

МИНИСТЕРСТВО ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Тюменский институт повышения квалификации
сотрудников МВД России

Л.А. Бакланов

**ГЛАСНОЕ ОБСЛЕДОВАНИЕ ПОМЕЩЕНИЙ, ЗДАНИЙ,
СООРУЖЕНИЙ, УЧАСТКОВ МЕСТНОСТИ И ТРАНСПОРТНЫХ
СРЕДСТВ В ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ**

Монография

Тюмень
2015

УДК 343.985.2
ББК 67.99(2)91
Б19

Рекомендовано к изданию Редакционно-издательским советом
Тюменского института повышения квалификации
сотрудников МВД России

Рецензенты:

начальник кафедры оперативно-разыскной деятельности органов внутренних
дел Уральского юридического института МВД России,
кандидат юридических наук, доцент

Половка В.В.

начальник кафедры оперативно-разыскной деятельности органов внутренних
дел Барнаульского юридического института МВД России

Денисенко Ю.В.

Бакланов Л.А.

Б 19 Гласное обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: монография. Тюмень: Тюменский институт повышения квалификации сотрудников МВД России, 2015. 126 с.

ISBN

В монографии рассматриваются теоретические и практические проблемы, связанные с проведением гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. Сформулирован ряд предложений по совершенствованию правовой основы, а также порядка проведения указанного оперативно-розыскного мероприятия сотрудниками органов внутренних дел.

Издание предназначено для адъюнктов, докторантов, исследующих проблемы проведения оперативно-розыскных мероприятий и использования их результатов в уголовном судопроизводстве, а также для курсантов и слушателей образовательных организаций МВД России, оперативных сотрудников, преподавателей.

УДК 343.985.2
ББК 67.99(2)91

ISBN

©ФГКУ ДПО «ТИПК МВД России», 2015

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	4
ГЛАВА I. Понятие, субъекты и правовое регулирование гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел.....	7
§ 1. Понятие гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел	7
§ 2. Субъекты правоотношений, возникающих в связи с проведением гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел.....	28
§ 3. Правовое регулирование гласного обследования зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел	45
ГЛАВА II. Проведение, оформление и использование результатов гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел и судебный контроль за ним	67
§ 1. Организация и тактика гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел	67
§ 2. Оформление и использование результатов гласного обследования зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел ..	81
§ 3. Судебный контроль за гласным обследованием помещений, зданий, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел	104
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	124

ВВЕДЕНИЕ

Полиция Российской Федерации предназначена для защиты жизни, здоровья, прав и свобод граждан, противодействия преступности, охраны общественного порядка, собственности и обеспечения общественной безопасности. Сотрудники полиции работают в условиях постоянно повышающегося профессионализма преступников, возрастающего уровня противодействия с их стороны. В связи с этим возникает острая необходимость в совершенствовании имеющихся методов борьбы с преступностью и разработке новых способов решения стоящих перед полицией задач.

Полиция осуществляет оперативно-розыскные мероприятия (далее – ОРМ), предусмотренные Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – Закон об ОРД). Законодательное закрепление права изымать документы, предметы, материалы и сообщения при проведении гласных ОРМ и введение в текст Закона об ОРД понятия «протокол» свидетельствуют о необходимости усиления роли результатов гласных ОРМ в процессе доказывания по уголовным делам.

Право на изъятие в ходе гласных ОРМ предметов, материалов и вещей, которые могут в дальнейшем использоваться в качестве доказательств, требует переосмысления некоторых исторически сложившихся и считавшихся правильными подходов к пониманию сущности ОРМ. Научный интерес также представляет гласное проникновение в помещения, здания, сооружения, транспортные средства, на участки местности против воли собственников или лиц, чьи права при этом могут ограничиваться.

В связи с этим одним из наиболее актуальных направлений совершенствования деятельности полиции является повышение эффективности проведения ОРМ, одним из которых согласно п. 8 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД является обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств (далее – обследование). В соответствии со ст.ст. 3 и 15 Закона об ОРД обследование может проводиться гласно.

Традиционное понимание оперативно-розыскной деятельности (далее – ОРД) как деятельности, осуществляемой преимущественно негласными методами и средствами, привело к тому, что гласная форма проведения ОРМ длительное время оставалась практически не исследованной.

Опросы сотрудников оперативных подразделений показали, что обследование зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств является одним из наиболее часто проводимых ОРМ. В большинстве случаев (свыше 70 %) проводятся именно гласные обследования. Почти по каждому преступлению обследуются помещения и участки местности, прилегающие к месту происшествия. Иногда по одному преступлению проверяются сотни различных объектов. Имеют место ситуации, когда проведение гласного обследования является единственно возможным (предусмотренным законом) способом решения задач ОРД. Посредством гласного обследования могут быть получены данные, необходимые для

возбуждения уголовного дела, могут решаться задачи по розыску лиц, скрывающихся от суда и исполнения уголовного наказания, пропавших без вести и разыскиваемых иностранными государствами.

В связи с отсутствием четкого понимания сущности гласного обследования, точной регламентации условий, организации, тактики его проведения, оформления и использования полученных результатов в практике применения данного мероприятия возникают проблемы. Это привело к тому, что гласное обследование является самым обжалуемым ОРМ. Нерешенность обозначенных проблем создает трудности для правоприменителей и вызывает дискуссии на страницах юридической печати.

Таким образом, актуальность темы исследования обусловлена следующими факторами:

- неизбежностью повышения эффективности деятельности полиции на фоне роста профессионализма преступников, возрастающего уровня противодействия с их стороны;

- потребностью научного анализа организации и тактики гласного проникновения на обследуемые объекты против воли заинтересованных лиц и проведения обследования в условиях оказываемого противодействия;

- необходимостью четкого понимания сущности гласного обследования и механизма ограничения прав физических и юридических лиц;

- необходимостью изъятия предметов, материалов и веществ с перспективой их дальнейшего использования в уголовном судопроизводстве в качестве вещественных доказательств по уголовным делам;

- отсутствием четкого нормативного правового регулирования условий, порядка проведения, документального оформления и использования полученных результатов гласного обследования.

Общие вопросы теории рассматриваемого нами ОРМ исследовались в трудах А.И. Алексеева, В.М. Аتماжитова, В.Г. Боброва, Д.В. Гребельского, И.И. Даянова, Ю.Ф. Кваши, И.А. Климова, А.Г. Лекаря, В.Ф. Луговика, В.А. Лукашова, В.И. Михайлова, С.С. Овчинского, Н.В. Омелина, В.Г. Самойлова, Г.К. Синилова, К.В. Суркова, В.И. Шарова, А.В. Федорова и др.

Основоположниками гласной формы исследуемого ОРМ считаем А.Ф. Возного, И.Н. Кононенко и Г.А. Коновалова, которые еще в 1974 году рассматривали гласный оперативный осмотр на месте происшествия и по розыску пропавших без вести. Изучение гласной формы проведения обследования продолжили Н.С. Железняк, И.Н. Железняк, С.И. Захарцев, В.А. Литвинов, Н.В. Павличенко, А.Е. Чечетин, А.В. Чуркин, А.Ю. Шумилов и др.

Указанными учеными были решены многие вопросы, связанные с организацией и тактикой проведения гласного обследования, исследованы цели, документальное оформление и использование результатов данного мероприятия. Однако осталось неизученным проведение мероприятия, связанного с гласным ограничением конституционных и иных охраняемых

законом прав граждан и юридических лиц. Не рассмотрены особенности конфликтных правоотношений, возникающих в ходе проведения гласного ОРМ. Все это является причиной трудностей, возникающих в процессе проведения гласного обследования, оформления и использования полученных результатов.

Наличие противоречия между практической потребностью в повышении эффективности проведения гласного обследования и отсутствием теоретических положений, соответствующих научно обоснованным методикам, обеспечивающим такое повышение, составили научную задачу исследования.

Объектом исследования стали общественные отношения, связанные с проведением гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств.

Предметом исследования выступило правовое регулирование и правоприменительная практика проведения гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств.

Научная задача решалась путем формирования научно обоснованных предложений по совершенствованию организации и тактики проведения гласного обследования и нормативного правового регулирования порядка его проведения.

В процессе исследования получены следующие результаты, представленные в монографии:

1. Выделены сущностные признаки и сконструировано понятие гласного обследования.
2. Установлен перечень субъектов правоотношений, возникающих в связи с проведением гласного обследования, и их правовой статус.
3. На основе анализа правового регулирования гласного обследования разработаны предложения по его совершенствованию.
4. Выявлены основные элементы организации и тактики проведения ОРМ, разработаны предложения по их совершенствованию.
5. Определены результаты гласного обследования, его оформление и использование, внесены предложения по совершенствованию деятельности оперативных подразделений по проведению гласного обследования.
6. Внесены предложения по совершенствованию судебного контроля за гласным обследованием.
7. Разработана частная методика проведения гласного обследования.

В целом монография расширяет теоретические представления о правоотношениях, в том числе конфликтных, возникающих в процессе проведения гласного ОРМ; ее отдельные положения могут быть использованы в нормотворческой деятельности, правоприменительной практике и в учебном процессе образовательных организаций.

**ГЛАВА I. Понятие, субъекты и правовое регулирование
гласного обследования помещений, зданий, сооружений,
участков местности и транспортных средств
в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел**

**§ 1. Понятие гласного обследования помещений, зданий,
сооружений, участков местности и транспортных средств
в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел**

Для решения задач ОРД оперативные подразделения в соответствии с Законом об ОРД вправе осуществлять ОРМ. Пунктом 8 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД предусмотрено ОРМ «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств». В свою очередь, в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 15 названного закона обследование может проводиться гласно.

Вместе с тем в нормативных правовых актах отсутствует определение понятия гласного обследования, что вызывает трудности в его проведении и порождает дискуссии в теории ОРД. В связи с этим определение понятия исследуемого нами гласного обследования, а также отграничение от близких ему по значению является начальной и важной частью исследования.

При определении понятия будем руководствоваться правилами, разработанными еще древнегреческим философом Аристотелем и принятыми современной традиционной логикой:

1. Оно должно быть соразмерным, т.е. не слишком узким, не слишком широким.

2. Должно быть ясным, т.е. свободным от двусмысленности и непонятных слов.

3. Не должно быть круга, т.е. термин, встречающийся в определяющей части, не должен определяться через определяемый термин¹.

Соблюдение законов логики является обязательным при определении понятия гласного обследования. Согласно одному из важных правил логики ни одно понятие не может существовать независимо, без соотношения его с каким-либо общим понятием². Поэтому понятие гласного обследования будем рассматривать во взаимосвязи с такими понятиями, как ОРМ, в целом обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, гласная форма проведения ОРМ.

Проблемой определения понятия ОРМ в современной теории оперативно-розыскного права занимались многие ученые. Так, В.Г. Бобров, рассматривая структуру ОРМ с точки зрения системного подхода, выделяет

¹ См.: Войшвилло Е.К., Дегтярев М.Г. Логика: учебник для вузов. М., 1998. С. 265-270.

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

две группы элементов: обязательную для каждого мероприятия и носящую факультативный характер¹. Данную позицию разделяет и А.Е. Чечетин².

О.А. Вагин и А.П. Исиченко, анализируя понятие ОРМ, выделяют характерные черты, структурные элементы (признаки), отражающие их содержание, выражающие их сущность: ОРМ являются главной составной частью ОРД; они осуществляются как гласно, так и негласно; их основными субъектами являются только должностные лица оперативно-розыскного органа; их содержание составляют действия, направленные на добывание и реализацию юридически значимой информации; они имеют законодательно определенное целевое назначение – решение задач ОРД по защите жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечению безопасности общества и государства от преступных посягательств³.

Изучив точки зрения указанных авторов, мы пришли к выводу, что применение метода системно-структурного анализа, заключающегося в расчленении исследуемого объекта на составные части (элементы) и их анализе с позиции системного подхода с целью выявления существенных признаков, без которых это понятие существовать не может, и факультативных, является оптимальным при определении понятия гласного обследования.

Выделяя в уже имеющихся определениях гласного обследования существенные и факультативные признаки, следует учитывать, что понятие представляет собой результат выделения и обобщения предметов того или иного класса по существенным признакам⁴. Иными словами, только существенные признаки будут положены в основу определяемого нами понятия.

На наш взгляд, конструирование понятия гласного обследования следует начинать с детального анализа понятия ОРМ обследования, указанного в допущенном МВД России в качестве учебника для курсантов и слушателей образовательных организаций МВД России понятия: «Обследование зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, или оперативный осмотр – это оперативно-розыскное мероприятие, связанное с визуальным, слуховым и иным изучением (исследованием) данных объектов, в том числе с использованием специальных технических

¹ Цит. по: Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности: монография. М., 2006. С. 17.

² См.: Чечетин А.Е. Указ. соч. С. 45.

³ См.: Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / О.А. Вагин [и др.]; под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.Е. Сенилова. М., 2006. С. 285.

⁴ См.: Синченко А.Ч. Логика диссертации: учеб. пособие. 2-е изд., доп. Омск, 2008. С. 29.

средств, с целью получения информации, имеющей значение для решения задач оперативно-розыскной деятельности»¹.

В указанном понятии можно выделить следующие структурные элементы (признаки):

- отношение к ОРМ;
- деятельная сторона;
- объект;
- использование технических средств;
- цель.

Включение первого признака обусловлено определением понятия через родовый объект, которым по отношению к обследованию является ОРМ. В теории ОРД данной позиции придерживаются многие ученые². Существует и иной подход³, заключающийся в использовании в качестве родового объекта при определении понятия обследования деятельности сотрудников оперативных подразделений, т.е. деятельную сторону ОРМ. Полагаем, что именно в деятельной стороне и заключаются те характерные признаки, по которым обследование можно отличить от других ОРМ. Иными словами, отличительные признаки понятия гласного обследования содержит в себе деятельная сторона мероприятия, поэтому она не может использоваться в качестве родового объекта.

С учетом сказанного считаем более целесообразным при определении понятия гласного обследования в качестве родового объекта использовать вид ОРМ, которое, бесспорно, является общим для всех ОРМ. В связи с тем, что мы рассматриваем только гласную форму обследования, родовым объектом будет вид ОРМ.

Поскольку совершение каких-либо действий предполагает наличие заранее установленных целей, считаем целесообразным начать рассмотрение отличительных признаков с целей гласного обследования.

В теории ОРД существует устоявшийся подход к пониманию целей обследования – это получение информации (Возный А.Ф., 1973; Маркушин А.Г., 1990.; Михайлов Б.К., Сермягин К.А., Тарсуков К.М., 2000, Бородулин В.В., 2005 и др.). Однако данный подход не является единственным. Ряд авторов считает, что обследование проводится в целях отыскания, изучения и фиксации следов преступной деятельности (Басецкий И.И., 1993), обнаружения следов преступления, орудий совершения преступлений, иных предметов или документов, имеющих отношение к совершению

¹ См.: Основы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: учебник / А.Г. Белый; под общ. ред. Ю.А. Агафонова, Ю.Ф. Кваши. М.: ЦОКР МВД России, 2009. С. 107.

² См.: Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / О.А. Вагин [и др.]; под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.Е. Синилова. М., 2006. С. 341 и др.

