснованности проведения ОРМ по п. 2 ч. 1 ст. 7 ФЗ об ОРД, мы полагаем, что это вопрос времени. Так как, если были проведены ОРМ, ограничивающие права и свободы конкретного человека, и впоследствии он не был привлечен к ответственности, у правозащитников, а впоследствии и у суда, может возникнуть вопрос: на каком основании (т.е. какие сведения и из каких источников они были получены) были проведены эти мероприятия? В связи с этим, принимая во внимание отсутствие законодательной процедуры получения первичной информации в ОРД, можно прогнозировать проблему обоснованности проведения ОРМ, а также использования их результатов в доказывании по уголовным делам.

Другая проблема заключается в самой структуре и соотношении оснований и условий проведения ОРМ. В соответствии с положениями ст. 7 ФЗ об ОРД, основания для проведения ОРМ являются общими для любого из них и не зависят от того, ограничивают они конституционные права граждан или нет. Однако, при формировании условий, законодатель в ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД предписывает, что проведение ОРМ, которые ограничивают конституционные права человека, «допускается на основании судебного решения и при наличии информации:

---

<sup>1</sup> См.: *Елинский В.И.* Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») / Под ред. д.ю.н. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2005. С.7.

1. О признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно.

2. О лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно.

3. О событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации».

Нетрудно заметить, что указанные «условия» совпадают с некоторыми «основаниями». Так, «основание», содержащееся в пп. 1 п. 2 ч. 1 ст. 7 ФЗ об ОРД, практически идентично «условиям» в п. 1 и п. 2 ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД, за тем лишь исключением, что по указанным противоправным деяниям предварительное следствие должно быть обязательным. А вот «основание» в пп. 2 п. 2 ч. 1 ст. 7 ФЗ об ОРД абсолютно слово в слово совпадает с «условием» в п. 3 ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД. Да и формулировка «оснований» и «условий» позволяет предположить одинаковую природу их происхождения: «ставшие известными сведения о ...» в п. 2 ч. 1 ст. 7 ФЗ об ОРД и «при наличии информации о ...» в ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД. В связи с этим, полагаем, что перечисленные в ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД «условия» относятся к основаниям проведения ОРМ, ограничивающим конституционные права граждан, и должны содержаться в ст. 7 ФЗ об ОРД.

Вызывает недоумение и формулировка «условия», содержащегося в ч. 4 ст. 8 ФЗ об ОРД, в соответствии с которой прослушивание телефонных переговоров допускается только по категориям преступлений средней тяжести, тяжких и особо тяжких. То есть, в данном случае законодатель еще более сужает возможности проведения ОРМ, ограничивающего право на тайну телефонных переговоров: помимо того, что по данному преступлению должно быть обязательным предварительное следствие, оно еще должно относиться и к определенной категории (не ниже средней тяжести).

Такой законотворческий подход, на наш взгляд, не только усложняет восприятие оснований и условий проведения ОРМ, но и не способствует более эффективной защите прав и свобод личности. Во-первых, как справедливо отмечает А.Е. Чечетин, законодатель фактически признает право на тайну телефонных переговоров более значимым, относительно права на тайну переписки и неприкосновенность жилища, что не соответствует ст. 23 Конституции РФ, в которой эти права закрепляются как равнозначные<sup>1</sup>. Во-вторых, само законодательное ограничение оснований проведения ОРМ, затрагивающих конституционные права личности, только по преступлениям, по которым предварительное следствие обязательно или относится к определенной категории по степени тяжести, вызывает у нас обоснованные сомнения. Прежде всего, потому, что аналогичные по своей сущности следственные действия (осмотр жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц, обыск в жилище, наложение ареста на почтово-телеграфные отправления) в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством могут осуществляться по всем категориям уголовных дел, вне зависимости от формы предварительного расследования или степени тяжести преступления<sup>2</sup>. Тогда как конституционные права человека и гражданина при осуществлении таких следственных действий в процессе дознания ограничиваются не в меньшей степени (если не в большей!), нежели при проведении аналогичных ОРМ.

В связи с этим, представляет интерес мнение А.Ю. Шумилова, который в своем проекте новой редакции ФЗ об ОРД предлагает разрешить проведение ОРМ, ограничивающие конституционные права граждан, не по

---

<sup>1</sup> См.: Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: монография. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2006. С. 170.

<sup>2</sup> Единственным исключением здесь является ст. 186 УПК РФ, в соответствии с которой контроль и запись переговоров допускаются только по уголовным делам о преступлениях средней тяжести, тяжких и особо тяжких преступлениях. Однако, в данном случае мы полагаем имеет место банальное копирование указанных законодательных ограничений, содержащихся в более раннем ФЗ об ОРД (1995 г.), в более поздний УПК РФ (2001 г.), который впервые и ввел следственное действие «контроль и запись переговоров» аналогичное оперативно-розыскному мероприятию «прослушивание телефонных переговоров».

преступлениям, по которым обязательно производство предварительного следствия, а принимать такое решение с учетом характера и степени общественной опасности противоправного деяния, а также тяжести возможных или наступивших последствий<sup>1</sup>. Следует отметить, что у такого подхода есть как свои сторонники, так и противники. Например, С.И. Захарцев также отмечает, что при принятии решения о проведении ОРМ, ограничивающего конституционные права личности, судья вне зависимости от степени тяжести преступления должен руководствоваться направленностью, степенью и характером общественной опасности преступления<sup>2</sup>. В то же время А.Е. Чечетин подчеркивает, что в основе законодательного деления преступлений на категории лежит их различный характер и степень общественной опасности, следовательно, степень и уровень общественной опасности, а также и «направленность» преступлений уже определены законодателем и нет необходимости их пересматривать в судебном порядке, необходимо допустить возможность проведения всех рассматриваемых ОРМ по преступлениям средней тяжести<sup>3</sup>.

В качестве дополнительного аргумента своей позиции А.Е. Чечетин, указывает, что ограничение применения прослушивания телефонных переговоров конкретными видами преступлений в полной мере отвечает стандартам Европейского суда, который к числу гарантий против злоупотреблений относит законодательное (а не судебное) определение характера правонарушений, при котором возможно прослушивание<sup>4</sup>. Однако, данный довод в некоторой степени не согласуется с российским уголовным законодательством. Так, ч. 1 ст. 138 УК РФ, определяющая ответственность за нарушение тайны телефонных переговоров, относится к категории

---

<sup>1</sup> См.: *Шумилов А.Ю.* Новая редакция оперативно-розыскного закона России: открытый проект: научно-справочное пособие. М., 2004. С. 12.

<sup>2</sup> См.: *Захарцев С.И.* Оперативно-розыскные мероприятия: теория и практика: монография / Под ред. В.П. Сальникова. СПб., 2004. С. 236.

<sup>3</sup> См.: *Чечетин А.Е.* Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: монография. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2006. С. 169-170.

<sup>4</sup> См.: *Чечетин А.Е.* Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий. С. 169-170.

небольшой тяжести. Если использовать предложенный выше подход, то можно предположить, что право гражданина на тайну телефонных переговоров не является значимым для законодателя, но такой вывод противоречит Конституции РФ и общепризнанным нормам международного права. В то же время, как справедливо отмечает В.И. Елинский, складывается парадоксальная ситуация: прослушивание телефонных переговоров как ОРМ не может быть применено органами, осуществляющими ОРД, для документирования незаконного прослушивания телефонных переговоров, то есть ограничение права человека на тайну телефонных переговоров недопустимо даже для защиты этого права от преступного посягательства. В связи с этим, В.И. Елинский делает вывод о том, что проведение данного ОРМ должно быть допустимо с учетом фактической общественной опасности и тяжести возможных или наступивших последствий, оценивать которые должны как органы, осуществляющие ОРД, так и суд<sup>1</sup>.

На наш взгляд решение данной оперативно-розыскной проблемы также может быть заимствовано в более развитой уголовно-процессуальной отрасли права и научного знания. Так, в ст. 165 УПК РФ, определяющей судебный порядок получения разрешения на производство следственного действия, помимо того, что «ходатайство о производстве следственного действия подлежит рассмотрению единолично судьей ...» и «рассмотрев указанное ходатайство, судья выносит постановление ...», что конкретно, как и по каким критериям оценивает судья – ничего не сказано. Однако, по мнению ряда исследователей содержанием деятельности суда в данном случае выступает уголовно-процессуальное доказывание (познание), основным содержанием которого является проверка и оценка

---

<sup>1</sup> См.: *Елинский В.И.* Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») / Под ред. д.ю.н. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2005. С. 8-9.

представленных сведений в целях установления оснований для принятия конкретного процессуального решения<sup>1</sup>.

Таким образом, первоначально следователь (дознатель) собирает, проверяет и оценивает доказательства с точки зрения их достаточности для возбуждения перед судом ходатайства о проведении следственного действия, ограничивающего конституционные права личности. Судья оценивает сведения, изложенные в ходатайстве, иные документы, прилагающиеся к нему, и на их основе принимает решение, которое не ограничивается в законодательном порядке категорией преступления или формой предварительного расследования. Данное решение принимается с учетом законодательно определенных оснований проведения каждого конкретного следственного действия, предусмотренного главой 25 УПК РФ.

Так, например, основанием для производства обыска является наличие достаточных данных полагать, что в каком-либо месте или у какого-либо лица могут находиться орудия преступления, предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 182 УПК РФ). «Эти предписания, - отмечает Е.А. Доля, - построены на учете объективной особенности той части преступного и послепреступного бытия, согласно которой орудия преступления, другие предметы, документы и ценности, связанные с преступлением, как правило, сохраняются после совершения преступления и находятся в каком-либо месте или у какого-либо лица. Соответствие данных предписаний закона действительности проверено уголовно-процессуальной практикой предшествующих поколений. Это соответствие подтверждается и практикой законного, своевременного и обоснованного производства обысков в настоящее время»<sup>2</sup>. То есть субъект, ходатайствующий о проведении следственного действия, и судья оценивают фактические данные, установленные в ходе расследования уголовного дела, с

---

<sup>1</sup> См.: Каретников А.С., Арзамасцева К.А. Является ли деятельность суда по рассмотрению и разрешению ходатайств должностных лиц органов предварительного расследования судебным контролем? // Российская юстиция. 2010. № 4. С. 67.

<sup>2</sup> Доля Е.А. Конституция Российской Федерации не препятствует установлению истины в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2009. № 12. С. 57.

точки зрения наличия в них оснований для принятия решения о его проведении. Эти фактические данные должны быть достаточными, для того чтобы предполагать, что в жилище какого-либо лица могут находиться орудия преступления, предметы, документы и ценности, имеющие значение для уголовного дела. Вместе с тем, «достаточность» этих данных является оценочным критерием и определяется следователем и судьей через призму имеющегося опыта расследования и рассмотрения других уголовных дел.

При этом следует отметить, что в научной литературе, посвященной проблемам уголовного процесса, имеет место подход в соответствии с которым, доказательствами, подтверждающими необходимость производства обыска, должны считаться *содержащиеся в материалах уголовного дела* (выделено нами – В.Г.) конкретные сведения о том, что в определенном месте или у определенного лица могут находиться искомые объекты<sup>1</sup>. На это обстоятельство также указывает Е.А. Доля, по мнению которого отсутствие в материалах уголовных дел предусмотренных законом оснований для производства обыска делает его осуществление бессмысленным<sup>2</sup>.

Основываясь на приведенных выше суждениях, полагаем целесообразным при законодательном определении оснований для проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права и свободы человека и гражданина, отказаться от указания формы предварительного расследования и степени тяжести преступления. В качестве критерия обоснованности принятия решения о проведении таких ОРМ определить достаточность данных, позволяющих предположить, что проведение данного конкретного ОРМ, ограничивающего конкретное конституционное право или свободу личности, будет способствовать решению задач, предусмотренных ст. 2 ФЗ об ОРД.

Предложенный вариант решения выявленных противоречий оперативно-розыскного законодательства позволит, на наш взгляд, по

---

<sup>1</sup> См.: Герасимова Л.И. Реализация принципа неприкосновенности жилища при производстве следственных действий // Адвокат. № 1. 2005. // СПС КонсультантПлюс.

<sup>2</sup> См.: Доля Е.А. Указ. соч. С. 57.

аналогии с уголовным процессом, должностному лицу органа, осуществляющего ОРД, оценить собранные оперативно-розыскные материалы с точки зрения достаточности для обращения с ходатайством к судье о проведении ОРМ, ограничивающего конституционные права личности. В свою очередь судья изучает и оценивает представленное руководителем органа, осуществляющего ОРД, мотивированное постановление (ч. 2 ст. 9 ФЗ об ОРД). В данном постановлении должны быть изложены сведения, содержащие достаточные данные, подтверждающие обоснованность проведения данного конкретного мероприятия в отношении данного конкретного лица.

Однако, как показывает анализ оперативно-розыскной практики, в некоторых случаях изложить в постановлении все фактические данные о противоправной деятельности лица, позволяющие судье определить необходимость и целесообразность проведения ОРМ, ограничивающего конституционные права личности, не представляется возможным. Именно поэтому, законодатель предусмотрел в ч. 3 ст. 9 ФЗ об ОРД, что по требованию судьи ему могут предоставляться также иные материалы, касающиеся оснований для проведения оперативно-розыскного мероприятия. Полагаем, что данные материалы должны представлять собой документы, соответствующим образом зарегистрированные и содержащиеся в делах оперативного учета (по аналогии с материалами уголовного дела).

В этой связи представляет интерес ч. 3 ст. 10 ФЗ об ОРД, в которой отмечается, что «факт заведения дела оперативного учета не является основанием для ограничения прав и свобод, а также законных интересов человека и гражданина». При этом, в научной литературе встречается мнение, что ч. 3 ст. 10 ФЗ об ОРД является одной из гарантий соблюдения конституционных прав граждан<sup>1</sup>. Принимая такой научный подход и логику законодателя, в данной норме следовало бы также указать, что *факт*

---

<sup>1</sup> См.: Цветкова А.С. К вопросу о правовой регламентации осуществления некоторых оперативно-розыскных мероприятий // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 10. С. 26 - 30.

*создания информационной системы* (ч. 1 ст. 10 ФЗ об ОРД) не является основанием для ограничения прав и свобод, а также законных интересов человека и гражданина. На наш взгляд в обоих случаях это очевидная истина, вытекающая из ст.ст. 7, 8 и 9 ФЗ об ОРД, определяющих исчерпывающий перечень оснований и условий ограничения прав и свобод личности при проведении ОРМ. В связи с этим, мы полагаем, нет необходимости дублировать эти положения в других нормах, поэтому ч. 3 ст. 10 ФЗ об ОРД не является дополнительной гарантией защиты конституционных прав и может быть безболезненно удалена из текста закона.