³ См.: Шумилов А.Ю. Оперативно-розыскная деятельность: учебник / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, А.Ю. Шумилова. М., 2001. С. 379; Дубягин Ю.П., Дубягина О.П., Михалычев Е.А. Комментарий к Федеральному закону от 12 августа 1995 года № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». М., 2006 и др.

преступления¹, выявления лиц, фактов и обстоятельств, имеющих значение для решения задач ОРД², обнаружения следов преступления, орудий совершения преступления, иных предметов, веществ и документов, вероятно имеющих отношение к совершению преступления, а равно для решения иных конкретных задач в ОРД»³. Таким образом, цель обследования может состоять не только в получении информации, но и в обнаружении предметов материального мира. В статье 2 Закона Кыргызской Республики от 16 октября 1998 г. «Об оперативно-розыскной деятельности» определено, что обследование проводится в целях обнаружения следов преступления, орудий совершения преступления, иных предметов или документов, имеющих отношение к преступной деятельности⁴. Описанные подходы, по нашему мнению, не охватывают всех целей мероприятия. Более предпочтительным представляется понимание целей обследования в поиске следов преступной деятельности, орудий совершения преступления, разыскиваемых преступников, а также в получении иной информации, необходимой для решения задач ОРД⁵.

В связи с наличием такого разнообразия в понимании целей обследования считаем необходимым скорректировать их с учетом результатов проведенного анкетирования сотрудников оперативных подразделений. В целях изучения современного понимания целей гласного обследования нами были сформулированы и предложены сотрудникам оперативных подразделений два вопроса, изучив ответы на которые, можно проанализировать и понять реальную ситуацию относительно сегодняшнего понимания целей гласного обследования.

На вопрос о том, в каких целях чаще всего проводится гласное обследование, даны следующие ответы:

1) получение информации, которая может способствовать решению задач ОРД (37 % респондентов);

2) обнаружение документов, предметов и материалов с возможностью их последующего изъятия (63 % респондентов).

Иными словами, практические работники не считают получение информации основной целью гласного обследования.

На вопрос о том, в каких целях обследуются жилые помещения, ответы респондентов распределились следующим образом:

¹ См.: Дубягин Ю.П., Дубягина О.П., Михалычев Е.А. Комментарий к закону об оперативно-розыскной деятельности [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² См.: Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / О.А. Вагин [и др.]; под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.Е. Синилова. М., 2006. С. 341.

³ Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности: учебник. М., 2006. С. 229.

⁴ См.: Об оперативно-розыскной деятельности [Электронный ресурс]: закон Кыргызской Республики от 16 октября 1998 г. URL: http://www.mvd.kg/index.php?option=com_content&view (дата обращения: 20 марта 2010 г.).

⁵ См.: Киселев А.П. Указ. соч.; Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности. С. 93.

- получение информации, которая может способствовать решению задач ОРД (12 %);
- обнаружение похищенного имущества (15 %);
- обнаружение разыскиваемых лиц (28 %);
- обнаружение предметов и веществ, изъятых из гражданского оборота (32 %);
- иные цели (13 %).

Анализ результатов анкетирования указывает на то, что получение информации в настоящее время уже не является основной целью проводимого мероприятия. Кроме того, цели гласного обследования существенно варьируются в зависимости от обследуемого объекта. При гласном обследовании жилых помещений получение информации в качестве цели проводимого мероприятия находится на пятом месте, т.е. применительно к гласному обследованию жилища получение сведений является наименее востребованной целью ОРМ. По нашему мнению, это происходит в связи с тем, что гласное обследование жилищ в большинстве случаев является мероприятием по проверке уже имеющейся оперативной информации. Осуществляя обследование, сотрудники оперативных подразделений не намереваются получить новые сведения в дополнение к уже имеющимся, а планируют обнаружить материальные подтверждения ранее полученных данных. Следовательно, мы можем констатировать, что в настоящее время получение информации уже не является основной целью гласного обследования.

Изучая нормативные правовые акты, научные источники и практику применения гласного обследования, мы пришли к выводу, что обследование проводится в целях отыскания похищенного имущества, предметов и веществ, изъятых из гражданского оборота, орудий преступления или иных предметов, имеющих отношение к преступной деятельности. В статье 15 Закона об ОРД все перечисленное имеет обобщенное название – «документы, предметы, материалы, сообщения». На наш взгляд, к целям гласного обследования также относится установление местонахождения разыскиваемых лиц (в том числе трупов), получение информации, имеющей значение при решении задач ОРД, и обеспечение проведения других ОРМ.

Отличительная особенность гласного обследования заключается в отнесении получения информации к второстепенным целям ОРМ, что входит в некоторое противоречие с традиционными целями ОРМ.

В ходе анализа имеющихся в теории ОРД подходов относительно понимания целей и задач обследования проявляется определенная закономерность, согласно которой нет четких разграничений между целями и задачами мероприятия. Авторы говорят по отдельности либо о целях мероприятия, либо о его задачах, при этом соотношение двух этих, на наш взгляд, важных моментов не исследуется, а принимаемые попытки совместного их рассмотрения ошибочны. Так, Ф.Г. Шигапов полагает, что к целям обследования относятся «ознакомление с обстановкой, обнаружение и

фиксация следов преступления, тайников, вещественных доказательств, установление способа маскировки преступлений, установление места укрытия разыскиваемого, пометки объектов химическими веществами, установление химических ловушек и создание условий для следообразования», а задачей обследования является «обеспечение сохранности объектов путем их временного изъятия или перемещения» (Шигапов Ф.Г., 1993). Достижение цели возможно путем решения конкретных задач. Следовательно, обеспечение сохранности объектов не находится в прямой причинно-следственной связи с заявленными целями мероприятия.

Полагаем, что задача обследования состоит в изучении обследуемых объектов в пределах, необходимых и достаточных для достижения целей проводимого мероприятия, при этом изучение может иметь четко выраженную поисковую направленность.

Действия, направленные на достижение целей обследования, составляют деятельную сторону мероприятия. Рассматривая ее, некоторые авторы искусственно ограничивают поисковый характер данного мероприятия. Так, О.А. Вагин и С.В. Овчинский полагают, что обследование с содержательной стороны может быть ограничено только осмотром, но при этом указывают, что обследование может производиться и для обнаружения разыскиваемых лиц, трупов, тайников, следов преступной деятельности¹. А.А. Чувилев целью обследования считает обнаружение тайников и спрятанных преступниками предметов, веществ, документов и т.д.² Очевидно, что обнаружение указанного посредством только визуального осмотра практически невозможно. В данном случае необходимо проведение действий, выходящих за рамки визуального осмотра.

Определяя название ОРМ, законодатель использует термин «обследование». Раскрытие его содержания позволит определить деятельную сторону гласного обследования. Согласно Толковому словарю русского языка С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой обследовать – значит произвести осмотр, проверку чего-нибудь³. В Большом толковом словаре русских существительных только обыск присутствует в разделе «Существительные, обозначающие правовые действия» и имеет значение «меры представителей органов власти по осмотру кого-, чего-либо с целью найти и изъять предметы, документы, которые могут иметь значение для следствия»⁴. В Новейшем юридическом справочнике обыск определяется как следствен-

¹ См.: Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / О.А. Вагин [и др.]; под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.Е. Синилова. М., 2006. С. 342.

² См.: Чувилев А.А. Оперативно-розыскное право. М., 1999. С. 50.

³ См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук; Российский фонд культуры. 2-е изд., испр. и доп. М.: АЗЪ, 1995. С. 249.

⁴ Большой толковый словарь русских существительных / под ред. Л.Г. Бабенко. М., 2005. С. 744.

ное действие, состоящее в обследовании любых доступных следователю мест, а также физических лиц с целью обнаружения и изъятия¹.

Определяя конкретный вид ОРМ, законодатель связывает его с возможностью достижения задач оперативно-розыскной деятельности. Очевидно, что для их решения необходимо обнаружить предметы материального мира, разыскиваемых лиц, которые часто скрываются, а также трупы, найти которые только посредством визуального осмотра невозможно. Никаких законодательных ограничений поисковых действий, осуществляемых при обследовании, не установлено. В ходе проведенного нами анкетирования сотрудников оперативных подразделений были получены результаты, подтверждающие наши суждения: 21,1 % опрошенных сообщили, что гласное обследование проводится в форме, максимально приближенной к следственному осмотру, 16,8 % опрошенных полагают, что обследование проводится в форме, максимально приближенной к обыску, и 62 % полагают, что способ проведения обследования определяется лицом, осуществляющим мероприятие в зависимости от складывающейся ситуации. Иными словами, большинство опрошенных нами сотрудников оперативных подразделений не ограничивают обследование только визуальным осмотром.

По нашему мнению, обследовать – значит провести такие действия, в результате которых достигаются стоящие перед обследованием цели, т.е. будет обнаружено искомое или получена информация ориентирующего характера. Это возможно путем всестороннего изучения объектов при помощи органов чувств, технических и иных средств, в том числе с возможностью нарушения целостности обследуемых объектов и иного имущества.

Таким образом, деятельная сторона гласного обследования может заключаться как в визуальном изучении обследуемых объектов, так и в активных поисковых действиях заинтересованных лиц, направленных на достижение целей ОРМ любыми доступными (не запрещенными законами) средствами.

Сопоставляя два вида деятельной стороны (визуальное изучение и активные поисковые действия), мы полагаем, что поисковые действия присущи как первому, так и второму виду, разница заключается лишь в способах и интенсивности их осуществления. Итак, деятельная сторона исследуемого нами мероприятия заключается в осуществлении поисковых действий соответствующих лиц.

Выполнение деятельной стороны невозможно без лиц, ее осуществляющих, т.е. без субъекта обследования. Данного признака нет в анализируемом нами понятии обследования, однако, по нашему мнению, субъекта обследования следует относить к существенным признакам определяемого нами понятия. А.Г. Лекарь, один из основоположников современной теории ОРД, еще в 1966 г., формулируя определение понятия ОРМ, в качестве

¹ См.: Грудцина Л.Ю. Толковый словарь (новейший юридический справочник). М., 2008. С. 687.

родового объекта использовал «действия работников органов охраны общественного порядка» (Лекарь А.Г., 1966). Именно в результате действий соответствующих субъектов и достигается цель обследования. В теории права под субъектом понимают лицо (физическое или юридическое), обладающее по закону способностью иметь и осуществлять непосредственно права и обязанности¹. Исходя из этого правом по осуществлению гласного обследования и обязанностью претерпевать неблагоприятные для себя юридические последствия в случае неправомерных действий обладают только сотрудники оперативных подразделений органов, осуществляющих ОРД. Субъекты гласного обследования будут рассмотрены более подробно в следующем параграфе.

Еще одним признаком в указанном понятии являются объекты обследования, перечень которых приведен в Законе об ОРД, а именно: помещения, здания, сооружения, участки местности и транспортные средства. Закон об ОРД и ведомственные нормативные правовые акты, регламентирующие ОРД, не дают толкования этих объектов. Согласно Толковому словарю русского языка помещение – внутренняя часть здания, место где кто-, что-нибудь помещается², здание – архитектурное сооружение, постройка, дом³, сооружение – всякая значительная постройка⁴. На нормативном уровне Градостроительный кодекс Российской Федерации здания и сооружения определяет как объекты капитального строительства⁵.

Полагаем, что в оперативно-розыскном праве разницы в названиях рассматриваемых объектах, влияющей на проведение ОРМ, не существует. Применительно к обследованию под помещениями, зданиями, сооружениями следует понимать любой результат строительной деятельности, которая привела к образованию относительно обособленного пространства, обследование которого может привести к достижению целей и задач ОРД.

Под участком местности, по мнению О.А. Вагина и С.В. Овчинского, следует понимать земельные участки вне зависимости от форм собственности, назначения и использования⁶. Полагаем, что к участкам местности также необходимо относить не только земельные, но и лесные участки, водоемы, включая их дно.

Понятие транспортного средства содержится в Постановлении Правительства РФ, утвердившем правила учета дорожно-транспортных происшествий, согласно которому «транспортное средство – устройство,

¹ См.: Румянцев О.Г., Додонов Н.В. Юридический энциклопедический словарь. М., 1996. С. 299.

² См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 549.

³ Там же. С. 222.

⁴ См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка: около 60 000 слов и фразеологических выражений / под общ. ред. Л.И. Скворцова. 25-е изд. М., 2008. С. 734.

⁵ См.: Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29 дек. 2004 г. № 190-ФЗ // Рос. газ. 2004. 30 дек.

⁶ См.: Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / О.А. Вагин [и др.]; под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.Е. Синилова. М., 2006. С. 342.

предназначенное для перевозки по дорогам людей, грузов или оборудования, установленного на нем (автомобиль, мотоцикл, мотороллер, мотоколяска, мопед, велосипед с подвесным мотором, мотонарты, трамвай, троллейбус, трактор, самоходная машина, а также гужевого транспорт, за исключением вьючных и верховых животных)»¹. Однако в данном определении речь идет о перевозках по дорогам. Вместе с тем перевозка может осуществляться и вне дорог – по водным или воздушным маршрутам. Приводить перечень транспортных средств нецелесообразно ввиду их многообразия и регулярного появления новых. Следовательно, применительно к ОРД понятие транспортного средства необходимо толковать в максимально широком смысле – как любое предназначенное для перевозки средство.

Таким образом, обследованию подлежат все объекты материального мира как искусственного, так и естественного происхождения, изучение которых может способствовать достижению задач ОРД, их внешние и внутренние части, в том числе и находящиеся внутри предметы, мебель, растения, животные и т.д. Гласному обследованию также может быть подвергнут и человек, находящийся на обследуемых объектах. Поскольку оперативно-розыскное законодательство не предусматривает возможность ограничения конституционных прав на свободу передвижения и личную неприкосновенность², то гласное обследование человека может проводиться с его согласия либо в форме, не ограничивающей вышеуказанные права.

Следующим признаком в исследуемом понятии является использование технических средств. Безусловно, их использование может иметь место при проведении гласного обследования. Вместе с тем использование этих средств при проведении гласного обследования не является обязательным. Их применение зависит от конкретной оперативно-тактической ситуации, поэтому включение этого признака, по нашему мнению, не оправданно.

Проведение гласного обследования сопряжено с возможностью ограничения охраняемых законом прав и интересов как физических, так и юридических лиц. При этом при гласном обследовании об ограничении прав осведомлены соответствующие лица. У этих лиц появляется реальная возможность обжаловать действия соответствующих органов, предусмотренная ч. 3 ст. 5 Закона об ОРД. Важнейшая роль в регулировании возникающих правоотношений отводится нормативным правовым актам. Любые правоотношения в сфере борьбы с преступностью должны осуществляться в соответствии с действующей нормативной правовой основой, поэтому в

¹ Об утверждении правил учета дорожно-транспортных происшествий: постановление Правительства РФ от 29 июня 1995 г. № 647 // Рос. газ. 1995. 13 июля.

² См.: Гусев В.А. Права и свободы человека и гражданина, подлежащие соблюдению в оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). 2011. № 3. С. 18-24; Его же. Проблемы осуществления личного досмотра граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий // Вестник Воронежского института МВД России. 2012. № 1. С. 21-24.

понятие гласного обследования необходимо включить признак нормативности. В случае изъятия при проведении гласного обследования предметов, документов и материалов должностное лицо, осуществляющее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства. Несоблюдение данного правила исключит возможность дальнейшего использования изъятых в уголовном судопроизводстве. Таким образом, требования уголовно-процессуального законодательства, регламентирующие собирание, проверку и оценку доказательств, являются элементом нормативности гласного обследования. Законодательная основа не должна оставлять возможность для нарушения прав и свобод граждан и юридических лиц, но при этом позволять правоохранительным органам эффективно выполнять свои функции.

В связи с тем, что содержанием понятия называется совокупность существенных признаков предмета, которая мыслится в данном понятии¹, полагаем, что существенными признаками понятия гласного обследования являются: вид ОРМ (родовой объект), нормативность, субъекты, объекты, деятельная сторона, цель (отличительные признаки).

Включение факультативных признаков делает понятие слишком широким, нарушая тем самым первое правило Аристотеля. В связи с этим мы не даем оценку множеству факультативных признаков понятия ОРМ, имеющих в научной и учебной литературе.

Следующим этапом конструирования понятия гласного обследования является определение гласной формы его проведения. Рассуждая о гласности ОРМ, мы не можем обойти позицию Б.Я. Нагиленко, считающего, что ОРД должна осуществляться исключительно негласно, а гласные действия сотрудников органов внутренних дел, направленные на раскрытие преступления, не могут считаться ОРМ². Несмотря на то, что с предложением о придании ОРД исключительно негласного характера не согласилась рабочая группа, осуществлявшая деятельность «под началом» Комитета Совета Федерации по обороне и безопасности, и то, что несостоятельность аргументов достаточно хорошо доказана В.Г. Бобровым³, В.А. Гусевым⁴, Н.В. Павличенко⁵ и другими авторами, научная позиция Б.Я. Нагиленко продолжает развиваться в теории оперативно-розыскного

¹ См.: Кириллов В.И., Старченко А.А. Логика: учебник для юрид. вузов. М., 1998. С. 34.

² См.: Нагиленко Б.Я. О правовой природе гласных мер, осуществляемых милицией, и об их соотношении с оперативно-розыскной деятельностью // Оперативник (сыщик). 2005. № 4. С. 7-10; Его же. О понятии результата оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). 2006. № 4. С. 25, 26.

³ См.: Бобров В.Г. К вопросу о гласности и негласности оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). 2007. № 1. С. 20-26.

⁴ См.: Гусев В.А. Права оперативных подразделений полиции: законодательство и практика. монография. М., 2014. 127 с.

⁵ См.: Павличенко Н.В., Самоделкин А.С. Негласность в оперативно-розыскной деятельности // Вестник Волгоградской академии МВД России. 2012. № 3. С. 88-92.

права¹. Попытаемся, не вступая в дискуссию, рассмотреть проблему с учетом современного понимания принципов права. Придание ОРД только негласного характера приведет к исключению из отрасли права принципа сочетания гласности и негласности². Последний же, по нашему мнению, является неотъемлемым принципом российской правовой системы. Его присутствие можно наблюдать в любой отрасли права. Кроме того, нормативное закрепление проведения ОРМ только в негласной форме приведет к исключению ОРД из системы российского права, что представляется недопустимым. Иными словами, законность, обоснованность и разумность проведения ОРМ в гласной форме не вызывает никаких сомнений.

Закрепляя право проведения гласных ОРМ, Закон об ОРД не содержит специальных норм, регулирующих их осуществление. Единого подхода к пониманию гласной формы проведения ОРМ не существует и в теории ОРД³.

Так, О.А. Вагин и С.В. Овчинский полагают, что «гласное проведение ОРМ предполагает выполнение действий, образующих содержание мероприятия, при которых не скрывается ни факт ОРМ, ни субъекты, его осуществляющие, ни истинные цели этого мероприятия»⁴. А.А. Чувилев гласным считает мероприятие, в котором могут участвовать или по крайней мере быть осведомлены о нем лица, пострадавшие от преступных действий, очевидцы и иные граждане⁵.

Анализируя формы проведения ОРМ, А.Е. Чечетин утверждает, что «под гласной формой следует понимать такие действия сотрудников оперативно-розыскных служб, факт осуществления которых не скрывается от проверяемых лиц и окружающих»⁶. Аналогичной позиции придерживается В.Ф. Луговик, предлагающий под гласным проведением мероприятий понимать действия органов, осуществляющих ОРД, без сокрытия самого факта осуществления каких-либо действий и лиц, их осуществляющих⁷. Обобщая вышеизложенные мнения, можно прийти к выводу, что под гласным проведением ОРМ в оперативно-розыскной науке понимают откры-

¹ См.: Вечера В.В., Машин А.И., Нагиленко Б.Я. Проблема понятия результата оперативно-розыскной деятельности // Теория и практика использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: материалы межвед. науч.-практ. конф., посвящ. 65-летию ФГУ «ВНИИ МВД России». М., 2011. С. 40-49.

² См.: Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности: учебник. 2-е изд., доп. и перераб. М., 2007. С. 28.

³ См.: Павличенко Н.В. К вопросу о формировании теоретического подхода к определению понятия «конспирация» // Оперативник (сыщик). 2008. № 1 (14). С. 22-25.

⁴ Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / О.А. Вагин [и др.]; под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.Е. Синилова. М., 2006. С. 177.

⁵ См.: Чувилев А.А. Оперативно-розыскное право. С. 23.

⁶ Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности. С. 62.

⁷ См.: Луговик В.Ф. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: науч.-практ. комментарий [Электронный ресурс] // Деловой двор. 2009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

тость факта проведения каких-либо действий, лиц, их осуществляющих, и целей. При гласном проведении ОРМ открытость осуществляемых действий очевидна, однако открытость факта может пониматься в различных смыслах.

Термин «факт» является в значительной степени неопределенным. Он может как означать реально происходившие события, так и удостоверить их полное отсутствие или свидетельствовать о невозможности осуществления каких-либо действий. В связи с этим, следуя второму правилу Аристотеля, при определении гласности надлежит избегать использования непонятных или имеющих различные смыслы терминов, т.е. при определении гласности ОРМ необходимо уделить внимание ключевому элементу ОРМ – действиям лиц, направленным на достижение целей мероприятия.

Если при проведении гласного обследования открытость действий и лиц, их осуществляющих, не вызывает сомнения, то открытость целей таких действий достаточно спорна. Безусловно, в ряде случаев при проведении обследования открытость целей очевидна, например, при гласном обследовании территории, прилегающей к месту происшествия. В то же время цель обследования может быть неочевидна, целей может быть несколько, некоторые из них могут скрываться. 84,1 % опрошенных нами сотрудников оперативных подразделений не связывают проведение гласного обследования с обязательной открытостью истинных целей мероприятия.

На современном этапе развития теории оперативно-розыскного права при определении гласности ОРМ позиция Е.А. Чечетина и В.Ф. Луговика является более предпочтительной. Открытость истинных целей проведения ОРМ, на наш взгляд, является лишь факультативным признаком гласности.

Гласный – значит доступный для общественного ознакомления и обсуждения¹. Следовательно, гласные действия сотрудников оперативных подразделений – это доступные для всеобщего ознакомления и обсуждения действия соответствующих органов.

Отсутствие в Законе об ОРД и в подзаконных актах понятия гласной формы проведения ОРМ позволяет правоприменителю выработать свой взгляд на понимание этого вопроса. Опрошенные нами сотрудники оперативных подразделений считают, что при проведении гласного обследования не скрываются: лица, его осуществляющие (13,4 %), принадлежность таких лиц к правоохранительным органам (33,6 %), а также характер осуществляемых ими действий (37 %). Полагаем, что в совокупности обозначенные элементы и составляют гласную форму проведения обследования. Причем под открытостью лиц следует понимать, в частности, их отношение к правоохранительным органам и к проводимому ОРМ. Открытость истинных целей не является обязательным признаком гласной формы проведения обследования. Наличие или отсутствие скрываемых целей указывает на наличие разных видов гласного обследования.

¹ См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 128.

Таким образом, под гласной формой проведения обследования мы понимаем открытость поисковых действий, направленных на достижение целей ОРМ, и лиц, их осуществляющих. Открытость подразумевает отсутствие применения специальных мер, направленных на сокрытие принадлежности лиц к органу, осуществляющему ОРД, и к проводимому ОРМ, а также к осуществляемым действиям. В связи с этим заинтересованным и иным лицам потенциально может стать известно о содержании проводимого или проведенного мероприятия¹. Следовательно, у граждан появляется возможность обжалования ОРМ с момента начала его проведения. На наш взгляд, именно осознание сотрудниками оперативных подразделений объективной возможности обжалования проводимого ОРМ свидетельствует о гласной форме его проведения.

Основываясь на вышеизложенном, полагаем, что определение понятия гласного обследования необходимо сформулировать следующим образом: *гласное обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств* – это вид оперативно-розыскного мероприятия, заключающегося в осуществлении сотрудниками оперативных подразделений предусмотренных нормативными правовыми актами поисковых действий с возможностью нарушения целостности имущества, направленных на обнаружение документов, предметов, материалов, веществ, разыскиваемых лиц, получение информации, которая может иметь значение при решении задач ОРД, обеспечение проведения других ОРМ; при этом какие-либо специальные меры, направленные на сокрытие действий и лиц, их осуществляющих, не применяются.

С целью проверки достоверности полученного нами понятия считаем целесообразным использовать способ определения понятия ОРМ, предложенный А.Ю. Шумиловым, который рассматривает ОРМ как разновидность правомерного поведения, имеющего свой юридический состав, состоящего из четырех обязательных признаков: общественная значимость (полезность); предусмотренность в Законе об ОРД; осознанность осуществления и информационная направленность; конфиденциальность организации и тактики его проведения².

Мы так же, как и А.Ю. Шумилов, считаем ОРМ разновидностью правомерного поведения должностных лиц органа, осуществляющего ОРД, поскольку проведение ОРМ соответствует требованиям, предъявляемым в теории права к правомерному поведению: а) совпадает с требованиями норм права, соответствует правовым предписаниям; б) не противоречит нормам права, т.е. не выходит за их пределы; в) не запрещено нормами права³.

¹ См.: Малышев С.Я., Киселев Н.Н. Содержание гласных и негласных оперативно-розыскных мероприятий и способы их проведения: учеб. пособие. Уфа, 2004. С. 6.

² См.: Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности. М., 2006. С. 174.

³ См.: Морозова Л.А. Теория государства и права: учебник. М., 2002. С. 321.

При рассмотрении состава гласного обследования считаем возможным отойти от предложенных А.Ю. Шумиловым элементов и использовать подход к пониманию состава правомерного поведения, применяемый в теории права, поскольку именно он является научной базой для отраслевых юридических наук¹.

Рассматривавшая правомерное поведение на диссертационном уровне, Н.И. Тюрина, проанализировав работы ученых, указывавших на необходимость исследования состава правомерного поведения по аналогии с правонарушением², пришла к выводу, что в состав правомерного поведения включены четыре обязательных элемента: субъект, объект, объективная и субъективная стороны, при этом отсутствие хотя бы одного из них либо его ограниченная характеристика будут свидетельствовать о неполноте уяснения содержания правомерного поведения и окажут негативное влияние на его юридическую квалификацию³.

В теории права субъектом правомерного поведения считается лицо или лица, которые должны или вправе совершать данное поведение, таких лиц определяет право¹. Объект – явления окружающего мира, на которые направлено правомерное поведение⁴. Объективная сторона – внешнее проявление правомерного поведения, выражающееся в системе целенаправленных действий и представляющее собой позитивную правомерную деятельность субъектов⁵. Субъективная сторона включает психологическую направленность личности, ее сознания на совершение правомерных действий, психологическое отношение к своему поведению в сфере права и его последствиям⁶.

Основываясь на теории права, состав гласного обследования можно сформулировать следующим образом:

Субъект – сотрудники оперативных подразделений, которые в соответствии с Законом об ОРД наделены правом проведения ОРМ.

Объект – то, на что направлено мероприятие. Перечень объектов закреплен в п. 8 ч. 2 ст. 6 Закона об ОРД, ими являются помещения, здания, сооружения, участки местности и транспортные средства.

Объективная сторона – внешнее проявление деятельности, нескрываемые поисковые действия сотрудников оперативных подразделений.

¹ См.: Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник для юрид. вузов. 3-е изд. М., 2000. С. 12.

² См.: Нурпеисов Е.К. Механизм формирования правомерного поведения личности: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1980. С. 113; Жеругов Р.Т. Вопросы правомерного поведения личности // Правовое регулирование общественных отношений / отв. ред. М.И. Брагинский. М., 1997. С. 21.

³ См.: Тюрина Н.И. Правомерное поведение как объект юридического исследования: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С. 65.

⁴ Тюрина Н.И. Указ. соч. С. 74.

⁵ Там же. С. 76-77.

⁶ См.: Русинов Р.К. Сознание и правомерное поведение личности // Советское государство и право. 1983. № 5. С. 5.

Субъективная сторона – то, чем в своих действиях руководствуются сотрудники оперативных подразделений и какого результата они желают достичь. Лица, проводящие обследования, основываются на законодательных нормах, их деятельность направлена на обнаружение документов, предметов, материалов, веществ, разыскиваемых лиц и получение информации, которая может иметь значение при решении задач ОРД.

Таким образом, названные нами структурные элементы понятия гласного обследования соответствуют предложенному А.Ю. Шумиловым варианту определения понятия ОРМ как разновидности правомерного поведения, имеющей свой состав, в сочетании с применяемыми в теории права элементами состава правомерного поведения.

Использование логического подхода в определении любого понятия предполагает прежде всего сравнение изучаемого предмета с другими явлениями подобного рода¹. В связи с этим одним из важных вопросов теории ОРМ является их отграничение от смежных понятий, используемых в науке и практике ОРД (Шаров В.И., 2006). Первым и, на наш взгляд, наиболее близким является оперативный осмотр. При рассмотрении соотношения гласного обследования с оперативным осмотром мы еще раз остановимся на деятельной стороне гласного обследования.

Термин «оперативный осмотр» присутствует практически во всех открытых (несекретных) учебниках, учебных пособиях, иной учебной и научной юридической литературе². В учебных и научных изданиях термин «оперативный осмотр» используется в качестве синонима при обозначении ОРМ, предусмотренного п. 8 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД, – обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств. Считаем необходимым разобраться в обоснованности такого отождествления и его возможных последствиях.

До начала законодательного регулирования проведения оперативно-розыскных мероприятий, то есть до 1992 года, в теории ОРД и правоприменительной практике активно использовался метод ОРД – оперативный осмотр. Он представлял собой способ получения информации, необходимой для решения задач в борьбе с преступностью, путем негласного ознакомления или осмотра предметов материалов и веществ. Если исходить из того, что это негласный способ получения информации, то изучение объекта должно не нарушать его целостность, поскольку в ином случае граждане будут осведомлены об осуществлении каких-либо действий, что может помешать решению задач ОРД. Иначе говоря, необходимость сохра-

¹ См.: Кондаков И.Н. Логический словарь-справочник. 2-е изд., испр. и доп. М., 1976. С. 456.

² См.: Лапин Е.С. Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел. Курс правовых и теоретических основ: учеб. пособие. 3-е изд., доп. М.: Юрлитинформ, 2013. С. 33; Оперативно-розыскная деятельность: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / под ред. И.А. Климова. М.: ЮНИТА-ДАНА, 2014. С. 211; Щербаченко А.К., Напханенко И.П. К вопросу о гласном оперативном осмотре // Юрист – Правоведь, 2013. № 6 (61). С. 74-78 и др.