Завершая обсуждение данного проблемного аспекта обоснованности проведения ОРМ, ограничивающих права и свободы человека и гражданина, необходимо отметить, что по нашему мнению, ч. 2 и ч. 4 ст. 8 ФЗ об ОРД, по существу, содержит не условия, а основания проведения данных мероприятий. Из этого следует, что основания проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права и свободы личности, необходимо систематизировать. В этой связи нам наиболее близка позиция А.Е. Чечетина, который подчеркивает, что детальная постатейная регламентация ОРМ позволит с одной стороны, сформировать необходимый правовой механизм действий оперативно-розыскных служб, обеспечивающий большую активность и наступательность в борьбе с преступностью, а с другой – усилить гарантии прав граждан, попавших в сферу ОРД<sup>1</sup>. Вместе с тем, вызывает определенные сомнения необходимость формулировки оснований проведения ОРМ в отдельной статье ФЗ об ОРД<sup>2</sup>, тем более, что они по существу совпадают с основаниями заведения дел оперативного учета.

На наш взгляд, более рационально было бы основания и условия проведения каждого отдельного ОРМ определить в соответствующей статье, которая содержала бы четкую процедуру его проведения в соответствии с

---

<sup>1</sup> См.: Чечетин А.Е. Проект законодательного регулирования оперативно-розыскных мероприятий // Полицейское право. 2006. № 4. С. 83.

<sup>2</sup> См.: Там же. С. 83.

алгоритмом действий и способами познания, используемыми в том или ином мероприятии. В этой связи представляет интерес мнение В.Ф. Луговика, который полагает, что перспективным направлением совершенствования оперативно-розыскного законодательства является регулирование правовых процедур проведения оперативно-розыскных мероприятий, так как именно четко регламентированная процедура может раскрыть суть оперативно-розыскного мероприятия<sup>1</sup>. Такая законотворческая инициатива согласуется с позицией Европейского суда по правам человека, в решениях которого неоднократно подчеркивалось, что одной из важных гарантий обеспечения выступает четкая регламентация процедурных вопросов<sup>2</sup>. Здесь мы также не видим препятствий для заимствования в оперативно-розыскное законодательство по аналогии уголовно-процессуальных правовых конструкций, определяющих основания и порядок проведения каждого конкретного следственного действия.

## **Глава 2. Судебное рассмотрение материалов об ограничении прав и свобод человека и гражданина при проведении оперативно-розыскных мероприятий**

### **§ 1. Основания и порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав человека и гражданина при проведении оперативно-розыскных мероприятий**

Как уже отмечалось нами выше, одним из фундаментальных принципов государственного устройства Российской Федерации, является признание и соблюдение прав и свобод человека и гражданина.

---

<sup>1</sup> См.: *Луговик В.Ф.* Перспективы совершенствования правового регулирования оперативно-розыскной деятельности // 15 лет Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности»: сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции. Омск: Омский юридический институт, 2010. С. 22.

<sup>2</sup> См.: Европейский суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. Т. 1. М., 2000. С. 671.

Одновременно с этим, в Конституции РФ определяется базис правового механизма обеспечения охраны указанных ценностей, особая роль в котором принадлежит органам судебной власти. В частности, речь идет о гарантированных государством правах человека, ограничение которых допускается только по решению суда (ст.ст. 22, 23 и 25 Конституции РФ).

В развитие данных положений основного закона, в ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД, было закреплено, что проведение ОРМ, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища, допускается на основании судебного решения.

В свою очередь основания и порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий определены в ст. 9 ФЗ об ОРД. Несмотря на то, что указанная норма целиком и полностью посвящена данной судебной процедуре, содержащиеся в ней положения имеют определенные пробелы и неточности, характеризуются неконкретностью формулировок. Эти негативные обстоятельства влекут за собой недостатки ведомственного регулирования отдельных процедурных элементов получения судебного решения о проведении ОРМ, ограничивающих конституционные права личности, неоднозначное толкование законодательных норм и, как следствие, ошибки в правоприменительной практике.

В частности, существенное значение для органов, осуществляющих ОРД, имеет вопрос о местонахождении суда, рассматривающего материалы об ограничении указанных прав граждан. В соответствии с ч. 1 ст. 9 ФЗ об ОРД рассмотрение данных материалов «осуществляется судом, как правило, по месту проведения таких мероприятий или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении». Вместе с тем, в оперативно-розыскной практике может возникнуть ситуация, когда получение решения в

судах по месту проведения ОРМ или по месту нахождения органа, его осуществляющего, чревато расшифровкой проводимой негласной оперативно-розыскной деятельности перед разрабатываемыми преступниками (например, в случаях, когда они имеют коррупционные связи в этих органах судебной власти).

По нашему мнению, в данной ситуации орган, осуществляющий ОРД, имеет возможность обратиться в любой другой суд, вне какой-либо связи с местом проведения ОРМ или местонахождением самого оперативно-розыскного органа. Такой вывод (возможно и не столь очевидный) вытекает из самой формулировки ч. 1 ст. 9 ФЗ об ОРД, в которой имеет место словосочетание «как правило» при определении месторасположения суда, рассматривающего оперативно-розыскные материалы. Именно это обстоятельство, на наш взгляд, позволяет предположить, что законодатель предусмотрел вероятное возникновение такой необходимости у органа, осуществляющего ОРД.

Кроме того, следует отметить, что Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации»<sup>1</sup> в ст. 3 провозглашает единство судебной системы, которое в том числе обеспечивается путем: соблюдения всеми федеральными судами установленных федеральными законами правил судопроизводства; признания обязательности исполнения на всей территории Российской Федерации судебных постановлений, вступивших в законную силу; законодательного закрепления единства статуса судей. Основываясь на данном нормативном правовом акте, можно с определенной долей уверенности утверждать, что независимо от места расположения органа судебной власти судьи имеют единый статус и компетентны рассматривать материалы об ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ независимо от территории его проведения. В ином случае, мы можем прогнозировать различный

---

<sup>1</sup> Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 г. № 1-ФКЗ (ред. от 27.12.2009 г.) «О судебной системе Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 06.01.1997, № 1, ст. 1.

«местечковый» подход в принятии судебного решения по одним и тем же основаниям в различных регионах Российской Федерации.

В этой связи следует отметить, что региональная судебная практика и ее негативное влияние на единство судебной системы неоднократно становилось предметом обсуждения в юридическом сообществе<sup>1</sup>. Не является исключением в этом отношении и практика принятия судебных решений по проведению ОРМ, ограничивающих конституционные права и свободы личности, что на наш взгляд является категорически недопустимым, так как законность принятия судебного решения не может зависеть от регионального расположения суда. По этому поводу неплохо вспомнить меткое изречение В.И. Ленина о том, что законность не может быть калужская и казанская, а должна быть единая всероссийская<sup>2</sup>. Именно поэтому, мы полагаем, органы, осуществляющие ОРД, могут обращаться с ходатайством о получении судебного решения в любой суд Российской Федерации независимо от территориальной принадлежности. В данном случае органы судебной власти выступают гарантом законности и обоснованности проведения ОРМ, ограничивающего права и свободы человека и гражданина, объективно и независимо от каких-либо внешних факторов принимая решение о его проведении, опираясь только на представленные материалы.

Видимо основываясь на аналогичных рассуждениях, Конституционный Суд РФ установил, что «по смыслу ч. 1 ст. 9 ФЗ об ОРД во взаимосвязи с другими его положениями, определяющими основания и условия проведения ОРМ (статьи 7 и 8), если обращение за получением разрешения на проведение ОРМ 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

---

<sup>1</sup> См., например: *Бавсун М.В.* Судебное усмотрение при назначении наказания и проблемы его ограничения в УК РФ // Журнал российского права. 2007. № 9; *Черепенникова Ю.С.* Толкование уголовного закона как способ преодоления его пробелов // Уголовное судопроизводство. 2009. № 3; и др.

<sup>2</sup> См.: *Ленин В.И.* Полн. собр. соч. Т. 45. С. 198.

профессиональной деятельности, рассмотрение этого вопроса может быть возложено на другой суд, помимо прямо указанного в законе»<sup>1</sup>. В то же время, отсутствие какого-либо регулирования этого вопроса может повлечь за собой другие негативные последствия, в частности хаотичное обращение органов, осуществляющих ОРД, в суды иных регионов без веских на то оснований. Именно поэтому, на наш взгляд, в п. 1 резолютивной части этого же постановления Конституционный Суд РФ постановил «признать взаимосвязанные положения пункта 7 статьи 16 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации» и части первой статьи 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», как допускающие рассмотрение материалов о проведении в отношении судьи районного суда ОРМ, связанных с ограничением его гражданских прав или нарушением его неприкосновенности, судебной коллегией в составе трех судей верховного суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа не по месту проведения ОРМ и не по месту нахождения компетентного органа, ходатайствующего об их проведении, не противоречащими Конституции Российской Федерации, поскольку – по конституционно-правовому смыслу этих положений в системе действующего правового регулирования – предполагается, что при наличии обоснованных опасений относительно возможности рассекречивания планируемых ОРМ соответствующие материалы подлежат направлению в равнозначный суд, который определяется решением Председателя Верховного Суда РФ или его заместителя, принятым по ходатайству органа, осуществляющего ОРД». Данный подход заслуживает одобрения, так как вносит организационную составляющую в данную сферу правоотношений, вместе с тем, нельзя не отметить что указанное ходатайство в Верховный Суд РФ в значительной

---

<sup>1</sup> См.: Пункт 5 описательной части постановления Конституционного Суда РФ от 12 июня 2011 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 7 статьи 16 Закона РФ «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».

степени снизит оперативность в принятии решений о проведении ОРМ, особенно с учетом географической удаленности многих субъектов РФ.

Продолжая исследование процедуры судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав личности при проведении ОРМ, необходимо акцентировать внимание, что судья не просто разрешает проведение данного мероприятия (т.е. согласовывает или утверждает чье-либо постановление), а принимает судебное решение о его проведении путем вынесения собственного постановления. Это обстоятельство имеет существенное значение для уточнения процедуры ограничения прав граждан при проведении ОРМ.

Так, в соответствии с ч. 1 ст. 9 ФЗ об ОРД, орган, осуществляющий ОРД, ходатайствует перед судом о проведении ОРМ, ограничивающего конституционные права граждан. При этом основанием для решения судьей вопроса о проведении оперативно-розыскного мероприятия, ограничивающего конституционные права граждан, является мотивированное постановление одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД (ч. 2 ст. 9 ФЗ об ОРД). В то же время, в приложении к ведомственному нормативному акту, регламентирующему основы организации и тактики ОРД ОВД, предлагается образец *постановления руководителя о проведении ОРМ* с резолютивной частью «*постановил провести ОРМ*». Нам представляется, что в данном случае ведомственный акт противоречит закону, так как нарушается логическая последовательность: сначала судебное решение, а затем проведение ОРМ. Фактически постановление руководителя о проведении ОРМ не имеет законной силы до принятия судебного решения, соответственно вынесение такого постановления лишено всякого смысла.

Примечательно, что в ч. 1 ст. 186 УПК РФ предусматривается аналогичное условие ограничения конституционных прав граждан при проведении следственного действия «контроль и запись переговоров» – наличие *судебного решения*. Далее, в ч. 3 ст. 186 УПК РФ достаточно

подробно излагается содержание ходатайства следователя о производстве контроля и записи телефонных и иных переговоров. При этом в ч. 1 ст. 165 УПК РФ, прямо указывается, что в соответствующих случаях, «следователь ... возбуждает перед судом ходатайство о производстве следственного действия, о чем выносится постановление». Основываясь на данных нормах УПК РФ, в следственной практике и уголовно-процессуальной науке принято говорить о таком процессуальном документе, как «постановление о возбуждении перед судом ходатайства об установлении контроля и записи телефонных и иных переговоров»<sup>1</sup>. Только после этого, в соответствии с ч. 4 ст. 165 УПК РФ, «рассмотрев указанное ходатайство, судья выносит постановление о *разрешении* производства следственного действия ...». Следует согласиться с имеющимся в научной литературе мнением о том, что уголовно-процессуальный закон «связывает вступление судьи в досудебное производство с волеизъявлением следователя или дознавателя, которое они выражают в своем ходатайстве. Само ходатайство не содержит решения о производстве следственного или иного процессуального действия. Оно – всего лишь «официальная просьба» следователя принять решение, которое он законом не уполномочен принимать»<sup>2</sup>. Именно постановление судьи является основанием для производства следственного действия, ограничивающего конституционные права граждан.

Таким образом, исходя из положений ст. 9 ФЗ об ОРД и применения по аналогии отмеченных норм уголовно-процессуального законодательства, мы полагаем, что руководитель органа, осуществляющего ОРД, должен выносить *постановление о возбуждении перед судом ходатайства о проведении ОРМ, ограничивающего права граждан*. Затем, согласно ч. 1 ст. 9

---

<sup>1</sup> См., например: *Уголовный процесс: учебник / под общ. ред. А.В. Смирнова*. 4-е изд., перераб. и доп. М.: КНОРУС, 2008 // СПС «Консультант-Плюс»; *Ефимичев П.С., Ефимичев С.П.* Расследование преступлений: теория, практика, обеспечение прав личности. М.: Юстицинформ, 2009 // СПС «Консультант-Плюс».

<sup>2</sup> *Каретников А.С., Арзамасцева К.А.* Является ли деятельность суда по рассмотрению и разрешению ходатайств должностных лиц органов предварительного расследования судебным контролем? // *Российская юстиция*. 2010. № 4. С. 67.

ФЗ об ОРД, судья осуществляет «рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан ... при проведении ОРМ», в ходе которого, в соответствии с ч. 3 ст. 9 ФЗ об ОРД, «по требованию судьи ему могут представляться также иные материалы, касающиеся оснований для проведения ОРМ».

Следует отметить, что в юридической литературе встречается предложение об исключении ч. 3 ст. 9 ФЗ об ОРД и дополнении ч. 2 ст. 9 ФЗ об ОРД положением об *обязательном* предоставлении судье вместе с постановлением о проведении ОРМ всех материалов, касающихся оснований для проведения этого мероприятия. Предлагаемое изменение, по мнению автора, обяжет судью при принятии решения об ограничении прав конкретного человека изучать материалы, послужившие основанием для обращения к нему за подобного рода разрешением со стороны правоохранительных органов<sup>1</sup>. На наш взгляд, такой подход является слабо аргументированным и бессистемным, а его гипотетическая законодательная реализация не сможет существенно повлиять на эффективность обеспечения прав и свобод личности в ОРД. Так как, во-первых, если автор опасается поверхностного, формального отношения судей к рассмотрению ходатайств органов, осуществляющих ОРД, то вряд ли такая законодательная новелла позволит полностью исключить формализм при принятии судьей решения о проведении ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан. Во-вторых, обязательное предоставление таких материалов вместе с ходатайством излишне бюрократизирует процедуру получения судебного решения и весьма вероятно снизит оперативность принятия решения при очевидной необходимости проведения ОРМ (к примеру, в ст. 165 УПК РФ не содержится обязательного требования предоставлять вместе с ходатайством иные материалы уголовного дела). И, в-третьих, судья уже имеет законодательную возможность затребовать дополнительные

---

<sup>1</sup> См.: *Табачков А.Р.* Некоторые вопросы правового регулирования оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права человека и гражданина // *Российский следователь.* 2008. № 2. С. 28-29.

материалы у органа, осуществляющего ОРД, если из постановления невозможно получить исчерпывающие сведения, достаточные для принятия объективного, обоснованного решения.