нения в тайне проводимых действий не позволяла осуществлять активные поисковые действия с возможностью существенного нарушения целостности обследуемых объектов. Отсутствие законодательного регулирования порядка ограничения прав граждан при использовании методов ОРД позволяло проводить гласный оперативный осмотр принадлежащих гражданам или государству объектов только с согласия, а иногда и в присутствии представителей организаций или граждан, чьи права ограничивались осуществляемыми действиями. Иными словами, при оперативном осмотре запрещалось разрушать элементы зданий и сооружений, нарушать целостность земельных участков, а гласный оперативный осмотр мог проводиться только с согласия граждан.

Отождествление оперативного осмотра с гласным обследованием формирует в теории и на практике две основные проблемы:

1. Ставится под сомнение сама возможность проведения гласного обследования без соответствующего согласия (разрешения) собственников обследуемых объектов, а также граждан, чьи права при этом ограничиваются.

2. Ставится под сомнение возможность осуществления активных поисковых действий, нарушающих целостность обследуемых объектов.

Решать указанные проблемы будем путем анализа нормативной правовой базы, мнений авторитетных ученых и складывающейся правоприменительной, в том числе судебной практики.

Принятие в 1992 году первого Закона об ОРД, законодательно закрепившего оперативно-розыскные мероприятия, механизм ограничения прав при их проведении, а также право проводить ОРМ гласно, обусловило следующие изменения в теории и практике ОРД.

А.Ю. Шумилов предложил понимать под обследованием совокупность действий по проникновению внутрь материального объекта (строения, участка местности, транспортного средства) и осмотр его изнутри¹. Необходимо обратить внимание на следующие важные обстоятельства:

1. Отсутствует отождествление обследования с методом ОРД «оперативный осмотр».

2. Используется термин «проникновение», что предполагает возможность преодоления каких-либо препятствий, запирающих устройств и т.д.

Статья 15 Федерального закона «О полиции» наделяет сотрудников полиции правом вхождения (проникновения) помимо воли проживающих в них граждан в жилые и иные помещения, на земельные участки и территории в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации. Убеждены, что проведение предусмотренного Законом об ОРД обследования является одним из таких случаев. Пункт 3 ч. 3 ст. 23 Федерального закона «О полиции» предусматривает даже возможность применения

¹ См.: Шумилов А.Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». 6-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 36.

огнестрельного оружия для разрушения устройств, элементов и конструкций, препятствующих проникновению в жилые и иные помещения.

Порядок проведения сотрудниками органов внутренних дел гласного обследования регламентируется Инструкцией «О порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел Российской Федерации гласного оперативно-розыскного мероприятия обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств», утвержденной приказом МВД России от 1 апреля 2014 г. № 199. Указанный нормативный правовой акт, устанавливая дополнительные гарантии обеспечения прав граждан и юридических лиц при проведении гласного обследования, предусматривает его проведение при отсутствии согласия собственников обследуемых объектов, а также лиц, в связи с противоправной деятельностью которых проводится мероприятие.

В обозначенном нормативном правовом акте, как и в предложенном А.Ю. Шумиловым понятии обследования, термин «оперативный осмотр» не используется. Прописана возможность проведения ОРМ без учета разрешения лиц, не заинтересованных в его проведении. Убеждены, что дача такого согласия находится в прямой взаимосвязи с правом, предусмотренным ст. 51 Конституции России, что в подавляющем большинстве случаев исключает возможность проведения гласного обследования.

Анализ ст. 8 Закона об ОРД, а также других норм указанного закона позволяет сделать вывод о том, что разрешение (согласие) граждан на обследование помещений не может рассматриваться в качестве условия проведения оперативно-розыскного мероприятия. Наличие либо отсутствие соответствующего разрешения является элементом, влияющим на организацию и тактику проведения обследования. Разрешение гражданина на проведение обследования может иметь как существенное, так и несущественное значение. Существенное значение оно имеет при обследовании жилых помещений. Отсутствие разрешения гражданина позволяет провести обследование только при наличии соответствующего постановления суда, а в случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого или особо тяжкого преступления, – по постановлению одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД.

Несущественное значение разрешение граждан имеет при обследовании других объектов. Гражданин, разрешивший обследование, может оказать содействие в осуществлении поисковых действий, давать соответствующие пояснения. Отсутствие согласия на обследование может повлечь появление дополнительных трудностей при его проведении. Гражданин может отказаться открывать запертые помещения, сейфы и т.д. Полагаем, что отказ гражданина открыть запертые помещения не образует состава какого-либо правонарушения. Не согласный с проведением обследования гражданин может оказать противодействие осуществляемым поисковым действиям, которое необходимо будет преодолевать. Полагаем, что такое обследование нельзя называть принудительным, поскольку сотрудники оперативных подразделений, в принципе, не могут принудить гражданина

участвовать в проведении гласного обследования. Реализация гражданином права, предусмотренного в ст. 17 Закона об ОРД, на участие в проведении ОРМ, как и реализация права присутствовать на обследуемом объекте во время проведения мероприятия, не может расцениваться как принуждение.

Таким образом, мы приходим к однозначному выводу о том, что гласное обследование может проводиться без учета мнения лиц, права которых ограничиваются проводимым мероприятием.

Как было указано выше, вторая проблема, образующаяся вследствие отождествления понятий «оперативный осмотр» и «обследование», – это недопустимость активных поисковых действий. А.В. Земскова и А.П. Исиченко полагают, что обследование заключается в визуальном осмотре и изучении объектов¹, то есть обследование не предполагает вскрытие закрытых помещений, разрушение конструкций, зданий и т.д. При этом не принимается во внимание то, что запрет на такие действия был сформирован в теории ОРД и имел место при проведении негласных действий, поскольку раскрывает факт проведения оперативно-розыскного мероприятия. При проведении гласного обследования нет необходимости сохранения в тайне проводимых действий.

Вопрос о допустимости поисковых действий необходимо рассматривать в комплексном анализе законодательства. И начинать нужно с Конституции Российской Федерации, в которой закреплены наиболее охраняемые права, в частности право на неприкосновенность жилища. На примере ограничения этого права рассмотрим возможность нарушения целостности имущества при обследовании.

Право на неприкосновенность жилища может быть ограничено государственными органами в случаях, установленных федеральным законом или на основании судебного решения. При рассмотрении вопроса об ограничении права на неприкосновенность жилища (в рамках как уголовно-процессуальной, так и или оперативно-розыскной деятельности) суд принимает принципиальное решение, разрешить ограничить это право или нет. Суд не принимает решение о допустимости или о недопустимости поисковых действий, а дает или не дает разрешение на ограничение охраняемого права как такового. Решение о допустимости поисковых действий и, соответственно, о законности должно приниматься в каждом конкретном случае, исходя из стоящих перед обследованием задач и условий, в которых оно проводится. Одной из традиционных задач обследования является обнаружение орудий преступления, разыскиваемых лиц, тайников. Очевидно, что решить указанные задачи посредством одного лишь визуального осмотра невозможно. Закрепляя в Законе об ОРД название ОРМ – «обследование», законодатель определил конкретный способ достижения за-

¹ См.: Земскова А.В., Исиченко А.П. Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. М.: Инфра-М., 2007. С. 134.

дач ОРД и при этом избавил оперативно-розыскную науку и практику от дискуссий о том, где же все-таки заканчивается осмотр и начинается обыск. Полагаем, что при рассмотрении вопроса о законности поисковых действий необходимо исходить из анализа стоящих задач и возможности их достижения. Повреждение целостности обследуемых объектов должно быть адекватным, а причиняемый при этом ущерб минимальным. Никаких законодательных ограничений для поисковых действий, осуществляемых при обследовании, не установлено.

На наш взгляд, отождествление оперативного осмотра с гласным обследованием провоцирует применение двойных стандартов в правоприменительной практике при оценке законности поисковых действий в ходе гласного обследования. Так, законность вскапывания принадлежащего государству (муниципалитету) земельного участка (например, в лесу или на пустыре) сомнений не вызывает, а вынужденное повреждение имущества граждан или коммерческих организаций является незаконным. Проведенное в полном соответствии с Законом об ОРД гласное обследование признается незаконным обыском, поскольку осуществляемые действия проведены в нарушение ст. 182 УПК РФ¹. Распространение указанной нормы УПК РФ на оперативно-розыскные правоотношения, на наш взгляд, не имеет под собой законодательной основы. УПК РФ не регулирует порядок проведения ОРМ. Ссылка на то, что обследование осуществляется негласно и не может быть направлено на обнаружение и изъятие², также не состоятельна, поскольку противоречит ст. 15 Закона об ОРД. Указанная статья федерального закона дает право органам, осуществляющим ОРД, проводить ОРМ гласно, производить при их проведении изъятие документов, предметов, материалов и сообщений.

По нашему мнению, обследовать – значит провести такие действия, в результате которых достигаются стоящие перед обследованием задачи, то есть будет обнаружено искомое или получена информация, представляющая оперативный интерес.

Сделанный нами вывод подтверждается и анализом современной судебной практики. Постановлением Федерального арбитражного суда Уральского округа от 8 июля 2013 г. было отказано в удовлетворении иска к УМВД России по Челябинской области, сотрудники которого в ходе осуществления гласного обследования при поддержке МЧС России существенно нарушили целостность имущества: разрушили стену, повредили несколько дверей, деформировали потолок, вырвали люстры и камеры видеонаблюдения, нарушили электропроводку³. Грамотное обоснование представителем УМВД своих действий позволило суду принять, на наш

¹ Кассационное определение СК по уголовным делам Верховного Суда РФ от 9 янв. 2013 г. № 45-О12-77. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

² Там же.

³ Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 8 июля 2013 г. № Ф09-6140/13 по делу № А76-11049/2012. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

взгляд, абсолютно правильное и обоснованное решение, отказав в удовлетворении иска, тем самым признав действия сотрудников оперативного подразделения правомерными.

Отождествление оперативного осмотра с обследованием было необходимо на начальном этапе законодательного регулирования ОРД. Отождествление обеспечивало плавный переход от применявшегося на практике метода ОРД к закрепленному в законе оперативно-розыскному мероприятию. Полагаем, что именно поэтому в ведомственных инструкциях начала и середины 90-х годов прошлого века оперативный осмотр отождествлялся с обследованием.

Правовой основой для оперативного осмотра являются ведомственные нормативные правовые акты, подчеркивающие исключительно негласный характер осуществляемых действий. ОРМ обследование основывается на Законе об ОРД и может проводиться как гласно, так и негласно.

Полагаем, что оперативный осмотр является диаметрально противоположным гласному обследованию с точки зрения формы проведения (гласная и негласная) одного и того же ОРМ. Кроме того, Закон об ОРД термин «оперативный осмотр» не содержит, что вызывает сомнения в допустимости его применения в гласной ОРД. У участников правоотношений, возникающих в связи с проведением гласного обследования, прежде всего граждан, чьи права ограничиваются проведением мероприятия, могут возникнуть подозрения о совершении сотрудниками оперативных подразделений действий, не предусмотренных Законом об ОРД. Это, в свою очередь, спровоцирует возникновение дополнительных сложностей при проведении мероприятия и после него.

С учетом анализа нормативных правовых актов, современной правоприменительной практики и научной литературы мы приходим к выводу о нетождественности оперативного осмотра и гласного обследования и считаем нецелесообразным использование термина «оперативный осмотр» применительно к гласной форме проведения обследования.

Вторым близким понятием к рассматриваемому нами мероприятию, соотношение с которым необходимо проанализировать, является зашифрованное обследование. В теории ОРД обследование традиционно разделяется на три вида: гласное, негласное и зашифрованное.

Такое деление обследования на виды, на наш взгляд, является неверным. Закон об ОРД дает органам, ее осуществляющим, право проводить ОРМ гласно или негласно, то есть все ОРМ могут проводиться только в двух формах. Зашифрованное обследование может являться лишь видом гласного или негласного ОРМ. Если при зашифрованном обследовании лицо, его производящее, скрывает свои действия или принадлежность к органу, осуществляющему ОРД, то это явный признак, указывающий на негласную форму оперативно-розыскного мероприятия. Иначе говоря, зашифрованное обследование является видом негласного обследования, то есть оперативного осмотра. Вместе с тем мы допускаем, что при проведении гласного обследования наряду с понятными гражданам целями могут

достигаться и иные цели, в том числе скрываемые. Такое ОРМ будет являться видом гласного обследования.

Таким образом, из анализа соотношения понятия гласного обследования с оперативным осмотром и зашифрованным обследованием следует:

1. Оперативный осмотр неприменим к гласной форме проведения обследования.

2. Зашифрованное обследование не является видом гласного обследования.

3. Понятие гласного обследования состоит из следующих существенных признаков:

- вид ОРМ;
- нормативность;
- субъект;
- деятельная сторона;
- цель.

Наиболее важными являются третий, четвертый и пятый признаки, раскрывающие особенности гласного обследования. Субъектами рассматриваемой нами разновидности ОРМ являются только сотрудники оперативных подразделений. Деятельная сторона заключается в осуществлении целенаправленных поисковых действий с возможностью нарушения целостности имущества, при этом каких-либо специальных мер, направленных на сокрытие деятельной стороны и лиц, ее осуществляющих, не производится. В структуре целей мероприятия получение информации является второстепенной целью обследования.

Итак, *гласное обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств* – это вид ОРМ, заключающегося в осуществлении сотрудниками оперативных подразделений предусмотренных нормативными правовыми актами поисковых действий с возможностью нарушения целостности имущества, направленных на обнаружение документов, предметов, материалов, веществ, разыскиваемых лиц, получение информации, которая может иметь значение при решении задач ОРД, обеспечение проведения других ОРМ; при этом какие-либо специальные меры, направленные на сокрытие действий и лиц, их осуществляющих, не применяются.

§ 2. Субъекты правоотношений, возникающих в связи с проведением гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел

Одним из существенных отличий гласного обследования от других ОРМ, особенно проводимых в негласной форме, является возможность вовлечения в складывающиеся правоотношения значительного количества лиц. Закон об ОРД, устанавливая перечень органов, осуществляющих ОРД, и их полномочия, в недостаточной мере определяет круг и полномочия субъектов правоотношений, возникающих в связи с проведением ОРМ¹, и вообще ничего не говорит о правах и обязанностях лиц, в отношении которых проводится гласное ОРМ.

Определение правового статуса каждого из участников правоотношений, возникающих в связи с проведением гласного обследования, является следующим этапом нашего исследования и имеет как научное, так и практическое значение.

Субъектами права являются лица, которые могут быть носителями прав и обязанностей, участвовать в правоотношениях². Правовые отношения, в свою очередь, являются центральной категорией теории государства и права, а также отраслевых юридических наук, представляют собой разновидность общественных отношений, урегулированных нормами права³.

Не являются исключением и правоотношения, возникающие в связи с проведением гласного обследования, участников которых в зависимости от их роли в проведении мероприятия предлагаем разделить на три группы:

- субъекты обследования;
- участники обследования;
- иные субъекты правоотношений, интересы которых затрагиваются или могут быть затронуты проводимым мероприятием.

Ключевым и единственным обязательным лицом складывающихся правоотношений является субъект обследования. В юридической науке существуют различные подходы к пониманию субъектов ОРМ.

¹ См.: Шумилов А.Ю. Проблемы законодательного регулирования в оперативно-розыскной деятельности: десять лет спустя (конституционные, административные, уголовные, уголовно-процессуальные и уголовно-сыские аспекты): монография. 2-е изд., испр. и доп. М., 2008. С. 32, 41; Основы оперативно-розыскной деятельности: учебник / [А.Г. Белый и др.]; под общ. ред. Ю.А. Агафонова, Ю.Ф. Кваши. Краснодар, 2008. 266 с.; Белый А.Г. Установление имущества, подлежащего конфискации // Актуальные проблемы права и правоприменительной деятельности на современном этапе: материалы Всерос. науч.-практ. конф. 2011. С. 134-137.

² См.: Алексеев С.С. Государство и право. Начальный курс. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1994. С. 93; Румянцев О.Г., Додонов Н.В. Юридический энциклопедический словарь. М., 1997. С. 299.

³ См.: Морозова Л.А. Указ. соч. С. 270.

В.М. Атмажитов и В.Г. Бобров к субъектам ОРМ относят: оперативных работников; сотрудников других (не оперативных) подразделений органов, осуществляющих ОРД; лиц, оказывающих содействие; специалистов; руководителей оперативных подразделений. При определенных обстоятельствах субъектами ОРМ являются следователи, прокуроры, судьи, а также должностные лица правоохранительных организаций и правоохранительных органов иностранных государств¹. С.И. Захарцев субъектом ОРМ считает оперативное подразделение и (или) физическое вменяемое лицо (оперуполномоченный, агент и др.)². Схожие взгляды на понимание субъектов ОРМ наблюдаются и у других авторов.

Таким образом, в приведенных точках зрения субъекты ОРМ отождествляются с участниками, это понятие охватывает значительный круг лиц, имеющих существенно различающиеся права и обязанности, что, по нашему мнению, неверно. При гласном обследовании ошибочность такого подхода наиболее очевидна, поскольку число лиц, вовлеченных в данное мероприятие, может быть достаточно большим, а их цели, права и обязанности – существенно отличаться.

В связи с этим более предпочтительной представляется позиция А.Ю. Шумилова³ и А.Е. Чечетина⁴, которые под субъектом ОРМ признают того, кто, обладая необходимыми полномочиями, выступает их организатором, непосредственным исполнителем и несет ответственность за законность и обоснованность предпринимаемых действий.

Исходя из этого полагаем, что правом проведения гласного обследования и обязанностью претерпевать неблагоприятные для себя юридические последствия в случае неправомерных действий наделяются только сотрудники оперативных подразделений органов, осуществляющих ОРД. С одной стороны, они обладают специфическими полномочиями по проведению ОРМ, а с другой – как должностные лица правоохранительных органов будут являться специальными субъектами уголовно-правовых отношений в случае, если в результате их деятельности произойдет существенное нарушение охраняемых уголовным законом прав⁵. Сотрудники опера-

¹ См.: Атмажитов В.М., Бобров В.Г. Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: материалы науч.-практ. семинара / отв. ред. В.М. Атмажитов. М., 2005. С. 7.

² См.: Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия. Общие положения. М., 2004. С. 34.

³ См.: Шумилов А.Ю. Субъекты и участники оперативно-розыскной деятельности: некоторые правовые аспекты проблемы // Правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности сил обеспечения безопасности России: вопросы теории: сб. ст. и материалов. М., 1993. С. 100-112.

⁴ См.: Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности. С. 52.

⁵ См.: Уголовное право России. Особенная часть: учебник / П.В. Агапов, Д.А. Бражников, В.М. Гарманов [и др.] отв. ред. Р.А. Сабитов. 2-е изд., перераб. и доп. Тюмень: Тюменский ин-т повышения квалификации сотрудников МВД России, 2013. 688 с.;

тивных подразделений, как правило, выступают инициаторами и организаторами проведения гласного обследования, осуществляют активную поисковую деятельность. В обязанности сотрудников оперативных подразделений входит оформление полученных результатов, их оценка и дальнейшее использование.

Также субъектами гласного обследования являются руководители органов, осуществляющих ОРД. Они не только выполняют управленческие функции по руководству подразделениями, но и наделены правом принятия юридически значимых решений¹, важнейшим из которых является право обращения в суд за получением разрешения на проведение обследования, ограничивающего конституционное право граждан на неприкосновенность жилища. С учетом того, что обследование может проводиться и без судебного решения – с согласия проживающих в жилище лиц, – вынесение постановления о получении судебного разрешения следует рассматривать прежде всего как право. Обязанностью оно становится только после вынесения руководителем постановления о проведении обследования жилища в случаях, которые не терпят отлагательства, и с начала проведения ОРМ. Поскольку механизм проведения ОРМ в случаях, которые не терпят отлагательства, по нашему мнению, не приспособлен к гласному обследованию жилища, такая обязанность возникает достаточно редко.

Часть 2 ст. 9 Закона об ОРД в качестве основания для решения судьей вопроса о проведении ОРМ приводит мотивированное постановление одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД. В ходе реформирования в Министерстве внутренних дел Российской Федерации введена новая должность – заместитель начальника полиции по оперативной работе². Необходимо учитывать, что данное должностное лицо является одним из руководителей структурного подразделения органа, осуществляющего ОРД (полиции), а не всего органа в целом, поэтому правом обращения в суд не обладает.

Таким образом, из смысла данной нормы Закона об ОРД следует, что выносить указанное постановление уполномочены начальник органа внутренних дел и его заместитель – начальник полиции. Другие заместители начальника органа внутренних дел не могут обращаться в суд, поскольку выполняемые ими функциональные обязанности не находятся в прямой связи с ОРД, они не могут принимать решения, относящиеся к исключительной компетенции оперативных подразделений.

Бражников Д.А., Бычков В.В. К вопросу об уголовно-правовой оценке общественно опасных деяний, совершенных «с использованием своего служебного положения» // Научные основы повышения квалификации сотрудников органов внутренних дел: сб. ст. Тюмень: Тюменский ин-т повышения квалификации сотрудников МВД России, 2013. С. 23-25.

¹ Чечетин А.Е. Актуальные проблемы. С. 170.

² См.: О некоторых организационных вопросах и структурном построении территориальных органов внутренних дел [Электронный ресурс]: приказ МВД России от 30 апр. 2011 г. № 333. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Анализируя правовое положение субъектов гласного обследования, нельзя не обратить внимание на одно существенное обстоятельство. Статья 13 Закона об ОРД наделяет правом осуществления ОРД оперативные подразделения уполномоченных на то государственных органов. Руководители этих органов определяют перечень оперативных подразделений, правомочных осуществлять ОРД, их полномочия, структуру и организацию работы.

В существовавший ранее перечень входили только подразделения криминальной милиции. Вместе с тем правом проведения отдельных ОРМ наделялись сотрудники милиции общественной безопасности, к компетенции которых относилась организация раскрытия преступлений. Таким образом, участковые уполномоченные, сотрудники ГИБДД, ППСМ и других служб милиции общественной безопасности, формально не являясь сотрудниками оперативных подразделений, могли проводить некоторые ОРМ. В научной литературе сотрудников милиции общественной безопасности к субъектам ОРМ относили В.Ф. Луговик¹, А.П. Киселев², В.П. Лигостаев³ и другие.

Приказом МВД России от 19 июня 2012 г. № 608 «О некоторых вопросах организации оперативно-розыскной деятельности в системе МВД» (далее – приказ МВД России № 608) утвержден новый перечень оперативных подразделений, правомочных осуществлять ОРД. В перечне нет подразделений, ранее входивших в состав милиции общественной безопасности, и не предусматривается возможность проведения ОРМ сотрудниками этих подразделений.

Статья 2 утратившего силу Закона РФ от 18 апреля 1991 г. № 1026-1 «О милиции» (далее – Закон «О милиции») определяла общие задачи милиции, но не делила их на задачи оперативных и неоперативных подразделений. Аналогичная норма содержится и в Федеральном законе «О полиции», т.е. вне зависимости от принадлежности к подразделению каждый полицейский обязан раскрывать преступления и выполнять иные обязанности, для исполнения которых законодатель наделяет должностных лиц определенными правами. В пункте 10 ч. 1 ст. 12 Федерального закона «О полиции» четко прописано, что полиция имеет право проводить ОРМ. Заметим, что не оперативные подразделения полиции имеют право проводить ОРМ, а вся полиция. Из этого следует, что в структуре органа, осуществляющего ОРД, которым является МВД России, должно быть одно большое оперативное подразделение – полиция. И уже внутри подразделения ведомственный нормативный правовой акт должен распределять пол-

¹ См.: Луговик В.Ф. Научно-практический комментарий Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. И.Н. Зубкова и В.В. Никулова [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² См.: Киселев А.П. Указ. соч.

³ См.: Лигостаев В.П. Основы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: учебник / под ред. Ю.А. Агафонова, Ю.Ф. Кваши. Краснодар, 2007. С. 41.

номочия по проведению тех или иных ОРМ и содержать запрет на совмещение прав по проведению ОРМ и дознания по уголовным делам.

В настоящее время сотрудники полиции, формально не являющиеся сотрудниками оперативных подразделений, фактически проводят множество ОРМ, в том числе и гласное обследование. По нашему мнению, назрела необходимость приведения ведомственных нормативных актов МВД России в соответствие с указанной нормой Федерального закона «О полиции», предусмотрев право проведения ОРМ в случаях, не требующих получения судебного разрешения, всеми сотрудниками полиции, деятельность которых направлена на раскрытие преступлений, розыск лиц, их совершивших. Проведение обследования, требующего судебного разрешения, должно осуществляться сотрудниками, определенными в приказе служб или по их поручению.

К такому же выводу мы приходим и при анализе ч. 5 ст. 6 Закона об ОРД, в которой используется более широкое понятие – должностные лица органов, осуществляющих ОРД, к которым относятся и сотрудники полиции, проходящие службу в подразделениях, не указанных в упомянутом приказе.

Таким образом, субъектами гласного обследования являются руководители органа внутренних дел, правомочные выносить постановление о получении судебного разрешения на гласное обследование жилища, а также руководители и сотрудники оперативных подразделений ОВД. С учетом описанных выше правовых проблем будем именовать их условно «сотрудниками и руководителями оперативных подразделений».

Исходя из конкретной оперативно-тактической ситуации, стоящих перед обследованием целей и планируемых результатов, к проведению мероприятия могут привлекаться дополнительные лица – участники. Согласно Толковому словарю русского языка участником называется тот, кто участвует в чем-либо¹. Термин «участник» говорит о наличии у лица пассивного начала², его второстепенной роли. Во избежание путаницы термин «участник» предлагаем применять только к лицам, специально привлекаемым к проведению ОРМ. Соглашаясь участвовать в обследовании, они берут на себя дополнительные обязанности. А участвующих в правоотношениях, возникающих в связи с проведением гласного обследования, предлагаем именовать субъектами.

Существует несколько групп участвующих лиц. Инструкция «О порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел Российской Федерации гласного оперативно-розыскного мероприятия обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств», утвержденная приказом МВД России от 1 апреля 2014 г. № 199

¹ См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 834.

² См.: Трухин М.А. Некоторые проблемы выявления, раскрытия и расследования взяточничества и коммерческого подкупа в сфере образования // Российский следователь. 2007. № 9. С. 6.

(далее – Приказ МВД № 199), предусматривает участие в проведении гласного обследования сотрудников подразделений специального назначения органов внутренних дел и сотрудников правовых подразделений. Аналогичная норма была и в ныне отмененной инструкции, утвержденной приказом МВД России от 30 марта 2010 года № 249 «Об утверждении Инструкции о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел гласного оперативно-розыскного мероприятия обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» (далее – Приказ МВД № 249).

Согласно п. 8 Приказа МВД № 199, в целях обеспечения физической защиты сотрудников, проводящих обследование, к его проведению могут привлекаться сотрудники подразделений специального назначения органов внутренних дел Российской Федерации. Полагаем, что не следует ограничиваться указанными в Инструкции целями. По нашему мнению, к целям данных участников гласного обследования также следует относить преодоление силового противодействия, а также предупреждение и пресечение возможных правонарушений во время проведения мероприятия.

Далее, в том же пункте предусматривается привлечение сотрудников правовых подразделений органов внутренних дел Российской Федерации в целях оказания правовой помощи. На наш взгляд, они должны разъяснять присутствующим при проведении обследования лицам законность и обоснованность проводимого мероприятия, тем самым предупреждать потенциальные иски и жалобы.

В рамках анализа правоприменительной практики, сложившейся после издания Приказа МВД № 249, были опрошены сотрудники правовых и оперативных подразделений нескольких регионов России. В ходе опроса нам не удалось выявить ни одного случая участия сотрудников правовых подразделений в проведении ОРМ. Полагаем, что это объясняется двумя основными причинами: 1) отсутствие достаточной юридической квалификации в области ОРД; 2) указанные должностные лица не являются сотрудниками полиции. Статья 32 Федерального закона «О полиции» предусматривает возможность привлечения сотрудников органов внутренних дел, не являющихся сотрудниками полиции, к выполнению обязанностей, возложенных на полицию, в порядке, определяемом федеральным органом исполнительной власти в сфере внутренних дел. Установленный подзаконным актом¹ порядок предусматривает соблюдение предварительной процедуры, сопровождающейся составлением нескольких специальных документов, что фактически исключает возможность оперативного привлечения таких лиц к мероприятию. Так, мы приходим к выводу о нецеле-

¹ См.: О порядке привлечения сотрудников органов внутренних дел Российской Федерации, не являющихся сотрудниками полиции, а также стажеров к выполнению обязанностей, возложенных на полицию [Электронный ресурс]: приказ МВД России от 15 авг. 2011 г. № 942. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

сообразности привлечения сотрудников правовых подразделений к участию в проведении гласного обследования.

По нашему мнению, к участию в проведении гласного обследования также могут привлекаться сотрудники экспертных, кинологических и иных подразделений органов внутренних дел, помощь которых может способствовать решению задач ОРД. Таким образом, сотрудники органов внутренних дел, привлекаемые к проведению мероприятия, составляют первую группу участников гласного обследования.

Вторую группу участвующих лиц составляют граждане, специально привлекаемые к проведению обследования. Правовую основу в данном случае составляет ст. 17 Закона об ОРД, согласно которой отдельные лица могут с их согласия привлекаться к подготовке или проведению ОРМ с сохранением по их желанию конфиденциальности содействия органам, осуществляющим ОРД¹. При гласном обследовании нет необходимости в сохранении в тайне оказываемого со стороны данных лиц содействия. Не применяются специальные меры, направленные на сокрытие их действий, а также отношения к органам, осуществляющим ОРД, и проводимому ОРМ.

Граждан, привлекаемых к проведению гласного обследования, в зависимости от целей их привлечения и выполняемых функций, можно разделить на три подгруппы: специалисты; граждане, оказывающие помощь в поисковых действиях; граждане, привлекаемые для удостоверения факта производства гласного обследования и его результатов. Их участие обусловлено необходимостью дальнейшей проверки результатов ОРД уголовно-процессуальными средствами (потенциальные свидетели уголовного судопроизводства).

9,1 % опрошенных нами сотрудников оперативных подразделений сообщили, что к проведению обследования привлекали специалистов. Это позволяет использовать специальные познания и навыки в достижении целей проводимого мероприятия. К ним мы относим специалистов в различных областях знаний: бухгалтеров, агрономов, строителей, водолазов и т.д.