Далее, по результатам рассмотрения указанных материалов «судья разрешает проведение соответствующего ОРМ, которое ограничивает конституционные права граждан, ... о чем выносит мотивированное постановление» (ч. 4 ст. 9 ФЗ об ОРД). Нельзя не отметить то обстоятельство, что более глубокое изучение этого вопроса, на наш взгляд, может вызвать сомнения в допустимости применения термина «разрешает» в ч. 4 ст. 9 ФЗ об ОРД, а также «разрешение» в ч. 4 ст. 165 УПК РФ. В Определении Конституционного Суда РФ от 14 июля 1998 г. № 86-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой», процедура принятия судебного решения вообще определяется как «независимое *одобрение* оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционных прав граждан». Мы полагаем, что такое разнообразие в понимании сущности судебного решения негативно влияет на чистоту процедуры рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан и роли судьи в принятии решения об основаниях такого ограничения.

При исследовании данного вопроса, по нашему мнению, имеет смысл обратиться к сущности и значению самого слова «*решение*» (от глагола «*решить*») – прийти к какому-нибудь выводу, к необходимости каких-нибудь действий<sup>1</sup>. В свою очередь «разрешение» (от глагола «разрешить») – дать право на что-нибудь, на совершение чего-нибудь<sup>2</sup>. Исходя из текста ст.ст. 23 и 25 Конституции РФ, ограничение прав и свобод человека и гражданина допускается «на основании *судебного решения*», т.е. требуется

---

<sup>1</sup> См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1963. С. 671.

<sup>2</sup> См.: Ожегов С.И. Указ. раб. С. 645.

именно решение суда о проведении ОРМ, так как в ином случае законодатель указал бы «на основании судебного разрешения» или «с разрешения суда».

Принимая решение о проведении ОРМ по результатам рассмотрения указанных материалов, судья фактически является первоначальным «источником» законных оснований для ограничения конституционных прав граждан. Как справедливо отмечают А.С. Каретников и К.А. Арзамасцева, рассматривая аналогичную ситуацию в уголовном процессе: «судья в этих ситуациях принимает решение даже не вместе со следователем, а вместо него. И чтобы не допустить ошибки, ему в этом случае приходится контролировать не следователя, а свои собственные действия, так как ответственность за принятое решение несет он, а не следователь. Поэтому в вышестоящий суд может быть обжаловано не ходатайство должностного лица органа расследования, а решение судьи»<sup>1</sup>.

Исходя из этого, судебное решение, на наш взгляд, должно выражаться в форме постановления о производстве следственного действия или проведении ОРМ, ограничивающих конституционные права и свободы человека и гражданина, а не в постановлении о разрешении. В резолютивной части данного постановления, по сути, должно быть указано: «постановил провести ...» и «возложить обязанность проведения на ...» соответствующий правоохранительный орган. Именно судья принимает решение о проведении ОРМ и берет на себя ответственность за обоснованность такого ограничения. Таким образом, решение судьи является одним из основных элементов правового механизма реализации принципа законности в процессе проведения ОРМ, а также соблюдения прав и свобод лиц, вовлеченных в сферу ОРД.

В этом аспекте представляет интерес статья В.В. Кальницкого, который на основании изучения материалов о даче разрешения на производство следственных действий в жилище и личного обыска, а также по проверке законности произведенных действий сделал вывод о том, что: «Суды далеко

---

<sup>1</sup> Каретников А.С., Арзамасцева К.А. Указ. соч. С. 67.

не всегда глубоко вникают в исследование оснований следственного действия и порой некритично воспринимают позицию следователя. Одна из причин такого положения – отсутствие правового спора. В судебном заседании в порядке ст. 165 УПК РФ, как правило, нет сторон, и судья действует как административное лицо без какой-либо процедуры рассмотрения вопроса. Отсутствие процедуры практически приравнивает судью к прокурору. Но если прокурор в силу специфики работы глубоко знает материалы уголовного дела, то судья сталкивается лишь с фрагментом расследования»<sup>1</sup>.

Мы разделяем тревогу В.В. Кальницкого относительно необходимости повышения эффективности судебного механизма обеспечения прав граждан при проведении следственных действий или ОРМ, однако, испытываем серьезные сомнения в целесообразности замены судебного решения на прокурорское санкционирование. Действительно, процедура рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан значительно усечена и нет прения сторон, наличие которого лишало бы смысла все дальнейшие ОРМ. Вместе с тем именно судья, не обремененный излишней информацией о ходе расследования (оперативной разработки), на наш взгляд, может объективно оценить наличие в представленных материалах законодательно определенных оснований для проведения следственного действия и ОРМ.

Достаточно актуальным является вопрос об оптимальных сроках рассмотрения судьей ходатайств и материалов о проведении ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан. В соответствии с ч. 1 ст. 9 ФЗ об ОРД, «указанные материалы рассматриваются уполномоченным на то судьей единолично и *незамедлительно*». Пленум Верховного суда РФ также рекомендовал судам рассматривать вышеназванные материалы

---

<sup>1</sup> См.: Кальницкий В.В. «Санкционирование» и проверка судом законности следственных действий в ходе досудебного производства не эффективны // Уголовное право. 2004. № 1. С. 73.

незамедлительно<sup>1</sup>. Это, очевидно, означает, что при обращении представителя правоохранительного органа с таким ходатайством судья должен немедленно приступить к его рассмотрению и принять решение о проведении ОРМ или об отказе в ходатайстве. Вместе с тем, в соответствии с ч. 3 ст. 9 «по требованию судьи ему могут представляться также иные материалы, касающиеся оснований для проведения ОРМ», и если для представления соответствующими должностными лицами дополнительных материалов требуется время, судья должен незамедлительно принять решение, т.е. вынести постановление об отказе в ходатайстве. Однако, на наш взгляд это крайне не рационально, так как после представления дополнительных материалов, судья может признать проведение ОРМ обоснованным, а, следовательно, вынести второе постановление по этому же ходатайству, но только с решением о проведении ОРМ.

Следует признать, что в деятельности органов, осуществляющих ОРД, мы не сталкивались с подобными ситуациями. Однако, исходя из буквального толкования вышеуказанных норм ФЗ об ОРД, процедура незамедлительного рассмотрения судьей материалов об ограничении прав граждан должна протекать именно таким образом. В связи с этим, нам представляется, что имеет смысл предоставить судье право рассматривать ходатайство и соответствующие материалы о проведении ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, по аналогии с ч. 2 ст. 165 УПК РФ, в течение 24 часов с момента поступления такого ходатайства. Законодательное закрепление данного срока в ст. 9 ФЗ об ОРД позволит судье более детально разобраться в основаниях и необходимости проведения такого ОРМ, а затем взять на себя ответственность за принятое решение о его проведении.

Предполагая возможную дискуссию по этому вопросу, хотелось бы отметить, что на наш взгляд, увеличение времени на рассмотрение судьей

---

<sup>1</sup> См.: п. 6 *Постановления* Пленума Верховного суда РФ от 24 декабря 1993 г. № 13 «О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции РФ».

указанных материалов ни в коем случае не повлияет на эффективность проведения ОРМ. Во-первых, все сложные с точки зрения организации и тактики ОРМ, должны тщательно планироваться, поэтому заблаговременное получение судебного решения в течение 24 часов не окажет негативного влияния на оперативность их проведения. Во-вторых, если оперативно-тактическая ситуация не позволяет обратиться в суд и ожидать принятия решения, в ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД предусматривается процедура проведения ОРМ в случаях, не терпящих отлагательства.

Таким образом, в условиях современного оперативно-розыскного законодательства правоприменитель достаточно часто сталкивается с различной, региональной судебной практикой рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан, которая основывается на различном толковании недостаточно определенных норм ФЗ об ОРД. В некоторых случаях должностные лица органов, осуществляющих ОРД, и судьи при принятии решения вынуждены выстраивать логическую последовательность между разрозненными оперативно-розыскными нормами, применять аналогию с уголовно-процессуальным законодательством.

Вместе с тем, ни одно, даже самое логичное рассуждение и последовательное толкование нормы права, на наш взгляд, не заменит четко определенной в законе процедуры принятия решения и действия правоприменителя. Мы солидарны с М.П. Поляковым, который справедливо заметил, что для оперативно-розыскной деятельности исключительную важность представляют законодательные формулировки процедур<sup>1</sup>. И уж тем более нельзя не согласиться с В.Ф. Луговиком, который предлагает рассматривать перспективы правового регулирования оперативно-розыскной деятельности в контексте разработки ее процедурно-процессуальных

---

<sup>1</sup> См.: Поляков М.П., Рыжов Р.С. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе как правовой институт: монография. М.,: Издательский дом Шумиловой И.И., 2006. С. 93.

аспектов<sup>1</sup>. На наш взгляд, детальная законодательная процедурно-процессуальная регламентация судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ позволит в подавляющем большинстве случаев исключить субъективизм в принятии решений и в значительной степени повысить эффективность применения средств и методов ОРД.

**§ 2. Особенности получения судебного решения  
на проведение оперативно-розыскных мероприятий,  
ограничивающих конституционные права человека и гражданина,  
в случаях, которые не терпят отлагательства**

Судебное рассмотрение оперативно-розыскных материалов об ограничении конституционных прав граждан и принятие соответствующего судебного решения о проведении ОРМ или об отказе в его проведении, является достаточно эффективным средством обеспечения защиты от необоснованного вторжения в частную жизнь человека. Однако, в оперативно-розыскной практике иногда складываются такие тактические ситуации, когда даже незамедлительное рассмотрение судьей материалов о проведении ОРМ может повлечь потерю времени и наступление тяжких последствий. В связи с этим, законодатель вполне обоснованно предусмотрел в ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД исключительный порядок проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан. В данной норме предполагается возможность проведения указанных ОРМ на основании постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД, с последующим

---

<sup>1</sup> См.: *Луговик В.Ф.* Оперативно-розыскное право в системе российского права // Актуальные проблемы оперативно-розыскной деятельности: материалы межвузовского научно-практического семинара (25 ноября 2009 г.). Тюмень: Тюменский юридический институт МВД России, 2010. С. 5.

уведомлением в течение 24 часов суда (судьи) и получением судебного решения в течение 48 часов с момента начала проведения ОРМ. Однако детально данная процедура в оперативно-розыскном законодательстве не определена, что вызывает существенные затруднения ее реализации в ОРД.

В частности, как справедливо заметил А.Е. Чечетин, ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД рассчитана, прежде всего, на длящееся мероприятие, для продолжения которого требуется судебное решение<sup>1</sup>. Если оперативно-розыскное мероприятие имело разовый, кратковременный характер (например, обследование жилого помещения), то после его завершения требуется не судебное решение о его проведении, а скорее судебное решение о законности и обоснованности уже проведенного мероприятия. В этом случае возникает вопрос: может ли судья в качестве «иных материалов» затребовать у органа, осуществляющего ОРД, оперативно-служебные документы, отражающие процесс проведения ОРМ и его результаты? Фактически, такая процедура судебной оценки порядка и результатов проведенного ОРМ в рамках принятия судебного решения о его проведении ФЗ об ОРД не предусматривается. Можно предположить, что суд должен установить наличие или отсутствие оснований для проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, а не законность самого процесса его проведения и оформления его результатов, поэтому указанные документы представлять не требуется. Вместе с тем, отражение в результатах ОРМ фактических данных, имеющих значения для раскрытия преступления, является дополнительным и весьма значимым аргументом при решении вопроса об обоснованности его проведения. Кроме того, по мнению некоторых ученых, суд должен иметь возможность проверить законность и обоснованность их проведения, а по результатам вынести постановление о

---

<sup>1</sup> См.: Чечетин А.Е. Оперативно-розыскные и права личности: монография. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006. С. 58.

законности или незаконности проведенного оперативно-розыскного мероприятия<sup>1</sup>.

Необходимо отметить, что уголовно-процессуальное законодательство достаточно четко регламентирует аналогичную процедуру получения судебного решения о законности проведенного следственного действия. Так, в ч. 5 ст. 165 УПК РФ к уведомлению следователь прилагает «копии постановления о производстве следственного действия и *протокола следственного действия для проверки законности решения о его производстве*» (выделено нами – В.Г.). Получив указанное уведомление, судья в течение 24 часов проверяет законность произведенного следственного действия и выносит постановление о его законности или незаконности. То есть фактически суд проверяет законность не только принятия самого решения о производстве следственного действия, но также и всего его хода<sup>2</sup>. Мы полагаем, что в ходе дальнейшего совершенствования оперативно-розыскного законодательства принятие аналогичных норм позволит конкретизировать процедуру судебной проверки обоснованности и законности принятия решения о проведении неотложного оперативно-розыскного мероприятия.

Кроме того, в действующем ФЗ об ОРД не решен вопрос ни о форме уведомления судьи о проведении (или проведенном) оперативно-розыскном мероприятии, ни о форме судебного акта в случае признания незаконным проведенного оперативно-розыскного мероприятия. Именно поэтому, в разных регионах формируется различная оперативно-розыскная практика: уведомление по телефону, направление специального уведомления, форма которого является произвольной, и т.д. Учитывая отсутствие единой процедуры уведомления, а также возможные нарушения режима секретности

---

<sup>1</sup> См.: Гуськова А.П., Муратова Н.Г. Судебное право: история и современность судебной власти в сфере уголовного судопроизводства: монография. М.: Юрист, 2005 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>2</sup> См.: Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации: постатейный. 5-е издание, переработанное и дополненное / Под общ. ред. А.В. Смирнова. Проспект, 2009 // СПС КонсультантПлюс.

при его осуществлении, некоторые авторы предлагают в течение 24 часов сразу представлять в суд мотивированное секретное постановление с указанием времени начала проведения оперативно-розыскного мероприятия, при этом его регистрация в суде исключает необходимость дополнительного уведомления<sup>1</sup>. Полагаем, что данное предложение не лишено смысла, так как, во-первых, предполагает исключения из процедуры получения судебного решения непонятное «уведомление», а во-вторых, предполагает адекватную реакцию судьи на ходатайство органа, осуществляющего ОРД, в виде судебного постановления о проведении ОРМ или об отказе в его проведении.

Особый интерес представляет формулировка последнего предложения ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД в котором говорится, что «в течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-розыскного мероприятия *либо прекратить его проведение*» (выделено нами – В.Г.). На наш взгляд, если буквально толковать это положение, то можно допустить, что орган, осуществляющий ОРД, имеет возможность либо получить судебное решение о проведении ОРМ, либо самостоятельно (!) прекратить его проведение без какого-либо обращения в суд. Вне всякого сомнения, такой порядок проведения оперативно-розыскных мероприятий недопустим, не соответствует воле законодателя, а также не будет способствовать обеспечению соблюдения конституционных прав граждан. Однако, такая законодательная формулировка не исключает возникновения у правоприменителя иллюзии о возможности проведения в течение 48 часов оперативно-розыскного мероприятия, ограничивающего конституционные права граждан, и дальнейшее его прекращение даже без попытки получения судебного решения.

---

<sup>1</sup> См.: *Баженов С.В.* Некоторые вопросы судебного санкционирования оперативно-розыскных мероприятий // *Оперативник (сыщик)*. 2010. № 2. С. 32.