Лица, оказывающие помощь в осуществлении поисковых действий (в данном случае имеется в виду физическая помощь), привлекаются в случаях, когда проведение мероприятия требует больших временных затрат. Эти граждане совместно с сотрудниками оперативных подразделений могут осуществлять поисковую деятельность, направленную на достижение целей проводимого мероприятия. Однако привлекаются они нечасто – лишь 1,9 % опрошенных нами сотрудников оперативных подразделений использовали помощь граждан в таких целях. По нашему мнению, данную категорию граждан целесообразно привлекать при обследовании больших участков местности, крупных зданий, помещений, сооружений.

¹ Белый А.Г., Пивоварова Н.Н. Порядок и правовая регламентация участия внештатных сотрудников милиции в оперативно-розыскной деятельности // Общество и право. 2006. № 2 (12). С. 133-135.

Граждане, участие которых обусловлено необходимостью дальнейшей проверки результатов ОРД уголовно-процессуальными средствами, привлекаются для удостоверения факта производства гласного обследования, его хода и результатов¹. Участвуя в мероприятии, они становятся обладателями юридически значимых сведений, которые в дальнейшем могут быть изложены и зафиксированы в протоколах допроса. Привлекая таких лиц к участию в проведении ОРМ, оперативный работник преследует цель обеспечить уголовное судопроизводство свидетелями, выступающими со стороны обвинения, что в современных условиях достаточно важно. Названная категория граждан, привлекаемых к проведению гласного обследования, является самой распространенной и составляет 83,2 %.

Роль данных участников гласного обследования близка к роли понятых в уголовном судопроизводстве, однако называть их так или отождествлять с понятыми не следует. Об использовании граждан данной категории при осуществлении ОРД упоминали О.А. Вагин², С.В. Блинов³, А.Ю. Сыпачев⁴ и другие⁵.

Необходимость участия в гласном обследовании лиц данной категории обусловлена требованием ч. 2 ст. 11 Закона об ОРД, предусматривающей использование результатов ОРД в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств, соглас-

¹ См.: Павличенко Н.В., Софронов В.Н. Алгоритм раскрытия преступлений: проблемы формирования частных методик документирования // Юридическая теория и практика. 2008. № 2. С. 58-63; Павличенко Н.В. Участие лиц, оказывающих содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность в уголовном судопроизводстве (в решениях европейского суда по правам человека) // Современное право. 2010. № 6. С. 96-100; Павличенко Н.В. Проблемы обеспечения безопасности конфиденциальных сотрудников, участвующих в уголовном судопроизводстве // Полицейское право. 2007. № 1 (9). С. 178-181.

² См.: Вагин О.А. Постатейный комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» со словарем законодательных терминов. М., 2006. С. 303-304.

³ См.: Блинов С.В. Виды содействия оперативно-розыскным органам // Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. М., 2006. С. 218.

⁴ См.: Сыпачев А.Ю. Правовые и организационно-тактические основы гласного содействия граждан оперативным подразделениям органов внутренних дел: дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2009. 186 с.; Его же. Этапы становления гласного содействия населения правоохранительным органам в России // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2010. № 1 (11). С. 95-102; Его же. Тактика использования гласного содействия граждан оперативным подразделениям органов внутренних дел // Научные основы повышения квалификации сотрудников органов внутренних дел: сб. ст. Тюмень, 2013. С. 100-102.

⁵ См.: Лукьяница Г.Ф., Сыпачев А.Ю. Правовое регулирование гласного содействия граждан оперативным подразделениям органов внутренних дел // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2007. № 1 (2). С. 88-93; Сыпачев А.Ю., Бражников Д.А. Гласное содействие граждан оперативным подразделениям органов внутренних дел: монография. Тюмень, 2013. 105 с. и др.

но которым при осуществлении изъятия обязательно присутствие не менее двух незаинтересованных лиц.

На ведомственном уровне обязательность участия граждан при осуществлении гласного обследования предусмотрена вышеупомянутой Инструкцией, согласно которой «для удостоверения факта, содержания, хода проведения и результатов изъятия к участию в изъятии документов (либо их копий), предметов, материалов в обязательном порядке приглашаются не менее двух дееспособных граждан». Из буквального толкования следует, что приглашенные граждане не могут удостоверить обстоятельства, предшествующие изъятию и следующие за ним.

По нашему мнению, данную норму необходимо сформулировать следующим образом: «Если проведение гласного обследования предполагает обнаружение и изъятие документов (либо их копий), предметов и материалов, то для удостоверения хода и результатов обследования и изъятия заранее приглашаются...».

5,7 % опрошенных нами сотрудников оперативных подразделений сообщали, что привлекали граждан к участию в проведении гласного обследования в иных целях. В качестве одной из них указывалось «обеспечение законности». Полагаем, что за такой формулировкой стоит неверное понимание ОРМ, в соответствии с которым гласное обследование полностью отождествляется со следственным действием, предусматривающим обязательность участия понятых. Неучастие граждан в гласном обследовании не может свидетельствовать о нарушении законности. На наш взгляд, неправильное понимание обязательности привлечения граждан к гласному обследованию обусловлено недостаточно качественным подзаконным нормативным регулированием порядка его проведения.

Исследование практики деятельности оперативных подразделений показало, что 26 % гласных обследований проводятся сотрудниками оперативных подразделений самостоятельно, столько же с привлечением других сотрудников ОВД. Таким образом, граждане к проведению гласного обследования привлекаются в 47,6 % случаев. В подавляющем большинстве (83,2 %) привлечение граждан направлено на обеспечение свидетелями уголовного судопроизводства.

В то же время разделение граждан, привлекаемых в качестве участников к проведению обследования, на категории является в значительной степени условным. Привлекаемое лицо может оказывать содействие в качестве специалиста, одновременно с этим осуществлять поисковые действия и в конечном итоге быть свидетелем по уголовному делу. Следовательно, данная категория лиц, участвующих в проведении ОРМ, должна соответствовать требованиям, предъявляемым к понятым в уголовном судопроизводстве.

Также следует отметить, что участие граждан в гласном обследовании не носит обязательный характер – оно является исключительно добровольным. Лицо, давшее согласие и участвующее в проведении обследования, может в любой момент «отозвать» свое согласие, поэтому при подбо-

ре лиц, привлекаемых к участию в проведении обследования, необходимо учитывать морально-волевые качества привлекаемого лица. По общему правилу участие в проведении гласного обследования носит безвозмездный характер, привлечение осуществляется путем устной договоренности, вместе с тем подобное участие может происходить и на договорной, письменной основе, с выплатой денежного вознаграждения. В основном возмездная форма участия характерна для специалистов.

Кроме субъектов и участников обследования, в правоотношениях, возникающих в связи с его проведением, участвуют и иные лица, права которых затрагиваются или могут быть затронуты проводимым мероприятием. Иными участниками правоотношений следует считать лиц, присутствующих при проведении гласного обследования, а также имеющих отношение к обследуемому объекту или проводимому ОРМ.

Отличительной особенностью данной группы субъектов правоотношений является их возможная незаинтересованность в достижении целей проводимого гласного обследования, более того, их права могут ограничиваться. Правовой статус данных лиц не предусмотрен действующим оперативно-розыскным законодательством, в связи с чем ключевую роль в регулировании возникающих правоотношений имеют положения Конституции Российской Федерации, гарантирующие право гражданина на свободу и личную неприкосновенность (ст. 22), свободу передвижения (ст. 27), свидетельский иммунитет (ст. 51)¹, а также получение квалифицированной юридической помощи (ст. 48).

Присутствующие на обследуемом объекте лица имеют право передвигаться внутри него, покинуть объект, давать пояснения, делать заявления и замечания. Если проведение гласного обследования связано с ограничением охраняемых законом прав, наиболее существенным из которых является неприкосновенность жилища, эти лица имеют право знать основание и повод такого ограничения. Они должны иметь возможность ознакомления с соответствующими разрешающими документами, если механизм ограничения прав предусматривает обязательность составления таких документов. Вместе с тем следует отметить, что если действия таких лиц препятствуют проведению мероприятия, то в целях преодоления оказываемого противодействия к ним могут быть применены нормы административно-правового характера, в том числе регламентирующие применение физической силы.

Кроме того, иными субъектами правоотношений, возникающих в связи с проведением гласного обследования, являются и лица, не находя-

¹ См.: Панюшин Д.Б., Серов А.В. Некоторые положения федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности в свете решений европейского суда по правам человека // Актуальные вопросы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности: материалы всерос. науч.-практ. конф. Омск, 2012. С. 224-231; Панюшин Д.Б. Допустимость доказательств, содержащих самоизобличающие показания, полученные при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий // Концепт. 2015. Т. 13. С. 2826-2830.

щиеся на объекте во время обследования, но имеющие отношение к нему или к проводимому ОРМ. Это прежде всего собственники обследуемых объектов и имущества, находящегося в них, а также лица, в связи с деятельностью которых проводится мероприятие. Эти лица могут прибыть на объект во время обследования и присутствовать при его проведении, обжаловать действия и решения, связанные с проведением мероприятия.

Право на обжалование возникает у граждан, даже если они только полагают, что действия должностных лиц оперативных подразделений привели к нарушению их прав и свобод¹.

На наш взгляд, каких-то специфических обязанностей у данных граждан не возникает, появляется лишь повышенная заинтересованность в отстаивании уже имеющихся прав, из которых самым значительным является право на получение квалифицированной юридической помощи.

Реализация данного права являлась предметом изучения Конституционного Суда РФ, рассматривавшего жалобу гражданина И.В. Маслова². В описательно-мотивировочной части постановления Конституционного Суда РФ по данной жалобе указывается, что это право не может быть связано с наличием статуса подозреваемого и обвиняемого. Оно подлежит реализации в случае существенного ограничения прав граждан на свободу и личную неприкосновенность в ходе уголовного преследования или обвинительной деятельности. В юридической литературе под обвинительной деятельностью понимаются любые действия стороны обвинения в отношении лиц в связи с проверкой их возможной причастности к совершению общественно опасного деяния, а также уголовное преследование лиц, подозреваемых и обвиняемых в совершении преступления, и назначение им справедливого наказания либо применение иных мер уголовно-правового характера³. Исходя из приведенного понятия и учитывая то, что органы, осуществляющие ОРД, стороной обвинения не являются, проведение ОРМ обвинительной деятельностью не считается. Вместе с тем следует обратить внимание на резолютивную часть указанного постановления Конституционного Суда РФ, в которой признается «право каждого на досудебных стадиях уголовного судопроизводства пользоваться помощью адвоката (защитника) во всех случаях, когда его права и свободы существенно затрагиваются или могут быть существенно затронуты действиями и мерами,

¹ См.: По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой: определение Конституционного Суда РФ от 14 июля 1998 г. № 86-О // Рос. газ. 1998. 11 авг.

² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-п по жалобе И.В. Маслова [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

³ См.: Булатов Б.Б. Процессуальное положение лиц, в отношении которых осуществляется обвинительная деятельность: дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2010. С. 39.

связанными с уголовным преследованием»¹. В данном случае речь идет не о конкретных правах, упоминаемых в описательно-мотивировочной части, а вообще о правах, которые только могут быть существенно затронуты действиями официальных властей. На наш взгляд, определение уровня существенности затрагивания прав в этом случае является исключительной компетенцией самого правообладателя, т.е. гражданина. Конституционный Суд РФ принимал решения, исходя из ситуации, описанной в жалобе, мы же полагаем, что закрепленное в ст. 48 Конституции РФ право подлежит реализации не только на досудебных стадиях уголовного судопроизводства, а вообще является неотъемлемым правом каждого гражданина и не может быть связано со стадиями какого-либо производства.

Таким образом, правом на получение квалифицированной юридической помощи обладают все иные участники правоотношений, возникающих в связи с проведением гласного обследования. Реализация названного права связана с деятельностью лиц, оказывающих квалифицированную помощь, которая, в свою очередь, может существенно влиять на проведение исследуемого нами мероприятия.

Лиц, оказывающих квалифицированную юридическую помощь, следует относить к иным участникам правоотношений. Ни Закон об ОРД, ни ведомственные инструкции не регулируют порядок участия лиц, оказывающих квалифицированную юридическую помощь в ходе проведения ОРМ.

В научной литературе реализация права граждан на получение квалифицированной юридической помощи при проведении ОРМ практически не освещалась. А.В. Чуркин, один из немногих исследователей, занимающихся данной проблематикой, считает, что в ходе осуществления ОРМ оперативный работник должен предложить соответствующим лицам пригласить избранного защитника, а при отсутствии приглашенного защитника обязан властью оперативного работника назначить (пригласить) через соответствующее адвокатское образование дежурного адвоката².

На наш взгляд, автор в данном случае не учитывает, что защитником именуется лицо, осуществляющее в установленном УПК РФ порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых, оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу, т.е. лицо, имеющее соответствующий уголовно-процессуальный статус. С учетом того, что многие ОРМ проводятся до возбуждения уголовного дела, лица, оказывающие юридическую помощь, как правило, не имеют никакого процессуального статуса. Как исключение, защитник может оказывать квалифицированную юридическую помощь, если он уже допущен к уча-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-п по жалобе И.В. Маслова [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

² См.: Чуркин А.В. Участие защитника в оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). 2009. № 2. С. 27.

стию в уголовном деле и в связи с расследованием данного уголовного дела проводятся гласные ОРМ.

Таким образом, по общему правилу лицо, оказывающее квалифицированную юридическую помощь в ходе осуществления ОРД, статуса защитника не имеет и именоваться таковым не должно. В связи с этим предлагаем называть таких лиц лицами, оказывающими квалифицированную юридическую помощь.

На наш взгляд, не совсем верной является позиция указанного автора об отсутствии разграничения между приглашением и назначением защитника. Защитник, как уже было упомянуто выше, – это участник уголовного процесса, процедура приглашения и назначения которого существенно отличается.

Кроме того, считаем ошибочной точку зрения А.В. Чуркина относительно обязательности участия защитника при осуществлении ОРД. По его мнению, в случаях, когда ОРМ проводятся в отношении несовершеннолетних, лиц с физическими или психическими недостатками, не способных самостоятельно осуществлять право на защиту, не владеющих языком, на котором ведется производство по делу или материалу о преступлениях, наказание за которые превышает 15 лет лишения свободы, участие защитника обязательно¹. Неучастие защитника в проведении ОРМ или несоблюдение предусмотренной в УПК РФ процедуры отказа от него, по мнению ученого, может повлечь за собой признание доказательств, полученных при проведении ОРМ, недопустимыми².

Использование абсолютной аналогии участия защитника в уголовном процессе применительно к ОРД считаем излишним. Государство, определяя уровень правовой защиты граждан, напрямую связывает его со степенью возможного ограничения их прав. Полагаем, что уровень возможного ограничения прав граждан в уголовном процессе значительно выше по сравнению с ОРД. При более низком уровне защиты прав личности государство не гарантирует обязательность участия защитника. Гарантируя лицу право на обязательную квалифицированную юридическую помощь, государство берет на себя оплату труда адвоката, которая производится только в случае его участия по назначению в качестве защитника в уголовном судопроизводстве³.

По мнению А.В. Чуркина, допуск иных лиц, кроме адвокатов, для осуществления защиты при проведении ОРМ допустим только по определению или постановлению суда, вынесенному на основании заявленного соответствующим лицом ходатайства⁴. На наш взгляд, принятие решения

¹ Чуркин А.В. Участие защитника в оперативно-розыскной деятельности. С. 28.

² Там же. С. 29.

³ См.: О размере оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда [Электронный ресурс]: постановление Правительства РФ от 4 июля 2003 г. № 400. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ См.: Чуркин А.В. Участие защитника в оперативно-розыскной деятельности. С. 27.

относительно допуска в качестве защитника иных лиц по не находящемуся в производстве у судьи уголовному делу выходит за рамки полномочий суда. Принятие судом подобного решения будет противоречить ч. 2 ст. 16 Закона об ОРД, запрещающей вмешиваться в законные действия должностных лиц и органов, осуществляющих ОРД. Кроме того, предложенная указанным автором процедура допуска защитника к участию в проведении ОРМ, по сути, является препятствием в реализации гражданином права на получение квалифицированной юридической помощи. С нашей точки зрения, для оказания такой помощи не нужно вообще никакой специальной процедуры допуска.

Если гражданин осознает, что проводимое гласное обследование связано с возможным уголовным преследованием, он имеет право обращаться за квалифицированной юридической помощью к соответствующим специалистам. Выбор специалиста лежит на самом нуждающемся или лицах, действующих в его интересах. В соответствии с ранее упоминавшимся решением Конституционного Суда РФ по делу Маслова В.И. такая помощь предоставляется в любых формах. Она может оказываться как посредством личного участия лица, так и дистанционно, например по телефону. Реализация права на квалифицированную юридическую помощь может быть обеспечена за счет участия любого специалиста в данной области, однако если такой специалист является адвокатом, то он имеет возможность использования предусмотренных Федеральным законом от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»¹ и иными законами Российской Федерации полномочий, направленных на защиту интересов своего доверителя. Лицо, оказывающее квалифицированную юридическую помощь, имеет право присутствовать при производстве гласных ОРМ, давать при этом консультации, знакомиться с разрешающими документами, если их наличие обязательно, а также осуществлять иные действия, связанные с проведением гласного ОРМ. Вместе с тем у оперативного работника нет ни обязанности, ни права назначения защитника. Более того, сотрудники оперативных подразделений не вправе каким-либо образом ограничивать получение квалифицированной юридической помощи при проведении гласных ОРМ.

Из анализа проблемы реализации права на получение квалифицированной юридической помощи следует, что при проведении любых гласных ОРМ, если они связаны с ограничением прав лиц, сотрудники оперативных подразделений обязаны разъяснить таким лицам право на получение квалифицированной юридической помощи, т.е. обращение за помощью к любому специалисту в данной области. В случае, если промедление в проведении гласного ОРМ не приведет к наступлению неблагоприятных последствий, целесообразно отложить начало его проведения до прибытия лица, оказывающего помощь гражданину, в связи с деятельностью которого оно проводится. Участие лица, оказывающего квалифицированную юридическую

¹ Рос. газ. 2002. 5 июня.

скую помощь, не является обязательным условием проведения гласного обследования – его отсутствие не может повлечь признание полученных результатов недопустимыми.

К иным субъектам правоотношений, возникающих в связи с проведением гласного обследования, также следует относить и лиц, не принимающих участия в обследовании, но способствующих его проведению (например, представители учреждений и организаций, обеспечивающие доступ на обследуемые объекты или их части, лица, предоставляющие свое имущество в целях проведения обследования).

Отдельную подгруппу иных субъектов правоотношений составляют следователи, дознаватели, руководители следственных органов, начальники подразделений дознания. В некоторых случаях они являются инициаторами проведения обследования, могут давать обязательные для исполнения устные указания и письменные поручения на его проведение. В научной литературе указанных лиц нередко называют участниками ОРМ¹. На наш взгляд, они не могут быть участниками ОРМ, более того, законодатель запрещает наделение одного должностного лица функциями по проведению ОРМ и расследованию уголовного дела. Это следует из анализа ст. 41 УПК РФ, в соответствии с которой не допускается возложение полномочий по проведению дознания на лицо, проводившее или проводящее по данному уголовному делу ОРМ. Несмотря на то, что это правило предусмотрено для дознавателей, понимать его необходимо несколько шире. Запрет на совмещение двух функций распространяется также на следователей, руководителей следственных органов, начальников подразделений дознания.

В эту же подгруппу мы включаем прокуроров, осуществляющих надзорную деятельность, и федеральных судей, осуществляющих разрешительную и контрольную функции. Деятельность последних будет подробно рассмотрена нами в третьем параграфе второй главы настоящей монографии.

Кроме того, мы полагаем, что к числу иных участников правоотношений следует относить нетрадиционных для теории ОРД субъектов – юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, зарегистрированных без образования юридического лица. О проведении ОРМ, ограничивающих права этих лиц, в Законе об ОРД не упоминается. В то же время мы понимаем, что исследуемое нами гласное обследование может существенно ограничивать права указанных субъектов правоотношений: их законные права и интересы находятся под защитой государства и не могут быть произвольно ограничены.

Отсутствие должного законодательного регулирования проведения ОРМ в отношении указанных субъектов правоотношений побуждает нас более подробно рассмотреть этот вопрос в следующем параграфе нашего исследования.

¹ См.: Трухин М.А. Указ. соч.

Наличие тех или иных участников правоотношений, возникающих в связи с проведением гласного обследования, обуславливает сложность организации и тактики проведения ОРМ: чем больше участников правоотношений, тем более сложным является ОРМ. Как мы указывали ранее, единственным обязательным участником правоотношений является субъект обследования, отсутствие иных участников правоотношений позволяет считать такие обследования *простыми*. Привлечение к мероприятию участников обследования усложняет правоотношения – такие обследования, на наш взгляд, следует называть *сложными*. Присутствие на обследуемых объектах лиц, с высокой долей вероятности способных оказать противодействие проводимому мероприятию, обуславливает необходимость привлечения дополнительных участников для его преодоления. Такие обследования будут являться *особо сложными*. Деятельность дополнительно привлекаемых участников лишь опосредованно направлена на достижение целей обследования и заключается в обеспечении его проведения.

Таким образом, к проведению гласного обследования имеет отношение достаточно большой круг лиц с существенно отличающимися целями, правами и обязанностями. Все они являются субъектами правоотношений, возникающих в связи с проведением гласного обследования. Разделим их на следующие группы:

1. Субъекты гласного обследования – только должностные лица ОВД:

- сотрудники и руководители оперативных подразделений ОВД;
- руководители ОВД, обладающие правом выносить постановление о получении судебного разрешения на гласное обследование жилища.

2. Участники гласного обследования – лица, привлекаемые к проведению гласного обследования в качестве субъектов и способствующие достижению целей мероприятия:

а) должностные лица ОВД, привлекаемые к проведению мероприятия (сотрудники подразделений специального назначения, правовых, экспертных, кинологических и иных подразделений);

б) граждане, деятельность которых направлена на достижение целей гласного обследования или обеспечение законности осуществляемых в ходе мероприятия действий:

- специалисты;
- граждане, оказывающие помощь в поисковых действиях;
- граждане, привлекаемые для удостоверения факта производства гласного обследования и его результатов. Их участие обусловлено также необходимостью дальнейшей проверки результатов ОРД уголовно-процессуальными средствами (потенциальные свидетели уголовного судопроизводства).

3. Иные участники правоотношений, возникающих в связи с проведением гласного обследования:

а) граждане, отличительной особенностью которых является их возможная незаинтересованность в достижении целей проводимого мероприятия, при этом в ходе проведения ОРМ их права могут ограничиваться:

- лица, присутствующие при проведении гласного обследования;
- лица, права которых затрагиваются или могут быть ограничены проводимым мероприятием;

- лица, оказывающие квалифицированную юридическую помощь;

б) следователи, дознаватели, руководители следственных органов, органов дознания, прокуроры, осуществляющие надзор, федеральные судьи. В силу должностных обязанностей они могут иметь отношение к проводимому мероприятию, тем самым участвовать в возникающих правоотношениях.

Необходимо отличать субъектов правоотношений, возникающих в связи с проведением гласного обследования, от субъектов гласного обследования, которыми являются только должностные лица органа, осуществляющего ОРД, последние могут привлекать к проведению мероприятия с их согласия иных лиц, называемых участниками гласного обследования.

Участие в гласном обследовании обозначенных нами участников правоотношений определяет сложность проведения ОРМ. В зависимости от состава участников правоотношений гласное обследование можно классифицировать следующим образом:

- простое (осуществляется одним или несколькими сотрудниками оперативных подразделений без других участников правоотношений);

- сложное (кроме сотрудников оперативных подразделений имеются и другие участники правоотношений);

- особо сложное (в числе участников правоотношений имеются лица, которые с большой долей вероятности будут оказывать активное противодействие проводимому мероприятию).

Уяснение прав и обязанностей каждого участника правоотношений, четкое определение и прогнозирование возможных линий их поведения, с одной стороны, позволит повысить результативность проводимого ОРМ, а с другой – обеспечит соблюдение прав граждан при проведении гласного обследования.

В зависимости от наличия либо отсутствия скрываемых целей каждый из обозначенных нами видов гласного обследования имеет две разновидности.

§ 3. Правовое регулирование гласного обследования зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел

Развитие юридической науки в целом и теории ОРД в частности вызвало необходимость включить в задачи фундаментальных научных исследований в современных условиях планомерное формирование оперативно-розыскного права, которое подразумевает создание и последовательное совершенствование целостной системы нормативно-правового регулирования важнейших правовых, организационных и оперативно-тактических аспектов ОРД в интересах повышения ее эффективности в борьбе с преступностью и обеспечения на этой основе норм и принципов законности¹.

Современное правовое регулирование ОРД не отвечает потребностям сегодняшнего дня и нуждается в совершенствовании², не является исключением и ОРМ «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств», проводимое в гласной форме. Учитывая, что ОРД является видом государственной деятельности, упорядочение отношений, возникающих в ходе ее осуществления, объективно невозможно без использования правовых средств³. Причем это упорядочение не только закрепляет уже сложившиеся отношения, но и способствует становлению, упрочнению и развитию новых отношений, необходимых для успешного решения задач борьбы с преступностью.

В данном параграфе мы ставим перед собой задачу проанализировать правовое регулирование исследуемого нами ОРМ и разработать предложения по его совершенствованию, которые позволят повысить эффективность решения задач ОРД. Прежде чем приступить к решению этой задачи, следует определиться с понятием правового регулирования. Это позволит нам сформулировать предмет данного раздела исследования и избрать структуру последующего изложения результатов научного поиска.

По мнению С.С. Алексеева, под правовым регулированием следует понимать осуществляемое при помощи систем правовых норм (юридических норм, правоотношений, предписаний и др.) нормативно организованное воздействие на общественные отношения в целях упорядочения, охра-

¹ См.: Чувилев А.А. Соотношение оперативно-розыскного и уголовно-процессуального права // Право. 1997. № 1. С. 26.

² См.: Абрамов О.А., Кантемиров Д.В. Современные организационно-тактические аспекты противодействия правоохранительных органов легализации (отмыванию) доходов, добытых преступным путем // Вестник Волгоградской академии МВД России. 2010. № 4. С. 58; Луговик В.Ф. Кодификация как способ совершенствования правового регулирования оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). 2015. № 1 (42). С. 12-19; Щукин А.М. О совершенствовании законодательства об ответственности за склонение к потреблению наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов // Вестник Тюменского института повышения квалификации сотрудников МВД России. 2014. № 1 (2). С. 16-20 и др.

³ См.: Теория права и государства: учебник / под ред. В.В. Лазарева. М.: Право и Закон, 1996. С. 113.

ны, развития в соответствии с общественными потребностями¹. Ф.Н. Фаткуллин видит в правовом регулировании специфическую деятельность государства, его органов и должностных лиц по упорядочению общественных отношений путем установления правовых норм и принятия в необходимых случаях индивидуально-регламентирующих решений в соответствии с этими нормами по юридически значимым вопросам, возникающим в рамках указанных отношений². Нередко вопросы правового регулирования рассматриваются учеными в контексте ее правовой основы. Правовая основа представляет собой систему связанных между собой элементов. Такими элементами являются нормы права. Близкие по своей сути правовые нормы образуют уровни правового регулирования. На современном этапе развития оперативно-розыскной науки ученые выделяют четыре уровня правового регулирования; международный, конституционный, законодательный и подзаконный³. Разделяя данную точку зрения, мы считаем, что выстроенная последовательность уровней определяет главенство одних норм права над другими. В каждом из обозначенных уровней имеются нормы, регулирующие правоотношения, возникающие в связи с проведением гласного обследования. Такое соотношение уровней имеет особое значение при возникновении межуровневой конкуренции правовых норм. Законы и подзаконные нормативные акты, составляющие основу правового регулирования ОРД, должны постоянно совершенствоваться, основываясь на практике борьбы с преступностью, кроме того, необходимо регулярно освобождать нормативную базу ОРД от устаревших положений и устранять пробелы⁴.

В связи с невозможностью рассмотреть весь объем нормативных документов, регулирующих интересующие нас правоотношения, ограничимся лишь теми, которые, по нашему мнению, вызывают наибольшую дискуссию в науке и создают трудности в применении на практике. К ним, на наш взгляд, следует отнести:

- правовое положение субъекта обследования;
- соблюдение условий проведения гласного обследования;
- проведение гласного обследования жилища в случаях, которые не терпят отлагательства;
- проведение мероприятия, ограничивающего охраняемые законом интересы юридических лиц.

¹ См.: Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. С. 209.

² См.: Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права: курс лекций. Казань, 1987. С. 135.

³ См.: Вагин О.А., Овчинский С.В., Федоров А.В. Уровни правового регулирования оперативно-розыскной деятельности // Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.Е. Синилова. М., 2006. С. 40; Дубонос Е.С. Основы оперативно-розыскной деятельности: учеб. пособие / под ред. Г.К. Синилова. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2010. С. 99-109.

⁴ См.: Дубонос Е.С. Указ. соч. С. 109.

В предыдущем параграфе мы обозначили проблему отсутствия четкой правовой основы для проведения гласных ОРМ, в том числе обследования, сотрудниками подразделений полиции, ранее относившихся к милиции общественной безопасности. Назрела необходимость незамедлительного внесения в нормативные акты МВД России изменений, устраняющих эту проблему. В соответствии с имеющимся правовым регулированием сотрудники подразделений, не вошедших в перечень, утвержденный приказом МВД России № 608, проводить ОРМ не могут. С учетом того, что перечень перестал быть секретным, с большой вероятностью можно предположить, что будут иметь место жалобы на действия и решения сотрудников указанных подразделений по проведению ими ОРМ. Ситуация усугубляется также тем, что Закон об ОРД предусматривает возможность привлечения к проведению ОРМ граждан, но ничего не говорит о сотрудниках не оперативных подразделений органов, осуществляющих ОРД.