Вместе с тем, возникает обоснованный вопрос о перспективах использования результатов оперативно-розыскного мероприятия, на проведение которого не было получено судебное решение, т.е. его проведение было признано судом незаконным. С одной стороны, результаты получены в ходе оперативно-розыскного мероприятия, проводимого в соответствии с правовой процедурой, регламентированной ФЗ об ОРД, следовательно, их получение должно быть признано правомерным<sup>1</sup>. С другой – аналогичная ситуация в уголовно-процессуальном законодательстве разрешается иначе. Так, согласно ч. 5 ст. 165 УПК РФ, если судья признает произведенное в исключительном порядке следственное действие незаконным, все доказательства, полученные в ходе такого следственного действия, признаются недопустимыми. Полагаем, следует согласиться с А.Е. Чечетиным в том, что при таком подходе законодателя к оценке следственных действий вряд ли можно рассчитывать на иное отношение к результатам ОРМ, на которые не будет получено судебное решение<sup>2</sup>. Однако, в целях исключения дискуссии по данному актуальному вопросу оперативно-розыскной практики представляется целесообразным четко регламентировать его в ФЗ об ОРД.

Достаточно прогнозируемой, и в связи с этим актуальной, на наш взгляд, является проблема ответственности должностных лиц органа, осуществляющего ОРД, в случае принятия судебного решения о необоснованности проведения в исключительном порядке ОРМ, ограничивающего конституционные права человека. В различных комментариях к ФЗ об ОРД авторы достаточно единодушно отмечают, что такое судебное решение должно автоматически «влекать за собой предусмотренные законодательством меры ответственности в зависимости от

---

<sup>1</sup> См.: *Бобров В.Г.* К вопросу об основаниях и условиях проведения оперативно-розыскных мероприятий // Актуальные проблемы теории борьбы с преступностью и правоприменительной практики: межвуз. сб. науч. тр. Вып. 6 / Отв. ред. В.И. Горобцов. Красноярск, 2003. С. 167.

<sup>2</sup> См.: *Чечетин А.Е.* Оперативно-розыскные мероприятия и права личности: монография. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006. С. 58-59.

наступивших последствий»<sup>1</sup>. Мы полагаем, что необходимо очень осторожно высказывать подобную оценку инициативным действиям органов, осуществляющих ОРД, пусть даже не нашедших поддержку у суда.

Во-первых, следует иметь в виду, что основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренные в ст. 7 ФЗ об ОРД, равно относятся ко всем мероприятиям (ст. 6 ФЗ об ОРД), включая и оперативно-розыскные мероприятия, ограничивающие конституционные права граждан. Отличие заключается лишь в том, что имеется дополнительная правовая процедура получения судебного решения на проведение таких мероприятий при наличии информации, предусмотренной в качестве условий в ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД. При этом следует особо подчеркнуть, что в оперативно-розыском законодательстве не предусматривается более четких критериев оценки данной информации, поэтому ее содержание и качество оценивается судьей сугубо субъективно. И именно на основании этой субъективной оценки судья принимает решение о законности или незаконности проведенного оперативно-розыскного мероприятия. Безусловно, в случае отказа орган, осуществляющий ОРД, имеет право обратиться по этому же вопросу в вышестоящий суд и это в некоторой степени повышает объективность рассмотрения ходатайства. Однако, пока нет четких законодательных критериев оценки информации как основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права граждан, мы можем неоднократно черпать из практики примеры необоснованных и необъективных судебных отказов, обусловленных человеческим фактором, субъективным подходом, а иногда и коррупцией. В связи с этим, вряд ли можно однозначно и беспелляционно утверждать, что во всех случаях судебного отказа

---

<sup>1</sup> См.: *Вагин О.А., Исиченко А.П., Чечетин А.Е.* Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности»: постатейный. Деловой двор, 2009 // СПС КонсультантПлюс; *Киселев А.П.* Комментарий к Федеральному закону от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»: постатейный (подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2008).

соответствующие должностные лица оперативных подразделений подлежат юридической ответственности.

Во-вторых, в ч. 10 ст. 5 ФЗ об ОРД определено, что нарушения настоящего Федерального закона при осуществлении ОРД, влекут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации. Но ответственность в данном случае наступает именно за нарушения ФЗ об ОРД. В то время как ни о возможных последствиях, ни об ответственности должностных лиц, в случае отказа в принятии судебного решения о проведении ОРМ, осуществляемого в порядке ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД, в тексте данного закона нет никакого упоминания.

Безусловно, негативные последствия могут наступить в том случае, если полученная в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права гражданина, информация о его частной жизни, личной и семейной тайне была разглашена. Разглашать такие сведения, которые стали известными в процессе проведения оперативно-розыскных мероприятий, без согласия граждан, прямо запрещено в ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД, и может повлечь за собой привлечение к уголовной ответственности по ст. 137 «Нарушение неприкосновенности частной жизни» Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ). Однако, в этом случае речь уже идет о других действиях (или бездействии) должностных лиц, не связанных непосредственно с проведением ОРМ и получением судебного решения о его проведении.

Вместе с тем, следует отметить, что уголовным законодательством предусматривается также уголовная ответственность за нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений (ст. 138 УК РФ) и за нарушение неприкосновенности жилища (ст. 139 УК РФ). Более того, составы преступлений в обоих случаях, являются формальными, т.е. считаются оконченными с момента совершения указанных действий и не связаны с наступлением негативных для потерпевшего последствий. Учитывая данное обстоятельство, попытки

квалифицировать по указанным статьям УК РФ действия должностных лиц оперативных подразделений в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права граждан, в случае судебного отказа, могут существенно подорвать всякую инициативу и наступательность в оперативно-розыскной деятельности. Более того, подобная уголовно-правовая квалификация делает абсолютно бесперспективной и нежизнеспособной попытку законодателя сформулировать исключительную процедуру проведения неотложного оперативно-розыскного мероприятия, с последующим получением судебного решения. По нашему твердому убеждению, оперативные сотрудники не подлежат уголовной ответственности по ст.ст. 138 и 139 УК РФ, в случае если они оформили соответствующие оперативно-служебные документы, отражающие принятие решения и сам процесс проведения оперативно-розыскного мероприятия, и в дальнейшем соблюли порядок уведомления и обращения в суд для получения решения, несмотря на его отрицательный характер, то есть действовали в соответствии с ФЗ об ОРД.

Приведенные выше аргументы, полагаем, позволяют сделать вывод о недостаточной регламентации в ФЗ об ОРД процедуры проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права и свободы граждан в случаях, нетерпящих отлагательства. Вместе с тем, принимая во внимание, что в ОРД существует объективная необходимость проведения таких мероприятий и при этом требуется обеспечить судебные гарантии обоснованности ограничения прав и свобод человека при их проведении, законодательная регламентация исключительного порядка осуществления ОРМ крайне важна. В связи с этим, считаем необходимым более детально прописать процедурно-процессуальные аспекты принятия решения о проведении таких ОРМ руководителем органа, осуществляющего ОРД; уведомления суда (судьи); получения судебного решения о проведении такого ОРМ; его прекращения и использования результатов.

### **Глава 3. Обжалование действий органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и восстановление нарушенных прав, свобод и законных интересов человека и гражданина**

#### **§ 1. Порядок обжалования действий органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность**

Как уже отмечалось выше, в настоящее время ОРД является по существу единственным видом государственной правоохранительной деятельности позволяющей на самых ранних этапах развития тщательно замаскированной преступной деятельности выявить ее, предупредить наступление вредных последствий и пресечь преступление. Кроме того, не следует забывать, что ОРД является достаточно эффективным инструментом проверки сообщений о преступлении (ст. 144 УПК РФ), так как зачастую, даже при наличии повода к возбуждению уголовного дела, установить и зафиксировать признаки преступления только уголовно-процессуальными мерами не представляется возможным. Все это предопределяет существенное вторжение оперативно-розыскных органов в частную жизнь граждан. Отчасти здесь можно согласиться с представителями адвокатского корпуса в том, что «практика превратила доследственную проверку в самое настоящее расследование, осуществляемое без возбуждения уголовного дела, и, следовательно, вне уголовно-процессуальных форм, но фактически с применением тактических приемов предварительного следствия»<sup>1</sup>.

В связи с этим, формирование законодательной процедуры ограничения конституционных прав и свобод человека и гражданина при осуществлении ОРД, нормативное определение судебного порядка

---

<sup>1</sup> *Филимонова И.В.* Понятие фикции в правовой науке: уголовно-процессуальный и криминалистический аспекты // Адвокатская практика. 2007. № 4. // СПС КонсультантПлюс.

рассмотрения оперативно-розыскных материалов об их ограничении, все это имеет своей целью обеспечить максимальную защиту прав личности от необоснованного вмешательства государственных органов. Однако, полностью исключить нарушения этих прав и свобод в процессе ОРД практически невозможно, тем более исключить споры о наличии или отсутствии фактов таких нарушений.

Именно поэтому в оперативно-розыском законодательстве предусмотрено право человека обжаловать действия органов, осуществляющих ОРД, как средство реализации принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина в ОРД. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД, лицо, полагающее, что действия органов, осуществляющих ОРД, привели к нарушению его прав и свобод, вправе обжаловать эти действия в вышестоящий орган, осуществляющий ОРД, прокурору или в суд.

Прежде всего, необходимо отметить, что лицо не обязано располагать конкретными фактами таких нарушений, достаточно лишь полагать, что эти права или свободы были нарушены. Фактически, законодатель предоставляет возможность любому человеку, вовлеченному в сферу ОРД, в случае ограничения его прав и свобод обратиться в указанные инстанции для правовой оценки тех действий, которые осуществили в отношении него оперативные подразделения соответствующих органов. В этой связи вызывает сомнения тезис о том, что «хотя гражданин и освобождается от обязанности доказывать незаконность обжалуемых действий (решений), он обязан доказать факт нарушения своих прав и свобод»<sup>1</sup>. Полагаем гражданин должен не «доказать факт нарушения», а представить в вышестоящий орган, прокурору или в суд материалы, подтверждающие факт проведения в отношении него ОРМ или осуществления иных действий, ограничивших его права и свободы. В свою очередь на должностных лиц органов,

---

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

осуществляющих ОРД, возлагается обязанность доказать обоснованность и законность осуществления обжалуемых действий.

Следует отметить, что в научном сообществе имеется мнение, что ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД следует полностью исключить из текста закона, так как в ней содержатся неопределенные критерии, в соответствии с которыми лицо может обжаловать действия органов, осуществляющих ОРД, что позволит преступникам (на основе предположения) создавать дополнительные сложности оперативным подразделениям<sup>1</sup>. Мы солидарны с учеными, предлагающими пути совершенствования оперативно-розыскного законодательства в целях повышения эффективности противодействия преступности, однако в этом случае исключение данной нормы из текста ФЗ об ОРД нам представляется не вполне обоснованным. Прежде всего, потому, что в соответствии со ст. 27 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»<sup>2</sup> в полномочия прокурора входит рассматривать и проверять заявления, жалобы и иные сообщения о нарушениях прав и свобод человека и гражданина. А в ст. 1 Закона Российской Федерации «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан»<sup>3</sup> говорится, что каждый гражданин вправе обратиться с жалобой в суд, если считает, что неправомерными действиями (решениями) государственных органов, нарушены его права и свободы. Следовательно, исключение ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД никоим образом не ограничит возможности криминалитета в противодействии правоохранительным органам, тогда как законодательная модель обеспечения соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина в сфере ОРД будет нарушена.

---

<sup>1</sup> См.: *Елинский В.И.* Совершенствование оперативно-розыскного законодательства (пути решения) // Труды ВИПК МВД России: Выпуск 20. Актуальные проблемы теории и практики оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел на современном этапе: материалы межвузовской научно-практической конференции. В 2 ч. Ч. 1 / Сост. В.В. Савушкин, Л.А. Кочетова. – Домодедово: ВИПК МВД России, 2007. С. 38-39.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 17.01.1992 г. № 2202-1 (ред. от 28.12.2010 г.) «О прокуратуре Российской Федерации» // Российская газета, № 39, 18.02.1992 г.

<sup>3</sup> См.: Закон Российской Федерации от 27.04.1993 г. № 4866-1 (ред. от 09.02.2009 г.) «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» // Российская газета, № 89, 12.05.1993 г.

Дело в том, что в ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД весьма логично гражданину предлагается первоначально обратиться с жалобой в вышестоящий орган, осуществляющий ОРД. С одной стороны, это может позволить более оперативно пресечь нарушение прав и свобод при осуществлении ОРД, а с другой – соблюсти (пускай условно) некоторую иерархическую последовательность в процедуре обжалования предполагаемых неправомерных действий органов, осуществляющих ОРД. Именно «условно», потому что в соответствии со ст. 4 Закона РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» любой гражданин вправе обратиться с жалобой либо в суд, либо в вышестоящий орган. Во втором случае право на обжалование в суд возникает только после отказа в удовлетворении жалобы в вышестоящем органе или при отсутствии ответа в течение месяца со дня ее подачи.

При этом нас не смущает термин «полагающее» в конструкции ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД, как «неопределенный критерий» оценки гражданином правомерности действий органов, осуществляющих ОРД. Очевидно, что не каждый гражданин обладает достаточными познаниями в юриспруденции, чтобы квалифицированно оценить те или иные действия государственных органов, поэтому он может только предполагать, что этими действиями его права нарушаются и обжаловать их в соответствующую инстанцию. Жалоба, направленная гражданином на основании такого предположения, будет рассмотрена и будет определено: имеет место незаконное нарушение прав и свобод человека или эти права и свободы были правомерно ограничены в соответствии с федеральным законодательством.

С другой стороны, качество формы и содержания данной нормы оперативно-розыскного законодательства ставилось под сомнение лицами, попавшими в сферу оперативно-розыскных правоотношений. Следует отметить, что конституционность ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД неоднократно подвергалась проверке Конституционным Судом Российской Федерации в связи с обращениями граждан. Так, в п. 2 Определения Конституционного

Суда РФ по жалобе гражданки И.Г. Черновой, которая полагала, что ст. 5 Закона об ОРД не в полной мере обеспечивает ее права на судебную защиту, отмечается, что «поскольку заявительница воспользовалась предоставленной ей статьей 5, возможностью обжаловать действия органов, осуществляющих ОРД, и получила правовую защиту у Верховного Суда Российской Федерации, ее права, гарантированные статьей 46 (часть 2), равно как и другими статьями Конституции Российской Федерации, оспариваемыми положениями статьи 5 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» не нарушаются»<sup>1</sup>.

Спустя десять лет, по жалобе гражданина В.В. Букреева на нарушение его конституционных прав ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД, Конституционный Суд РФ определил, что «право на судебную защиту, как отмечено в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 3 мая 1995 года № 4-П, в силу статьи 56 (часть 3) Конституции Российской Федерации не подлежит ограничению ни при каких обстоятельствах и выступает как гарантия в отношении всех конституционных прав и свобод. Соответственно, в случае направления уголовного дела в суд для судебного разбирательства по существу предъявленного обвинения гражданин не лишается права на обжалование как самих судебных решений на проведение оперативно-розыскных мероприятий, так и действий органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность»<sup>2</sup>.

Кроме того, и это следует особо отметить, ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД некоторым образом компенсирует недостатки ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД. Как мы

---

<sup>1</sup> См.: *Определение* Конституционного Суда РФ от 14.07.1998 № 86-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" по жалобе гражданки И.Г. Черновой» // Вестник Конституционного Суда РФ. № 6. 1998.

<sup>2</sup> См.: п. 2.3. *Определения* Конституционного Суда РФ от 15.07.2008 № 460-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Букреева Владимира Викторовича на нарушение его конституционных прав отдельными положениями статей 5, 11 и 12 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и пунктом 13 Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд». // СПС КонсультантПлюс.

уже указывали ранее, в ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД перечислены лишь некоторые права (и только права) человека и гражданина, обеспечивать соблюдение которых обязаны должностные лица органов, осуществляющих ОРД (*на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции*). Это повлекло за собой, ошибочное на наш взгляд, мнение ряда ученых, которые предположили, что «законодателем не случайно подчеркивается это положение и обозначен перечень прав: только их нарушение может обжаловаться в порядке ст. 5 ФЗ об ОРД в вышестоящий орган, прокурору или в суд»<sup>1</sup>.

Мы твердо убеждены в том, что в соответствии с ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД, обжалованию могут подвергнуться *любые* действия органов, осуществляющих ОРД, приведшие к нарушению *любого права или свободы человека и гражданина*, из перечисленных в Конституции РФ. В этом случае наша позиция согласуется с положениями ст. 1 и ст. 2 Закона Российской Федерации «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан», в которых речь идет об обжаловании нарушений прав и свобод вообще, а не каких-либо конкретных прав гражданина, закрепленных в отдельных статьях Конституции РФ.

В рамках рассматриваемого вопроса несомненный интерес представляет судебный порядок рассмотрения жалоб. В соответствии с п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2009 г. № 1 по смыслу ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД в порядке ст. 125 УПК РФ могут быть также обжалованы решения и действия должностных лиц, органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность по выявлению, пресечению преступлений, а также проверке поступивших заявлений и иных сообщений о совершенном или готовящемся преступлении в порядке

---

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

выполнения поручения следователя, руководителя следственного органа и органа дознания<sup>1</sup>.

В то же время, в п. 7 другого Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2009 № 2, отмечается, что в порядке, предусмотренном главой 25 ГПК РФ, могут быть оспорены действия должностных лиц, совершенные ими при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий и не подлежащие обжалованию в порядке уголовного судопроизводства, а также действия должностных лиц оперативно-розыскных органов, отказавших лицу, виновность которого не доказана в установленном законом порядке, в предоставлении сведений о полученной о нем в ходе оперативно-розыскных мероприятий информации, или предоставивших такие сведения не в полном объеме (ч. 3 и ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД)<sup>2</sup>.

В научной среде, в подавляющем большинстве случаев, положения указанных судебных постановлений были восприняты как данность и только лишь цитировались в научных статьях без какого-либо анализа через призму уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной практики<sup>3</sup>. Однако, несмотря на кажущуюся урегулированность судебного порядка рассмотрения жалоб на действия органов, осуществляющих ОРД, проблема их подсудности, на наш взгляд, в полном объеме не решена и оставляет место для дискуссии.

---

<sup>1</sup> См.: *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2009 № 1 (ред. от 23.12.2010) «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ, № 4, апрель, 2009.

<sup>2</sup> См.: *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2009 № 2 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих» // Бюллетень Верховного Суда РФ, № 4, апрель, 2009.

<sup>3</sup> См., например: *Фоков А.П.* Судебная власть: об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих // Российский судья. 2009. № 2; *Камынин И.Д.* Рассмотрение дел в порядке гл. 25 ГПК РФ // Законность. 2009. № 5.

Прежде всего, необходимо обратить внимание на то обстоятельство, что из разъяснений, содержащихся в п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2009 г. № 1 следует, что законность ОРМ, проведенных вне рамок поручения указанных должностных лиц, не может быть обжалована в порядке ст. 125 УПК РФ. Вместе с тем, поручения о проведении ОРМ, даются следователем органу дознания уже по возбужденному уголовному делу. На этот достаточно очевидный и трудно объяснимый казус совершенно справедливо обратил внимание В.В. Волынский, который указал, что при проверке поступивших заявлений и иных сообщений о совершенном или готовящемся преступлении оперативные работники самостоятельно, без соответствующего поручения следователя осуществляют ОРМ для установления наличия или отсутствия признаков преступления и поэтому возникает вопрос об отраслевой подсудности жалоб на такие действия оперативных работников: подлежат ли они рассмотрению в порядке ст. 125 УПК РФ или по правилам гл. 25 ГПК РФ<sup>1</sup>.

Действительно, более глубокий сопоставительный анализ указанных постановлений Пленума Верховного Суда РФ позволяет сделать вывод о том, что они не содержат четких указаний о подсудности жалоб на действия оперативных работников до возбуждения уголовного дела. Так, в п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2009 г. № 1 указывается, что в порядке ст. 125 УПК РФ могут быть также обжалованы решения и действия должностных лиц, органов, осуществляющих ОРД, *по выявлению, пресечению преступлений*. Анализ данного положения позволяет сделать вывод о том, что наличие или отсутствие повода для возбуждения уголовного дела, предусмотренного ст. 140 УПК РФ, в данном случае не имеет значения, так как одной из задач ОРД, определенных в ст. 2 ФЗ об

---

<sup>1</sup> См.: Волынский В.В. Судебный контроль в стадии возбуждения уголовного дела (предмет, процессуальная форма) // Российский следователь. 2009. № 11. С. 5

ОРД, является выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений.

Кроме того, принимая во внимание, что в соответствии со ст. 1 ФЗ об ОРД эта деятельность осуществляется посредством проведения ОРМ в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от *преступных посягательств*, возникает вопрос: какие же иные ОРМ, не подлежащие обжалованию в порядке уголовного судопроизводства, могут быть оспорены в порядке гл. 25 ГПК РФ?

Ответ на этот вопрос, в частности, попытался дать Научно-консультативный совет при Нижегородском областном суде, который, «констатируя, что суды по-разному определяют подсудность подобных жалоб и процессуальную форму судебного контроля, пришел к следующему заключению:

1) жалобы на действия оперативных работников, совершенные до принятия решения о возбуждении уголовного дела (либо отказа в возбуждении уголовного дела), подлежат рассмотрению в порядке ст. 125 УПК РФ, если указанные действия способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию, и были произведены в стадии принятия решения о возбуждении уголовного дела. Начало этой стадии следует исчислять с момента наступления одного из поводов, указанных в ст. 140 УПК РФ: 1) заявления о преступлении; 2) явки с повинной; 3) сообщения о совершенном или готовящемся преступлении, полученном из иных источников;

2) жалобы на действия оперативных работников, совершенные до принятия решения о возбуждении уголовного дела (либо отказа в возбуждении уголовного дела), подлежат рассмотрению в порядке гл. 25 ГПК РФ, если указанные действия были произведены вне рамок уголовного процесса, т.е. до начала стадии возбуждения уголовного дела:

- были произведены в соответствии с ФЗ об ОРД исключительно в рамках оперативной проверки для достижения целей и задач ОРД;

- были произведены в рамках оперативной проверки в соответствии с ФЗ об ОРД и Закона РФ «О милиции» в целях получения информации, которая впоследствии была (или могла быть) представлена как повод и основание для возбуждения уголовного дела»<sup>1</sup>.

Таким образом, авторы данного подхода к толкованию приведенных выше Постановлений Пленума Верховного Суда РФ, все-таки предлагают в качестве «разделительной полосы» между уголовно-процессуальной и гражданско-процессуальной подсудностью определить повод для возбуждения уголовного дела. Безусловно, в отсутствие четкого законодательного разграничения подсудности обжалуемых оперативно-розыскных действий, такое решение позволяет в некоторой степени устранить конфликт норм уголовно-процессуальной и гражданской процессуальной отрасли права.

Вместе с тем, нам представляется целесообразным в качестве критерия для разграничения процедур обжалования взять не повод для возбуждения уголовного дела, а основания проведения ОРМ, указанные в ст. 7 ФЗ об ОРД. Так, основания для проведения ОРМ, предусмотренные в ч. 1 ст. 7 ФЗ об ОРД, предполагают своей целью именно выявление, пресечение или раскрытие преступлений. Следовательно, в данном случае ОРД направлена на обеспечение (пусть даже в будущем) решения уголовно-правовых и уголовно-процессуальных задач борьбы с преступностью. Исходя из этих рассуждений, мы полагаем, что жалобы на ОРМ, проведенные на основаниях указанных в ч. 1 ст. 7 ФЗ об ОРД, должны рассматриваться в судебном порядке, определенном в ст. 125 УПК РФ. В то же время, ч. 2 ст. 7 ФЗ об

---

<sup>1</sup> Ковтун Н.Н., Ярцев Р.В. Практика судебного контроля за решениями и действиями (бездействием) публичных процессуальных органов, ограничивающими права и законные интересы личности в уголовном процессе: учебно-практическое пособие. Н. Новгород, 2006. С. 19 - 20. (ссылка по *Волынскому В.В.* Судебный контроль в стадии возбуждения уголовного дела (предмет, процессуальная форма) // Российский следователь. 2009. № 11. С. 5).

ОРД определяет основания для проведения ОРМ не связанные с выявлением и раскрытием преступлений. Соответственно, оперативно-розыскные действия, осуществляемые на этих основаниях, не обеспечивают достижение уголовно-правовых целей и решения уголовно-процессуальных задач. В связи с этим, вполне оправданным было бы, на наш взгляд, жалобы на такие действия рассматривать в порядке гл. 25 ГПК РФ.

Однако, основываясь на тех позициях, что ОРМ и правоотношения, складывающиеся при их проведении, являются предметом правового регулирования оперативно-розыскного законодательства, то и судебный порядок рассмотрения жалоб граждан на действия органов, осуществляющих ОРД, по нашему мнению, должен определяться в ФЗ об ОРД. Но как бы то ни было, только наличие законодательно установленной судебной процедуры позволит «оживить» право человека на обжалование действий органов, осуществляющих ОРД, и обеспечить его эффективную реализацию.

## **§ 2. Процедура истребования и предоставления лицу сведений, полученных о нем в процессе оперативно-розыскной деятельности**

В результате проведения оперативно-розыскных мероприятий в распоряжение должностных лиц оперативных подразделений поступают предметы, документы и информация о частной жизни граждан, в той или иной степени причастных к преступной деятельности или осведомленных о ней. В целях дальнейшего использования в решении задач ОРД собранные материалы анализируются, систематизируются, помещаются в базы данных, обеспечивается их сохранность. Необходимо подчеркнуть, что преступные деяния не относятся к сфере частной жизни лица, сведения о которой не допускается собирать, хранить, использовать и распространять без его согласия, а потому проведение ОРМ, хранение и использование их результатов не может рассматриваться как нарушение конституционных прав, предусмотренных ч. 1 ст. 24 Конституции РФ.

Основываясь на данных конституционных положениях, законодатель в ч. 1 ст. 10 ФЗ об ОРД указал, что «органы, осуществляющие ОРД, ... могут создавать и использовать информационные системы, а также заводить дела оперативного учета». Полагаем, что законодательное закрепление возможности органов, осуществляющих ОРД, сохранять и накапливать собранные оперативно-розыскным путем сведения является весьма значимым, так как позволяет указанным органам иметь свои информационные ресурсы и использовать их в законных целях. Соответственно, информация, полученная путем проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права и свободы личности, также подлежит учету и хранению, как в информационных системах, так и в делах оперативного учета.

Социальная значимость получения и сохранения органами, осуществляющими ОРД, информации о криминальных процессах и участвующих в них лицах в настоящее время не вызывает сомнения у подавляющего большинства общественности. Вместе с тем, в соответствии с ч. 2 ст. 24 Конституции РФ, указанные органы и их должностные лица обязаны обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом. В целях реализации данной конституционной нормы, в ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД, законодатель предусмотрел право граждан истребовать от органа, осуществляющего ОРД, сведения о полученной о них информации. Далее, в ч. 5 и ч. 6 ст. 5 ФЗ об ОРД, в общих чертах определяется судебный порядок рассмотрения спора об отказе или полноте предоставленных лицу сведений. Таким образом, можно сделать вывод о том, что механизм реализации указанного права законодательно установлен, однако его эффективное практическое осуществление вызывает некоторые сомнения по целому ряду причин. Рассмотрим последовательно структурные элементы правовой нормы, закрепленной в ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД.

Право истребовать сведения от органа, осуществляющего ОРД, возникает у лица, в соответствии с ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД, при наличии трех обязательных условий:

1. Его виновность в совершении преступления не доказана в установленном законе порядке;
2. Оно располагает фактами проведения в отношении его оперативно-розыскных мероприятий;
3. При этом лицо полагает, что были нарушены его права.

Итак, первое условие. Законодатель в ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД, раскрывая и конкретизируя понятие «лицо, виновность которого в совершении преступления не доказана», имеет в виду случаи, когда в возбуждении уголовного дела отказано либо оно прекращено за отсутствием события или состава преступления (п.п. 1 и 2, ч. 1 ст. 24 УПК РФ). Ряд авторов полагает, что аналогичное право имеется и у лица, в отношении которого уголовное преследование прекращено в связи с его непричастностью к совершению преступления (п. 1 ст. 27 УПК РФ) либо судом постановлен оправдательный приговор по одному из названных оснований, то есть право на истребование сведений о результатах оперативно-розыскной деятельности возникает у лица, виновность которого в совершении преступления не подтверждена вступившим в законную силу обвинительным приговором суда<sup>1</sup>. Детальный анализ ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД не позволяет согласиться с таким выводом. Уголовно-процессуальное решение об отказе в возбуждении уголовного дела или его прекращении сопровождается вынесением постановления. Поэтому мы полагаем, что основанием для констатации факта недоказанности виновности лица является не отсутствие обвинительного приговора, а наличие постановления об отказе в возбуждении уголовного дела либо о его прекращении.

---

<sup>1</sup> См.: Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий. – Омск: Омский юридический институт МВД России, 1999. – С. 31.

Вместе с тем в определении Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 1998 г. содержится положение, позволяющее расширительно толковать условие недоказанности виновности лица. Так, в п. 2 указанного определения Конституционного Суда сказано, что «по смыслу части третьей этой же статьи (ст. 5, при этом до внесения изменений в ФЗ об ОРД рассматриваемое положение ч. 4 ст. 5 содержалось в ч. 3 – *примечание В.Г.*) во взаимосвязи со ст. 2 и ст. 10 ФЗ об ОРД, при неподтверждении данных, предусмотренных подпунктом 1 п. 2 ч. 1 ст. 7 ФЗ об ОРД, и, следовательно, при отсутствии оснований для возбуждения уголовного дела, оперативно-розыскные мероприятия подлежат прекращению, что позволяет проверяемому лицу в порядке ч. 3 ст. 5 истребовать сведения о полученной о нем информации, а в случае отказа – обжаловать его в суд...»<sup>1</sup>. Но в таком случае возникает вопрос: откуда лицу стало известно о том, что в отношении него было заведено секретное(!) дело оперативного учета, а затем по реабилитирующим основаниям было прекращено? Более того, можно прогнозировать возникновение такой ситуации в практической деятельности оперативных подразделений, когда к ним обратится гражданин, в отношении которого оперативно-розыскные мероприятия еще проводятся и дело оперативного учета не прекращено. В этом случае отказать, сославшись на отсутствие материалов, означает ввести гражданина в заблуждение, официально солгать ему, а отказать в предоставлении сведений ссылаясь на ст. 5 ФЗ об ОРД – расшифровать факт проведения оперативной проверки или разработки лица.

Так, например, на заявление депутата Законодательного собрания Приморского края В.В. Николаева, кандидата в мэры города Владивостока, в Управление внутренних дел по Приморскому краю и Управление Федеральной службы безопасности по Приморскому краю с требованием

---

<sup>1</sup> См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 1998 г. № 86-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой // Сборник законодательства Российской Федерации, 24 августа 1998, № 34, ст. 4368.

предоставить сведения о полученной о нем информации, поступили два различных варианта ответа, опубликованные им позднее в предвыборной листовке «Мне не за что оправдываться!». В письме УВД по Приморскому краю № 21/1835 от 9 июля 2004 г. отмечалось, что «документальными данными о том, что Вы (В.В. Николаев – примечание В.Г.) как член органа управления ОАО «ТУРНИФ» занимаетесь незаконной деятельностью и получаете от нее доходы, Управление внутренних дел не располагает». В свою очередь Управление ФСБ по Приморскому краю (письмо № БТ/4610 от 25 июня 2003 г.) сославшись на то, что «уголовное преследование в отношении Вас (В.В. Николаева – примечание В.Г.) не осуществлялось, на основании ч. 4. ст. 5 ФЗ об ОРД, выполнить требования, изложенные в запросе не представляется возможным» сведения не представило. Вне всякого сомнения, гражданин В.В. Николаев, учитывая все вышеизложенное, имел право обжаловать отказ обоих органов в суд. Однако, он, как криминальный авторитет и лидер преступного сообщества, был полностью удовлетворен такими ответами и использовал их в своей предвыборной кампании.

В научной литературе по данному вопросу также как и у практических работников нет единого мнения. В частности одни авторы считают, что в ФЗ об ОРД необходимо внести «дополнение, позволяющее суду или иному органу, в который поступила жалоба, при наличии к тому оснований (последние представляются оперативным аппаратом) на определенный срок задерживать ответ на нее, чтобы заинтересованное лицо не могло получить информацию, которую возможно использовать в противозаконных целях (например, для противодействия расследованию или оперативной проверке)»<sup>1</sup>. Другие ученые полагают, что «предоставление заявителю такой информации во многих случаях потребует объяснения оснований для

---

<sup>1</sup> Сальников В.П. Правовые гарантии соблюдения прав человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий органами внутренних дел на современном этапе // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: Материалы научно-практического семинара / Отв. ред. В.М. Аتماжитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 51.

проведения оперативно-розыскных мероприятий (поручения, запросы, оперативная информация и т.п.). В этих случаях от субъекта, в адрес которого поступило соответствующее заявление, потребуются консультации с инициаторами запросов либо формально-бюрократические оттяжки, вовсе дезинформирующие заявителя, что с позиций нравственности не допустимо»<sup>1</sup>.

Решение данной проблемы видится нам в непосредственной связи первого условия со вторым, они неразрывны и должны рассматриваться органом, осуществляющим ОРД, и судом в своем единстве. Второе условие, установленное ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД, указывает на то, что лицо должно располагать фактами проведения в отношении его оперативно-розыскных мероприятий. Так, если правоохранительными органами было вынесено постановление об отказе в возбуждении или прекращении уголовного дела, лицо может хотя бы предполагать, что предварительно в отношении его проводились ОРМ, ограничивающие конституционные права и свободы человека и гражданина. При этом будет известен конкретный орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, как инстанция обращения гражданина об истребовании сведений.

В ином случае обосновать осведомленность о фактах проведения оперативно-розыскных мероприятий будет крайне сложно, а объект истребования сведений будет иметь абстрактный характер. Например, лицо обнаружило за собой скрытое наблюдение или прослушивающее устройство в своем рабочем кабинете. Как установить, какой оперативно-розыскной орган, из перечисленных в ст. 13 ФЗ об ОРД, проводит в отношении его оперативно-розыскные мероприятия? И где гарантия того, что это не противоправная деятельность конкурентов, детективных агентств,

---

<sup>1</sup> *Климов И.А., Синилов Г.К., Сазонова Н.И.* Еще раз о необходимости совершенствования законодательства в сфере оперативно-розыскной деятельности // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») / Под ред. д.ю.н. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2005. С. 17-18.

преступных сообществ или иностранных разведывательных служб? Мы полагаем, что исходя из требований ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД, лицо должно представить конкретные факты проведения в отношении его оперативно-розыскных мероприятий. Например, факт опроса гражданина оперативным сотрудником, факт изъятия у гражданина оперативным сотрудником документов или предметов, и т.д.

Таким образом, первое и второе условия являются системными и взаимодополняющими: при наличии одного и отсутствии другого – законодательные основания истребования и предоставления лицу сведений о полученной о нем информации отсутствуют. В случае иного подхода к толкованию этих положений ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД, мы можем прогнозировать регулярное обращение лидеров и активных участников преступных сообществ в органы, осуществляющие ОРД, с целью истребования сведений о собранной в отношении них информации и оказания криминального противодействия правоохранительным органам.

Что же касается третьего условия истребования сведений, то, основываясь на анализе ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД, необходимо отметить, что от лица не требуется доказывания факта нарушения его прав, ему достаточно просто полагать, что при проведении оперативно-розыскных мероприятий были нарушены его права. В п. 2 определения Конституционного Суда от 14 июля 1998 г. № 86-О прямо указывается, что в соответствии с ч. 3 и ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД, право обжаловать действия органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, предоставляется лицу, даже если оно только полагает, что его права и свободы нарушены.

Видимо именно это судебное решение повлияло на мнение ученых, которые предположили, что содержание ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД необоснованно дублируется в ч. 4 ст. 5 этого же закона<sup>1</sup>. Позволим себе не согласиться с

---

<sup>1</sup> Если лицо, полагающее, что действия органа, осуществляющего ОРД, привели к нарушению его прав и свобод, может обжаловать эти действия в вышестоящий орган или в суд, то эта мера должна носить всеобщий характер и не подвергаться дальнейшему дублированию по стадиям ОРД. Ни с научной, ни с практической точек зрения

данным суждением по целому ряду причин. Во-первых, правовая цель ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД заключается в предоставлении лицу возможности обжаловать любые действия органов, осуществляющих ОРД, которые по его мнению привели к нарушению прав и свобод, независимо от стадии ее осуществления. В то время как ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД целенаправленно регулирует отношения человека и государства по поводу предоставления первому сведений о полученной о нем информации, и только в случае отказа и неполного предоставления сведений – обжаловать это в судебном порядке.

Во-вторых, ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД разрешает обжаловать действия органов, осуществляющих ОРД, независимо от процессуального статуса этого лица<sup>1</sup>. Тогда как ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД предписывает право гражданина обратиться в суд только после принятия уголовно-процессуального решения об отказе в возбуждении уголовного дела или о прекращении уголовного дела в связи с отсутствием события или состава преступления. Это обстоятельство, на наш взгляд, имеет ключевое значение, так как во втором случае в уголовно-процессуальном порядке установлено, что действия (бездействие) лица не являются преступными, а значит и не были ими на момент проведения ОРМ, ограничивающих его права и свободы. При этом данное лицо хочет ознакомиться со сведениями, полученными в отношении него, и они ему должным образом не представлены.

---

последующее уточнение этого положения в ч. 4 не является обоснованным. Если законодатель, желая подчеркнуть право гражданина, попавшего в орбиту оперативно-розыскных отношений, истребовать для ознакомления собранную информацию, то он мог это положение включить в ч. 3 ст. 5, а выделив такое право в самостоятельную ч. 4 и обусловив его стадией прекращения уголовного дела, исключающей разглашение государственной тайны, законодатель лишь подчеркнул запутанность и непоследовательность своей позиции. См., подробнее: *Климов И.А., Сенилов Г.К., Сазонова Н.И.* Еще раз о необходимости совершенствования законодательства в сфере оперативно-розыскной деятельности // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») / Под ред. д.ю.н. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2005.

<sup>1</sup> Примечательно, что исходя из анализа ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД, лицо может обжаловать действия органов, осуществляющих ОРД, обладая при этом уголовно-процессуальным статусом (обвиняемого, подозреваемого или даже свидетеля) или не обладая им, т.е. будучи проверяемым или разрабатываемым.

Именно на этом элементе ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД акцентировали свое внимание ученые и предположили, что «нет никакой необходимости предоставлять гражданам оперативно-розыскную информацию для защиты их прав и свобод, поскольку она не является основанием для принятия каких-либо значимых юридических решений без предварительной проверки в рамках уголовно-процессуальных норм (ст. 11 ФЗ об ОРД)»<sup>1</sup>. На наш взгляд, здесь также остается повод для дискуссии, так как данная информация может быть использована не только в уголовном процессе, но и для проведения дальнейших ОРМ (ч. 1 ст. 11 ФЗ об ОРД), что возможно повлечет дальнейшее нарушение прав и свобод человека и гражданина. Кроме того, принимая во внимание, что лицо только предполагает, что его права и свободы были нарушены, то в дальнейшем, изучив предоставленные сведения, человек может принять решение об обжаловании действий органов, осуществляющих ОРД, в порядке ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД.

ФЗ об ОРД не определяет формы (письменной или устной) истребования лицом соответствующих сведений. Как нам представляется, само по себе истребование должно содержаться в письменном заявлении, включающем в себя указание на все вышеперечисленные условия. Заявление гражданина о предоставлении сведений о полученной о нем информации адресуется руководителю оперативного подразделения, непосредственно проводившего оперативно-розыскные мероприятия, либо в вышестоящее подразделение. Заявление подлежит регистрации и рассмотрению в течение 30 дней в соответствии с требованиями Инструкции по работе с обращениями граждан в системе МВД России, утвержденной приказом МВД России от 22 сентября 2006 г. № 750<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: *Климов И.А., Синилов Г.К., Сазонова Н.И.* Еще раз о необходимости совершенствования законодательства в сфере оперативно-розыскной деятельности // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») / Под ред. д.ю.н. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2005. С. 17-18.

<sup>2</sup> См.: Российская газета, № 263, 23.11.2006.

Особое внимание следует обратить на то, что ФЗ об ОРД не содержит предписания знакомить гражданина с оперативно-служебными документами. В соответствии с ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД, лицу должны быть представлены только сведения о полученной о нем информации. Не конкретные оперативно-служебные документы, содержащие информацию о лице, а лишь сведения об этой информации. Данные сведения могут быть оформлены справкой. В справку включаются сведения об информации, содержащейся в делах оперативного учета либо других оперативно-служебных документах. Например, в случае проведения скрытого наблюдения лицу предоставляются не сами служебные документы, отражающие результаты скрытого наблюдения, а только сведения о его передвижении, местах посещения и встреч с другими гражданами. Примечательно, что детальный анализ используемого законодателем словосочетания «сведения о полученной о нем информации» позволяет сделать вывод о том, что лицу предоставляются сведения о том, *что* собранно в отношении него, а не то *как* это сделано. То есть, сведения об организации и тактике проведения ОРМ, применения средств и методов ОРД, лицу не предоставляются.

Именно поэтому, и это следует особо подчеркнуть: указанные сведения должны предоставляться в пределах, допускаемых требованиями конспирации и исключающих возможность разглашения государственной тайны. Это обстоятельство обусловлено тем, что в некоторых случаях сам факт наличия определенной информации у оперативного сотрудника может позволить гражданину определить ее источник (например, установить лицо, оказывающее конфиденциальное содействие органам, осуществляющим ОРД). В связи с этим, при предоставлении гражданину сведений о полученной о нем информации должны соблюдаться требования ст. 12 ФЗ об ОРД, предусматривающей защиту сведений об органах, осуществляющих ОРД.

В то же время, в соответствии с п. 3 определения Конституционного Суда от 14 июля 1998 г. № 86-О, 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. Следовательно, положения ст. 12 ФЗ об ОРД не могут служить основанием для отказа лицу в возможности ознакомления с незаконно полученными в результате оперативно-розыскной деятельности сведениями, непосредственно затрагивающими его права и свободы. Соответственно, все факты нарушения закона и юридической процедуры проведения оперативно-розыскных мероприятий, при помощи которых была получена данная информация, являются предметом прокурорского реагирования или судебного разбирательства с последующим привлечением виновных к ответственности.

Как справедливо отмечают И.А. Климов, Г.К. Сенилов и Н.И. Сазонова, ФЗ об ОРД ставит оперативных работников в двойственное положение (с одной стороны существует обязанность предоставить сведения, с другой – сохранить государственную тайну), из которого могут вытекать два отрицательных последствия: ограничение инициативы оперативных работников, снижение наступательности в борьбе с преступностью или сокрытие части оперативно-розыскной информации<sup>1</sup>.

В этом аспекте проблемы, необходимо иметь в виду, что гражданин имеет право истребовать только сведения об информации, полученной о нем с нарушением, как он полагает, законодательства. Так, Конституционный Суд, в том же п. 3, указанного определения от 14 июля 1998 г., отметил, что у гражданина нет конституционного права на истребование всей собранной о нем информации, если оперативно-розыскные мероприятия осуществлялись с соблюдением требований Конституции Российской Федерации и в рамках закона. Таким образом, на основании анализа данного судебного решения,

---

<sup>1</sup> См.: *Климов И.А., Сенилов Г.К., Сазонова Н.И.* Еще раз о необходимости совершенствования законодательства в сфере оперативно-розыскной деятельности // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») / Под ред. д.ю.н. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2005. С. 17-18.

можно сделать вывод о том, что орган, осуществляющий ОРД, вправе представить сведения не в полном объеме или вообще отказать в их предоставлении обратившемуся гражданину, если при проведении оперативно-розыскных мероприятий, по мнению должностных лиц, не нарушалось законодательство Российской Федерации.

Вне всякого сомнения, отказ в ознакомлении с информацией должен быть письменным. Хотя его форма и содержание в нормативных документах не определена, мы полагаем, что он составляется в произвольной форме, должен быть мотивированным и содержать ссылки на конкретные нормы законодательных или ведомственных актов, которые легли в основу принятия решения об отказе, а также разъяснение права гражданина на обжалование данного решения в судебном порядке.

В соответствии с Постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2009 г. действия должностных лиц оперативно-розыскных органов, отказавших лицу, виновность которого не доказана в установленном законом порядке, в предоставлении сведений о полученной о нем в ходе оперативно-розыскных мероприятий информации, или предоставивших такие сведения не в полном объеме могут быть оспорены в порядке, предусмотренном главой 25 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации<sup>1</sup>. При этом, в соответствии с ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД, в процессе рассмотрения дела в суде обязанность доказывать обоснованность отказа в предоставлении этому лицу сведений, в том числе в полном объеме, возлагается на соответствующий орган, осуществляющий ОРД. В частности, должностные лица органа, осуществляющего ОРД, могут обосновывать свой отказ, предоставляя суду оперативно-служебные документы, составленные с соблюдением предусмотренной законом процедуры (например, протокол изъятия при

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2009 г. № 2 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих» // Российская газета от 18 февраля 2009 г.

проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий<sup>1</sup>), ссылаясь на судебные решения, полученные в установленном законом порядке на проведение ОРМ, ограничивающих конституционные права человека и гражданина. Наличие данных судебных решений подтверждает законность проведения ОРМ в отношении конкретного лица в совокупности с требованиями ст. 12 ФЗ об ОРД и п. 4 ст. 5, ст. 6 и ст. 7 Закона Российской Федерации «О государственной тайне»<sup>2</sup> могут служить весомым аргументом при мотивировании отказа.

Действительно, в целях обеспечения полноты и всесторонности рассмотрения дела орган, осуществляющий ОРД, обязан предоставить судье по его требованию оперативно-служебные документы, содержащие информацию о сведениях, в предоставлении которых было отказано заявителю, за исключением сведений о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе (ч. 5 ст. 5 ФЗ об ОРД). Следовательно, из дел оперативного учета должны быть удалены постановление, план и легенда оперативного внедрения, некоторые сообщения конфиденентов, содержание которых может рассекретить источник информации, и т.д. Однако, ни закон, ни ведомственные нормативные акты не определяют порядок выделения секретных материалов и предоставления секретных дел оперативного учета в суд.

---

<sup>1</sup> См.: Ст. 15 ФЗ об ОРД в редакции Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части исключения внепроцессуальных прав органов внутренних дел Российской Федерации, касающихся проверок субъектов предпринимательской деятельности» от 26 декабря 2008 г. № 292-ФЗ. // Российская газета от 30 декабря 2008 г.

<sup>2</sup> Закон Российской Федерации от 21.07.1993 г. № 5485-1 «О государственной тайне» (в ред. Федеральных законов от 06.10.1997 № 131-ФЗ, от 30.06.2003 № 86-ФЗ, от 11.11.2003 № 153-ФЗ, от 29.06.2004 № 58-ФЗ, от 22.08.2004 № 122-ФЗ, от 01.12.2007 № 294-ФЗ, от 01.12.2007 № 318-ФЗ, с изм., внесенными Постановлением Конституционного Суда РФ от 27.03.1996 № 8-П, определениями Конституционного Суда РФ от 10.11.2002 № 293-О, от 10.11.2002 № 314-О). // Сборник законодательства РФ, 13.10.1997, № 41, ст. 8220-8235.

В дальнейшем, в случае признания необоснованным решения органа, осуществляющего ОРД, об отказе в предоставлении необходимых сведений заявителю судья может обязать указанный орган предоставить заявителю сведения, предусмотренные ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД. Необходимо подчеркнуть, что суд не вправе сам знакомить заявителя с полученными от органа, осуществляющего ОРД, материалами. Суд может только обязать должностных лиц представить заявителю сведения о полученной о нем информации. При этом полагаем, что суд должен указать конкретные сведения, которые орган, осуществляющий ОРД, обязан предоставить гражданину.

Несомненный интерес в связи с этим представляет вероятность привлечения к уголовной ответственности должностного лица органа, осуществляющего ОРД, за неправомерный отказ в предоставлении собранных в установленном порядке документов и материалов, затрагивающих права и свободы гражданина, либо предоставление гражданину неполной или заведомо ложной информации, если эти деяния причинили вред правам и законным интересам граждан (ст. 140 Уголовного кодекса Российской Федерации). Судя по тому, что данная статья находится в главе 19 «Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина» и следует за статьями 137, 138 и 139 УК РФ, предусматривающих ответственность за нарушение неприкосновенности частной жизни, тайны переписки, телефонных переговоров и неприкосновенности жилища, ст. 140 УК РФ прежде всего предполагает отказ в предоставлении материалов, касающихся именно этой информации.

К сожалению, мы не встретили в юридической литературе и научных источниках суждений по этому вопросу и комментариев к данной норме УК РФ в аспекте не предоставления оперативно-розыскной информации. Однако, мы полагаем, что привлечение к уголовной ответственности по ст. 140 УК РФ должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, возможно лишь в случаях доказанности прямого умысла при предоставлении заведомо

ложной информации. В ином случае установление в судебном порядке неправомерного отказа или неполного предоставления информации должностными лицами органов, осуществляющих ОРД, является лишь следствием неверного толкования ими требований конспирации и неразглашения государственной тайны. Вместе с тем, это всего лишь наше субъективное мнение по проблеме, которая нуждается в более глубоком исследовании, в том числе специалистами в области уголовного права.

Не менее актуальным, на наш взгляд, является вопрос о сроке, в течение которого лицо имеет право истребовать сведения о полученной о нем информации. Вопрос отнюдь не праздный, так как в соответствии с ч. 7 ст. 5 ФЗ об ОРД, «полученные в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий материалы в отношении лиц, виновность которых в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке, хранятся один год, а затем уничтожаются, если служебные интересы или правосудие не требуют иного». Такой подход, по мнению А.В. Тямкина, призван обеспечить защиту от вмешательства в личную жизнь частных лиц, обвинения против которых не находят подтверждения<sup>1</sup>. Вместе с тем, данное обстоятельство не позволит лицу реализовать свое право на ознакомление с этими сведениями, если оно истребует их спустя один год и эти материалы будут уничтожены. Следует также подчеркнуть, что законодательная процедура уничтожения материалов, содержащих сведения о частной жизни человека, является весьма неопределенной и, безусловно, нуждается в совершенствовании.

В заключение, следует подчеркнуть, что повышение требований обеспечения законности в деятельности оперативных подразделений и соблюдения конституционных прав и свобод личности в сфере оперативно-розыскных правоотношений, вне всякого сомнения, объективно

---

<sup>1</sup> См.: См.: *Тямкин А.В.* Соблюдение прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий (правоохранительный аспект) // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: Материалы научно-практического семинара / Отв. ред. В.М. Атамжитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 55.

предопределяет развитие правового регулирования ОРД в целом. Немаловажным элементом обеспечения соблюдения прав и свобод человека и гражданина, особенно в условиях негласной оперативно-розыскной работы оперативных подразделений, является нормативное положение о возможности истребования и ознакомления лица с собранными в отношении него материалами. В связи с этим, на наш взгляд, юридическая процедура истребования и предоставления гражданам сведений, полученных в процессе ОРД, должна стать предметом глубокого правового анализа и научного исследования, и на их основе более детально регламентирована в законодательных и ведомственных нормативных актах.

### **§ 3. Восстановление нарушенных прав и возмещение вреда, причиненного гражданину действиями органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность**

Закрепление основных прав и свобод человека и гражданина в Конституции РФ, законодательное обеспечение их соблюдения, защиты, и даже наличие эффективного правового механизма реализации данных конституционных и законодательных норм в правоприменительной и правоохранительной деятельности государства, к сожалению, не может полностью исключить случаев нарушения указанных прав и свобод в ОРД. Именно поэтому законодатель предусмотрел в ФЗ об ОРД норму, определяющую основу процессуального механизма восстановления нарушенных прав и возмещения вреда. Так, в соответствии с ч. 9 ст. 5 ФЗ об ОРД, при нарушении органом (должностным лицом), осуществляющим ОРД, прав и законных интересов физических и юридических лиц вышестоящий орган, прокурор либо судья в соответствии с законодательством Российской Федерации обязаны принять меры по восстановлению этих прав и законных интересов, возмещению причиненного вреда.

Однако и здесь мы имеем дело с некоторой непоследовательностью законодателя, существенно затрудняющей понимание правоприменителем

сущности данного законодательного положения. Прежде всего, обращает на себя внимание отсутствие в тексте нормы термина «свободы» и появление нового понятия «законные интересы», ранее в тексте ФЗ об ОРД не упоминавшегося<sup>1</sup>.

В связи с этим, как справедливо отметил В.В. Субочев, «для того чтобы действительно грамотно и всесторонне осознать, что же хочет сказать законодатель, употребляя словосочетание «права и законные интересы граждан», что скрывается за каждой из этих фраз, ... необходимо глубже вникнуть в содержание, сущность и структуру законных интересов граждан»<sup>2</sup>.

Однако, ни Конституция РФ, ни другие нормативные правовые акты, не содержат какого-либо определения «законных интересов». Не нашли мы толкования этого термина и в юридической энциклопедической литературе<sup>3</sup>. В свою очередь С.И. Ожегов слово «законный» определяет как согласный с законом, основывающийся на законе, а слово «интерес» как нужды, потребности<sup>4</sup>.

Анализ юридической литературы позволил установить, что дефиниция «законные интересы» достаточно сложное и многоаспектное понятие, по которому у ученых нет единого мнения. Не вдаваясь в научную полемику по данному вопросу, отметим, что достаточно четко место «законных интересов» в правовой сфере было определено Н.В. Витруком, который указал, что: «В качестве самостоятельного элемента правового статуса личности правомерно вычленишь интересы, которые не нашли своего

---

<sup>1</sup> Далее в ст. 10 и ст. 16 ФЗ об ОРД термин «законные интересы» применяется законодателем еще дважды в различном, и на наш взгляд, бессистемном сочетании с терминами «права», «свободы» и даже «правоохраняемые интересы».

<sup>2</sup> Субочев В.В. Законные интересы / под ред. А.В. Малько. М.: НОРМА, 2008 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>3</sup> См., например: *Юридический энциклопедический словарь*. 2-е доп. издание. М.: «Советская энциклопедия», 1987; *Энциклопедический юридический словарь* / Под общ. ред. В.Е. Крутских. 2-е изд. М.: ИНФРА-М, 1998; *Большой энциклопедический словарь*. М.: Издательство Эксмо, 2005.

<sup>4</sup> См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка: около 57 000 слов // Под ред. проф. Н.Ю. Шведовой. 15-е изд., стереотип. М.: Русский язык, 1984. С. 186, 223.

прямого выражения и закрепления в юридических правах и обязанностях, но подлежат правовой защите со стороны государства. Эти интересы в законодательстве и науке получили название законных интересов личности. Законные интересы дополняют систему прав, свобод и обязанностей личности, выступая структурным элементом правового статуса»<sup>1</sup>.

Развивая и детализируя такой подход к пониманию указанного термина, В.В. Субочев пишет: «Законный интерес – это в определенной степени гарантированная государством возможность для субъекта пользоваться благом, если его стремление не является противозаконным. Другими словами, государство гарантирует каждому субъекту правоотношений возможность реализовать свой интерес. Не гарантированную его реализацию (иначе бы речь шла о субъективных правах), но гарантированную возможность реализации»<sup>2</sup>.

Таким образом, наряду с правами и свободами человека, его «законные интересы» являются весьма важным и неотъемлемым элементом правового статуса личности, защита которого гарантируется государством. Тогда возникает вопрос: почему ранее ни в ст. 3 ФЗ об ОРД, ни в ч.ч. 1, 3 и 4 ст. 5 ФЗ об ОРД «законные интересы» законодателем не упоминались? Мы полагаем, что в данном случае в очередной раз имеет место нарушение правил юридической техники при формулировке правовых норм. Иначе, весьма затруднительно объяснить умышленное исключение законодателем «законных интересов» из принципа ОРД «уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина», указанного в ст. 3 ФЗ об ОРД.

Далее анализ ч. 9 ст. 5 ФЗ об ОРД, по нашему мнению, позволяет сделать вывод о том, что законодатель разделяет понятия «восстановление прав и законных интересов» и «возмещение причиненного вреда». Вместе с тем, гражданское законодательство, судя по всему, таких разграничений не проводит, объединяя восстановление права и возмещение вреда в едином

---

<sup>1</sup> Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. М.: НОРМА, 2008 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>2</sup> Субочев В.В. Указ. соч.

понятии «способов защиты гражданских прав». Так, в ст. 12 Гражданского кодекса Российской Федерации предусматриваются следующие способы защиты гражданских прав: 1) признания права; 2) восстановления положения, существовавшего до нарушения права, и пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; 3) признания оспоримой сделки недействительной и применения последствий ее недействительности, применения последствий недействительности ничтожной сделки; 4) признания недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления; 5) самозащиты права; 6) присуждения к исполнению обязанности в натуре; 7) возмещения убытков; 8) взыскания неустойки; 9) компенсации морального вреда; 10) прекращения или изменения правоотношения; 11) неприменения судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону; 12) иными способами, предусмотренными законом.

Нетрудно заметить, что такие восстановительные меры как признание права и восстановление положения, существовавшего до его нарушения, соседствует с возмещением убытков и компенсацией вреда. Возможно, именно поэтому мы не встретили ни в одном комментарии к ФЗ об ОРД какого-либо четкого объяснения: в чем же именно заключается сущность «восстановления прав и законных интересов». Более того, многие авторы, на наш взгляд, отождествляют эту правовую категорию с «возмещением вреда», так как после констатации самого факта существования ч. 9 ст. 5 ФЗ об ОРД, необходимости восстановления нарушенных прав и законных интересов, тут же переходят к рассмотрению процедуры возмещения причиненного вреда в порядке ст. 1069 ГК РФ<sup>1</sup>. А некоторые исследователи и вовсе сомневаются в возможности восстановления прав, нарушенных при проведении ОРД,

---

<sup>1</sup> См., например: *Дубягин Ю.П., Дубягина О.П., Михайлычев Е.А.* Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности»: постатейный. Юстицинформ, 2005 // СПС КонсультантПлюс; *Киселев А.П.* Комментарий к Федеральному закону от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»: постатейный // Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2008; и др.

посредством механизмов судебного контроля и прокурорского надзора в силу чрезмерной засекреченности этой деятельности<sup>1</sup>.

В связи с этим, полагаем более справедливым подход ученых, которые полагают, что в ч. 9 ст. 5 ФЗ об ОРД предусматриваются восстановительные (защитные) меры, вытекающие из полномочий вышестоящих органов, прокурора и судьи, из их профессионального статуса и должностных полномочий<sup>2</sup>. В частности, вышестоящий орган, осуществляющий ОРД, вправе прекратить дальнейшее проведение ОРМ, тем самым пресечь нарушение прав, свобод и законных интересов гражданина, а, следовательно, восстановить их первоначальное состояние. Например, по решению руководителя вышестоящего органа, осуществляющего ОРД, прекращается необоснованное проведение ОРМ «прослушивание телефонных переговоров», таким образом, осуществляется восстановление конституционного права гражданина на тайну телефонных переговоров.

О необходимости принятия прокурором мер по восстановлению нарушенных прав и законных интересов личности неоднократно упоминается в различных подзаконных актах. В частности, прокурорам, используя предоставленные им полномочия, надлежит пресекать нарушения прав и законных интересов физических и юридических лиц при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, принимать своевременные меры к их восстановлению<sup>3</sup>. В другом ведомственном приказе в целях обеспечения соблюдения прав и свобод человека и гражданина, прокурорам предписывается активнее использовать полномочия

---

<sup>1</sup> См.: Фролова Т.А. Порядок проверки судом допустимости результатов ОРД и доказательств, сформированных на их основе // Уголовный процесс. 2008. № 1.

<sup>2</sup> См.: Вагин О.А., Исиченко А.П., Чечетин А.Е. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» (постатейный). М.: Деловой двор, 2009 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>3</sup> См.: пункт 10 Приказа Генпрокуратуры РФ от 21.12.2007 г. № 207 (ред. от 27.02.2009 г.) «Об организации прокурорского надзора за исполнением Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

по восстановлению нарушенных в ходе оперативно-розыскной деятельности прав и законных интересов физических и юридических лиц<sup>1</sup>.

Непосредственно механизм прокурорского реагирования на факты нарушения прав личности и принятия восстановительных мер определяется на законодательном уровне. Так, прокурор в установленном Федеральным законом «О прокуратуре Российской Федерации» порядке освобождает своим постановлением лиц, незаконно подвергнутых административному задержанию на основании решений несудебных органов (ч. 3 ст. 22), вносит обязательное для исполнения представление об устранении нарушений прав и свобод человека и гражданина в орган или должностному лицу, которые полномочны устранить допущенное нарушение (ст.ст. 24, 28). С определенной долей условности, но все же можно, на наш взгляд, к восстановлению прав и законных интересов личности отнести принятие прокурором мер по привлечению к ответственности должностных лиц, совершивших правонарушения (ч. 2 ст. 22).

Достаточно ярко, по нашему мнению, в тексте самого ФЗ об ОРД просматриваются судебные меры восстановления прав и законных интересов человека и гражданина. Прежде всего, в случае обжалования лицом действий органа, осуществляющего ОРД, в суд (ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД), последний может отменить решение органа, осуществляющего ОРД, дать правовую оценку действиям должностных лиц этих органов и вынести решение, обязательное для исполнения ими.

Оперативно-розыскное законодательство предусматривает также иные судебные меры восстановительного характера. Так, в случае признания необоснованным решения органа, осуществляющего ОРД, об отказе в предоставлении заявителю сведений о собранной о нем информации судья может обязать указанный орган предоставить данные сведения (ч. 6 ст. 5 ФЗ об ОРД), т.е. по существу восстановить нарушенное право человека на

---

<sup>1</sup> См.: подпункт 6 пункта 4 Приказа Генпрокуратуры РФ от 15.05.2010 г. № 209 «Об усилении прокурорского надзора в свете реализации национальной стратегии противодействия коррупции».

ознакомление с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы (ст. 24 Конституции РФ). Кроме того, судья может отказать в вынесении судебного решения о проведении ОРМ, которое было начато в порядке ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД, тем самым, обязывая орган, осуществляющий ОРД, прекратить его проведение и восстанавливая нарушенное право человека на неприкосновенность частной жизни (ст. 23 Конституции РФ).

На наш взгляд, именно в этом состоит сущность восстановления прав и законных интересов гражданина в ОРД: пресечь необоснованное, а значит незаконное нарушение того или иного права, и воссоздать (восстановить) первоначальную ситуацию, исключаящую вторжение в сферу прав и законных интересов личности.

Вместе с тем, именно в результате выявления нарушений прав и законных интересов личности, их восстановления, возникает вопрос о возмещении ущерба, причиненного этим нарушением. Согласно ст. 53 Конституции РФ каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц. Основа механизма реализации данного права заложена в Законе РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права граждан», в ст. 7 которого отмечается, что убытки, моральный вред, нанесенные гражданину признанными незаконными действиями (решениями), а также представлением искаженной информации, возмещаются в порядке, установленном Гражданским кодексом Российской Федерации. Таким образом, причиненный незаконными действиями органов, осуществляющих ОРД, вред может быть как моральным, так и материальным (имущественный ущерб).

Согласно действующему гражданскому законодательству, ответственность за причиненный моральный вред не находится в зависимости от наличия имущественного ущерба и может применяться

самостоятельно. Если гражданину причиняется моральный вред, выражающийся в физических или нравственных страданиях, которые возникают у гражданина в результате нарушения его прав действиями сотрудников оперативно-розыскных служб, то суд может возложить на нарушителя обязанность денежной компенсации такого вреда<sup>1</sup>. Размер компенсации зависит от характера и объема причиненных истцу нравственных или физических страданий, степени вины ответчика и в каждом конкретном случае определяется с учетом требований разумности и справедливости<sup>2</sup>.

В соответствии с положениями ст. 151 ГК РФ одним из обязательных условий наступления ответственности за причинение морального вреда является вина причинителя. Исключения составляют случаи, предусмотренные в ч. 2 ст. 1100 ГК РФ, в частности, когда вред причинен распространением сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию.

Несмотря на то, что вред, причиняемый при проведении ОРМ, носит преимущественно нематериальный характер и касается частной жизни лица, его неимущественных прав, в ходе ОРД гражданам может быть причинен и материальный (имущественный) ущерб, который в соответствии со ст. 1069 ГК РФ также подлежит возмещению. Вместе с тем, следует иметь в виду, что возмещению подлежит только вред, причиненный незаконными действиями должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, и должна быть установлена причинная связь между этими незаконными действиями и причиненным ими вредом.

---

<sup>1</sup> Нравственные страдания могут возникнуть в результате распространения сведений, не соответствующих действительности (например о якобы совершенном гражданине противоправном деянии или занятии преступной деятельностью), нарушения семейной, личной или врачебной тайны, необходимости изменения места жительства, рода занятий, временного ограничения или лишения каких-либо прав. См.: *Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности»* / Под ред. А.И. Алексеева и В.С. Овчинского. М.: Проспект, 2011. С. 46-47.

<sup>2</sup> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25 октября 1996 г. № 10 «Об изменении и дополнении некоторых Постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации».

Анализ оперативно-розыскной практики позволяет сделать вывод о том, что моральный вред и имущественный ущерб могут причиняться одновременно. Например, лицо было незаконно задержано, доставлено и удерживалось в помещении органа, осуществляющего ОРД, для проведения опроса – последствия могут быть разнообразные: невыполнение этим лицом какого-либо коммерческого контракта и последующий штраф, упущенная выгода (т.е. имущественный ущерб) и огласка его нахождения в органе как подозреваемого, утрата уважения и авторитета в окружении по месту жительства, в рабочем коллективе и т.д. (т.е. моральный вред).

По общему правилу, споры о возмещении убытков, причиненных действиями должностных лиц, несоответствующими законодательству, разрешаются в суде, если требования предъявлены гражданином, либо в арбитражном суде, если требования предъявлены организацией или гражданином-предпринимателем<sup>1</sup>. Однако, при определении подведомственности следует учитывать, что одной из задач судопроизводства в арбитражном суде является защита нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов предприятий, учреждений, организаций и граждан в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности<sup>2</sup>.

В этой связи следует отметить, что ОРД осуществляется не в отношении предприятий, организаций и учреждений, а в отношении конкретных физических лиц и не связана с их правомерной предпринимательской деятельностью. Соответственно, имущественный

---

<sup>1</sup> См.: п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18 августа 1992 г. № 12/12 «О некоторых вопросах подведомственности дел судам и арбитражным судам» // Вестник ВАС РФ. № 1. 1992.

<sup>2</sup> Гражданские дела подлежат рассмотрению в суде, если хотя бы одной из сторон является гражданин, не имеющий статуса предпринимателя, либо в случае, когда гражданин имеет такой статус, но дело возникло не в связи с осуществлением им предпринимательской деятельности // См.: п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18 августа 1992 г. № 12/12 «О некоторых вопросах подведомственности дел судам и арбитражным судам» // Вестник ВАС РФ. № 1. 1992.

ущерб и моральный вред причиняется физическому лицу незаконными действиями должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, вне сферы экономической деятельности.

Таким образом, основываясь на указанных предписаниях высших судебных органов, можно согласиться с учеными, которые отмечают, что возмещение морального и имущественного ущерба незаконными действиями должностных лиц органов - субъектов ОРД юридическим лицам и гражданам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеющим статус индивидуального предпринимателя, приобретенный в установленном законом порядке, должно рассматриваться судом, а не арбитражем<sup>1</sup>.

Вместе с тем, хотелось бы обратить внимание на сам факт регулирования оперативно-розыскных правоотношений, связанных с возмещением причиненного вреда, гражданским законодательством. У такого подхода есть много сторонников, которые четко проводят грань между уголовным процессом и ОРД. Например, в учебной юридической литературе подчеркивается, что при возмещении вреда необходимо тщательно выяснить не только связь его возникновения с уголовным преследованием, но и определить, результатом каких именно незаконных действий он явился. Так, вред, наступивший в ходе оперативно-розыскной деятельности, в том числе и осуществляемой после возбуждения уголовного дела по поручению лица, ведущего расследование, может быть возмещен только в порядке гражданского судопроизводства (ст. 1069 ГК РФ)<sup>2</sup>. Аналогичного мнения придерживается И.Л. Петрухин, который указывает, что при отказе в возбуждении уголовного дела может быть принято решение

---

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

<sup>2</sup> См.: Уголовный процесс: Учебник для вузов / Л.К. Айвар, Н.Н. Ахтырская, Э.И. Бордиловский и др.; под ред. В.И. Радченко. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юстицинформ, 2006 // СПС КонсультантПлюс.

о возмещении вреда, причиненного проверочными действиями, но лишь в порядке гражданского судопроизводства<sup>1</sup>.

Однако, следует напомнить, что в соответствии со ст. 1 ФЗ об ОРД, оперативно-розыскная деятельность осуществляется в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств. То есть ОРД подчинена, прежде всего, целям уголовного правосудия, осуществляется в его интересах и обеспечивает эффективность уголовного судопроизводства. Поэтому, мы полагаем, что есть все основания для более глубокого исследования вопроса о распространении действий уголовно-процессуальных норм, содержащихся в главе 18 «Реабилитация» УПК РФ, на сферу восстановления нарушенных прав и законных интересов человека, возмещения вреда, причиненного ему в результате незаконных действий органов, осуществляющих ОРД.

В то же время, необходимо подчеркнуть, что система уголовно-процессуальных норм, регламентирующих защиту прав и законных интересов человека, также нуждается в корректировке, которая обуславливает достаточно большую научную дискуссию. В частности, А.П. Гуляев и В.В. Николюк отмечают, что настоящее время нормы о возмещении вреда, причиненного незаконным применением мер уголовно-процессуального принуждения, фактически не применяются в правоприменительной практике из-за отсутствия четкого законодательного регулирования их реализации, поэтому в российском уголовно-процессуальном законодательстве следует сформировать новый институт возмещения вреда гражданам и юридическим лицам<sup>2</sup>. Комментируя ч. 3 ст.

---

<sup>1</sup> Автор настаивает на том, что имущественный и моральный вред причинены органами ОРД вне производства по уголовному делу, поэтому его возмещение возможно лишь в порядке гражданского судопроизводства. См.: *Петрухин И.Л.* Оправдательный приговор и право на реабилитацию: Монография. М.: Проспект, 2009 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>2</sup> См.: *Гуляев А.П., Николюк В.В.* Возмещение вреда, причиненного гражданам и юридическим лицам незаконным применением мер уголовно-процессуального принуждения // Государство и право. 2007. № 6. С. 67.

133 УПК РФ, Б.Т. Безлепкин отмечает, что данное законодательное положение «порождает новое недоумение и новые вопросы без ответов», так как в соответствии с этой нормой возмещения убытков может требовать любое лицо, чьи права и законные интересы были нарушены при производстве следственных действий ни как не связанных с уголовным преследованием этих лиц<sup>1</sup>.

Кроме того следует иметь в виду, что далеко не все случаи нарушения прав и законных интересов личности в процессе осуществления ОРД могут быть разрешены в рамках уголовно-процессуального и гражданского законодательства. Учитывая негласный характер ОРД, пострадавшие граждане могут длительное время не знать о нарушении их прав и причинении им ущерба должностными лицами органов, осуществляющих ОРД. В связи с этим, полагаем, следует согласиться с мнением В.А. Азарова и С.В. Супруна о том, что в ФЗ об ОРД необходимо закрепить обязанность органов, осуществляющих ОРД, неправомерными действиями которого причинен вред, сообщать гражданам о нарушении их прав, либо компетентные органы (вышестоящий орган, прокуратуру, суд), предварительно урегулировав порядок передачи и приема данных сообщений<sup>2</sup>.

Подводя итог проведенному анализу ч. 9 ст. 5 ФЗ об ОРД, полагаем возможным сделать следующий вывод. Более последовательным решением проблемы защиты прав и законных интересов личности с точки зрения законотворчества и целесообразным с точки зрения эффективности правоприменения будет являться формирование системы норм,

---

<sup>1</sup> Кроме того, что это положение очевидно неправильно, отмечает автор, оно еще и окончательно затуманивает смысл сформулированного в завершающей пятой части все той же статьи 133 УПК РФ правила, согласно которому «в иных случаях вопросы, связанные с возмещением вреда, рассматриваются в порядке гражданского судопроизводства», потому что таких случаев практически не остается. См.: *Безлепкин Б.Т.* Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации: постатейный, 9-е издание, переработанное и дополненное. КНОРУС, 2010 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>2</sup> См.: *Азаров В.А., Супрун С.В.* Охрана имущественных интересов личности в сферах оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности: монография. Омск: Омская академия МВД России, 2001. С. 194-195, 212.

регулирующих вопросы восстановления нарушенных прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, возмещения причиненного вреда, в рамках оперативно-розыскного законодательства. Это позволит создать полноценный правовой механизм реализации принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина в ОРД, включая меры их защиты (восстановления, возмещения морального вреда и имущественного ущерба).

### **Заключение**

В заключение, следует особо отметить, что исследование данной проблемы, а тем более ее решение, как в теоретическом и научном, так и практическом, законодательном плане еще далеко от завершения. Уже более пяти лет назад, профессор В.М. Аتماжитов отмечал и в настоящее время продолжает настаивать: «Действующий ФЗ об ОРД неадекватен состоянию и тенденциям развития криминальной ситуации в стране, в ряде случаев не согласуется с правоприменительной практикой и не учитывает важные положения, разработанные оперативно-розыскной наукой. Закон содержит много бланкетных юридических норм (*причем не согласующихся с другими нормативными актами – примечание В.Г.*) и декларативных предписаний. Отдельные его нормы сформулированы не четко, не стыкуются друг с другом, находятся в определенном противоречии между собой. Такое положение не способствует верному пониманию соответствующих норм, приводит к их вольной интерпретации и не правильному применению. Многие вопросы в действующем законе вовсе не урегулированы. Имеется много проблем в нормативном правовом регулировании ОРД на подзаконном уровне»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *Аتماжитов В.М.* О совершенствовании правового регулирования оперативно-розыскной деятельности // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») / Под ред. д.ю.н. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2005. С. 20.

Удивительно, но практически весь перечень указанных недостатков ФЗ об ОРД сохранился до сих пор. Законодатель крайне инертно реагирует на достаточно аргументированные предложения ведущих ученых по совершенствованию оперативно-розыскного законодательства. И это при том, что ОРД самым непосредственным образом вторгается в сферу «неприкосновенных», с точки зрения действительно правового государства, прав и свобод человека и гражданина. Именно это обстоятельство, по нашему твердому убеждению, объективно предопределяет необходимость системной и детальной регламентации в ФЗ об ОРД процедур ограничения прав и свобод человека и гражданина в процессе осуществления ОРД, обжалования незаконных действий оперативно-розыскных органов, восстановления нарушенных прав и законных интересов личности и возмещения причиненного вреда.