В настоящее время в МВД России право осуществления ОРД имеют 11 оперативных подразделений, которые можно разделить на две большие группы: а) имеющие право проводить ОРМ в полном объеме (9 подразделений), б) имеющие право проводить ОРМ в не полном объеме (2 подразделения). Правом проведения обследования не наделены подразделения по обеспечению взаимодействия с правоохранительными органами иностранных государств и подразделения оперативно-розыскной информации. Остается непонятен принцип, по которому субъект ведомственного нормотворчества наделяет оперативные подразделения правом проведения одних ОРМ и при этом оставляет без внимания другие мероприятия, которые по своей сути и уровню возможного ограничения прав аналогичны разрешенным. В рассматриваемом приказе проведение ОРМ сотрудниками подразделений МВД России, не вошедших в перечень, не оговаривается.

В целях совершенствования нормативной базы Н.С. Железняк предлагает предусмотреть в Законе об ОРД возможность проведения ОРМ сотрудниками не оперативных подразделений¹. Но реализация такого предложения невозможна без переосмысления понятия, закрепленного в ст. 1 Закона об ОРД. Мы видим несколько иной выход из сложившейся правовой ситуации. На наш взгляд, для упорядочения существующих правоотношений и нормативного закрепления прав по проведению ОРМ сотрудниками подразделений, ранее входивших в состав милиции общественной безопасности, необходимо пересмотреть сам подход к пониманию оперативного подразделения. При этом речь не идет о внесении изменений в приказ МВД России № 608 – необходимо издание нового приказа с принципиально иным взглядом на правовую ситуацию.

В основе подхода к наделению сотрудников ОВД правами на проведение ОРМ должен лежать не структурно-территориальный принцип построения органов внутренних дел, а охраняемые законом права и возмож-

¹ См.: Железняк Н.С. «Черные дыры» и «Белые пятна» Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: монография. Красноярск, 2006. С. 46.

ность их ограничения при реализации должностными лицами полномочий по защите охраняемых интересов от преступных посягательств.

По нашему мнению, необходимо отходить от практики придания некоторым структурным подразделениям полиции статуса «оперативных». В условиях реформирования и постоянно меняющихся приоритетных направлений деятельности ОВД неизбежно появление новых подразделений, следовательно, каждый раз возникает необходимость внесения изменений.

Еще одну проблему мы видим в перечне руководителей, правомочных на обращение в суд в соответствии со ст. 9 Закона об ОРД. В части 2 указанной статьи предусмотрено, что перечень категорий руководителей оперативных подразделений устанавливается ведомственными нормативными актами. В приказе МВД России № 608 устанавливается перечень руководителей, уполномоченных на осуществление ОРД. Исходя из буквального толкования правового документа, понятия «осуществлять оперативно-розыскную деятельность» и «выносить постановления» тождественными не являются. Следовательно, необходим специальный перечень, причем, как требует Закон об ОРД, он должен состоять из категорий должностных лиц. Перечень не может быть связан с каким-либо отдельным ОРМ, например обследованием, он должен быть универсальным, применяться ко всем мероприятиям и формам их проведения.

Рассматривая проблему правового положения субъектов, приходим к выводу о необходимости издания на подзаконном уровне несекретного нормативного правового акта МВД России, в котором должны быть закреплены основные положения порядка проведения гласных ОРМ в целом и отдельно каждого из них. В качестве основных положений необходимо предусмотреть следующее:

1. В органах внутренних дел оперативным подразделением является полиция.

2. Должностные лица органов внутренних дел, имеющие специальные звания полиции, проводят ОРМ посредством личного участия в их организации и проведении.

3. Руководителями органа, осуществляющего ОРД, правомочными на вынесение постановлений, предусмотренных ч. 2 ст. 9 Закона об ОРД, являются начальники отделов (управлений, главных управлений) внутренних дел и их заместители – начальники полиции.

4. При проведении гласных ОРМ, если при этом происходит существенное ограничение охраняемых законом прав, необходимо разъяснить гражданам основания и повод такого ограничения, предоставив при этом возможность ознакомления с соответствующими разрешительными документами, если механизм ограничения прав предусматривает их составление.

5. Применительно к гласному обследованию необходимо предусмотреть, что гласное обследование жилища может производиться с согласия проживающих в нем лиц. Сроки проведения, а также иные обстоятельства мероприятия определяются указанными лицами. При наличии оснований

полагать, что согласие получено не будет, или при неполучении такого согласия обследование может проводиться по решению суда, а в случаях, которые не терпят отлагательства, – по соответствующему постановлению должностного лица.

Следующим и, на наш взгляд, самым важным вопросом параграфа является проблема соблюдения условий проведения гласного обследования. Нет никаких сомнений в необходимости их соблюдения, однако прежде чем их соблюдать, нужно определить, что собой представляют такие условия. В оперативно-розыскной науке нет устоявшегося подхода к пониманию условий проведения ОРМ¹. На примере условий проведения гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств попытаемся разобраться в существующей проблеме и предложить свой вариант ее решения.

Согласно Толковому словарю русского языка условия – это правила, установленные в какой-нибудь области деятельности, требования, из которых следует исходить². На этом толковании основывается большинство ученых, определяющих условия проведения ОРМ как совокупность правил, соблюдение которых является обязательным при их проведении. Вместе с тем отсутствует единое мнение о том, в каких нормативных правовых актах эти правила должны содержаться. Ряд авторов обходят стороной этот вопрос и используют размытые формулировки: «установленные оперативно-розыскным законодательством»³; «установленные в оперативно-розыскной деятельности»⁴. А.Е. Чечетин использует более конкретную формулировку: «установленные Федеральным законом “Об оперативно-розыскной деятельности” и иными нормативно-правовыми актами», причем к последним он относит и ведомственные нормативные правовые акты⁵.

Таким образом, практически в любом нормативном правовом акте могут содержаться положения, регламентирующие условия проведения ОРМ. Такой широкий подход к пониманию условий проведения ОРМ приводит к тому, что органы, осуществляющие ОРД, в своих ведомственных документах вводят массу дополнительных ограничений и процедур, многие из которых являются не чем иным, как не предусмотренными феде-

¹ См.: Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности. С. 158; Гусев В.А. Основания и условия проведения оперативно-розыскных мероприятий: проблемы правового регулирования // Оперативник (сыщик). 2014. № 2 (39). С. 39-44; Гусев В.А. Оперативно-розыскное проникновение в помещения, здания, сооружения, участки местности и в транспортные средства // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2015. № 2 (32). С. 147-152.

² См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 827.

³ Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности: учебник. М., 2007. С. 207; Дубоносов Е.С. Указ. соч. С. 190.

⁴ См.: Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / О.А. Вагин [и др.]; под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.Е. Синилова. М., 2006. С. 298.

⁵ Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности. С. 159.

ральными законами условиями проведения ОРМ. Это позволяет оценивать правомерные действия участников ОРМ как неправомерные¹.

Для теории ОРД проблема несоответствия ведомственных нормативных актов федеральному законодательству не нова. Применительно к гласному обследованию она является наиболее актуальной. В МВД России проведение гласного обследования регулируется несколькими нормативными актами. Право издания нормативных актов, регламентирующих организацию и тактику проведения ОРМ органами, осуществляющими ОРД, предусмотрено ч. 2 ст. 4 Закона об ОРД. В соответствии с ч. 1 ст. 12 данного закона сведения об организации и тактике проведения ОРМ составляют государственную тайну и подлежат рассекречиванию только на основании постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД.

Исходя из необходимости соблюдения государственной тайны, большинство инструкций, издаваемых органами, осуществляющими ОРД, являются секретными и, следовательно, недоступны для обсуждения широкой юридической общественностью. Закрытость ведомственных нормативных актов позволяет их издателю достаточно произвольно понимать требования федеральных законов.

Однако специфика проведения гласных ОРМ, и прежде всего обследования, заключается в том, что при их проведении происходит очевидное ограничение прав граждан и юридических лиц. Возникают специфические правоотношения, которые в современной юридической теории исследованы явно недостаточно. Поскольку проводимые ОРМ носят гласный характер, то регулирование правоотношений, особенно в части ограничения прав граждан и юридических лиц, также должно осуществляться несекретными нормативными актами.

Исходя из необходимости более тщательного регулирования правоотношений, возникающих в процессе проведения гласного обследования, в 2010 г. издается ранее упоминавшийся нами Приказ МВД № 249. По нашему мнению, данный приказ является началом формирования несекретной ведомственной нормативной базы, регламентирующей порядок проведения ОРМ. Закрепленные в нем положения имеют существенное значение для оперативно-розыскной науки, в связи с чем он далее нами дубеет рассмотрен не смотря на то, что в настоящее время утратил силу.

Несмотря на то, Приказ МВД № 249 издан в свете реализации права, предусмотренного ч. 2 ст. 4 Закона об ОРД, термины «организация» и «тактика» в нем вообще не упоминаются. На наш взгляд, разработчики осознанно ушли от употребления данных терминов.

В Приказе МВД № 249 речь шла о «порядке проведения», причем порядок проведения гласного обследования устанавливался «в целях обеспечения законности и обоснованности», из чего следовало, что несоблюдение установленного порядка необходимо расценивать как нарушение за-

¹ См.: Вагин О. А. Некоторые проблемы правового регулирования оперативно-розыскных мероприятий // Оперативник (сыщик). 2005. № 4. С. 11.

конности и последующее признание результатов проведенного мероприятия недопустимыми. Определяя порядок проведения гласного обследования, ведомственный нормативный правовой акт установил правила, которые необходимо соблюдать. По сути, установленные правила являются не предусмотренными Законом об ОРД условиями проведения ОРМ. По нашим подсчетам, в Приказе МВД № 249 таких условий десять: назначение проведения обследования должностным лицом органа внутренних дел, уполномоченным издавать распоряжения о проведении обследования; предварительное составление рапорта; согласование рапорта с непосредственным руководителем; вынесение соответствующего распоряжения по установленной форме; регистрация распоряжения в специальном журнале; определение руководителем состава сотрудников, проводящих обследование; проведение обследования в случае, если не имеется достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела; расширенное понимание случаев, которые не терпят отлагательства; обязательность представления распоряжения для ознакомления и вручение копии под роспись; приглашение не менее двух граждан для удостоверения факта изъятия.

Перед началом производства гласного обследования один из руководителей органа, осуществляющего ОРД, назначает его проведение, о чем выносится соответствующее распоряжение в установленной форме. Распоряжение по своей форме и содержанию идентично постановлению руководителя, выносимому при проведении ОРМ ведомственного санкционирования. Состав лиц, проводящих мероприятие, также определяется руководителем. Все эти признаки указывают на перевод ОРМ, точнее сказать, гласной формы его проведения, в категории ОРМ ведомственного санкционирования. Таким образом, приказ МВД России фактически редактирует ч. 7 ст. 8 Закона об ОРД. Кроме того, санкционирование носит еще более усложненный, двухступенчатый характер. Рапорт о необходимости проведения гласного обследования предварительно согласовывается с непосредственным начальником, а уже потом уполномоченный руководитель выносит распоряжение, последнее подлежит регистрации в специальном журнале. Таким образом, фактически формируется учет всех гласных обследований, что, в свою очередь, приводит к неоправданному увеличению временных затрат на подготовительном этапе. Такой сложной процедуры нет даже в ОРМ, которые, согласно Закону об ОРД, относятся к мероприятиям ведомственного санкционирования.

Ведомственное санкционирование гласного обследования фактически ставит под сомнение законность широко проводимых в настоящее время на практике обследования территории, прилегающей к месту совершения преступлений, помещений с согласия собственника, обследования улиц населенных пунктов, парков и т.д. Очевидно, что в этих случаях никто не будет оформлять распоряжения.

В Законе об ОРД и ведомственных нормативных правовых актах не предусматривается возможность оформления решения должностного лица

«распоряжением». Иными словами, Приказом МВД № 249 в ОРД вводится ранее не использовавшийся документ – распоряжение. Приказом МВД России от 4 декабря 2006 г. № 987 «О документационном обеспечении управления в системе органов внутренних дел Российской Федерации» устанавливались правила документооборота. Согласно п. 17 данного нормативного правового акта распоряжение – документ ненормативного характера по вопросам оперативно-служебной деятельности органов внутренних дел, действующий в течение одного года с момента регистрации, если в нем не определены иные сроки. Его основное смысловое содержание – управленческое действие, решение. Распоряжение не должно противоречить законодательным и иным нормативным правовым актам Российской Федерации и нормативным правовым актам МВД России¹. Трактующее понимание распоряжения входило в противоречие с п. 2 Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации². Приказом МВД России от 20 июня 2012 г. № 615 «Об утверждении инструкции по делопроизводству в органах внутренних дел Российской Федерации» (далее – Приказ МВД № 615) противоречие устраняется. Пункт 18 Приказа МВД № 615 дает несколько иное понимание рассматриваемого документа: «распоряжение – документ, издаваемый по вопросам оперативно-служебной деятельности органов внутренних дел, который имеет организационно-распорядительный характер. Исходя из особенностей целей и предмета правового регулирования, может содержать нормативные предписания». На наш взгляд, придание распоряжению нормативно-правовой составляющей еще более отдаляет его от правоотношений, возникающих в связи с проведением конкретного ОРМ. Связывать проведение гласного обследования с документом, не имеющим прямого отношения к ОРМ и не упоминаемым в Законе об ОРД, по нашему мнению, нецелесообразно.

Более того, согласно Приказу МВД № 249 распоряжение предъявляется физическому лицу или представителю юридического лица, которые должны в нем расписаться. Возможность фиксации отказа от данной подписи в приказе не оговаривается. Кроме того, не предусмотрена возможность проведения мероприятий без участия соответствующих лиц или их представителей. При этом не учитывается положение ч. 1 ст. 17 Закона об ОРД, согласно которому отдельные лица могут привлекаться к проведению ОРМ только с их согласия. При полном отсутствии механизма соответствующего принуждения соблюдение этого условия выглядит достаточно проблематичным, не говоря уже о том, что часто установить фактического собственника обследуемого объекта невозможно по объективным

¹ См.: Рос. газ. 2010. 7 июля.

² См.: Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации [Электронный ресурс]: постановление Правительства РФ от 13 авг. 1997 г. № 1009. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

причинам (предприятие зарегистрировано на умерших лиц либо владельцы находятся в неустановленном месте).

Отдельного внимания заслуживает цель проведения гласного обследования. Согласно положениям Приказа МВД № 249 гласное обследование проводилось в случае, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Иными словами, цель обследования – это получение достаточных данных для принятия конкретного уголовно-процессуального решения. Таким образом, в целях установления места нахождения разыскиваемых лиц, имущества, а также в других целях гласное обследование проводиться не может. Приказ МВД № 249 фактически исключает возможность проведения гласного обследования после возбуждения уголовного дела и в ряде других случаев, прямо предусмотренных ст. 7 Закона об ОРД.

Не соответствует требованиям закона и привязка проведения гласного обследования в ночное время лишь к случаям, которые не терпят отлагательства и могут привести к сокрытию фактов преступной деятельности, а также при наличии данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу экономической или экологической безопасности Российской Федерации. Полагаем, что если проводимое гласное обследование не ограничивает охраняемые законом права, то оно может и должно проводиться вне зависимости от времени суток. Кроме того, в рассматриваемом приказе наблюдается несколько иной подход к пониманию случаев, которые не терпят отлагательства. Часть 3 ст. 8 Закона об ОРД такие случаи связывает только с возможностью совершения тяжкого или особо тяжкого преступления. Отнесение к таким случаям сокрытия фактов преступной деятельности следует расценивать как существенное расширение правила, установленного в Законе об ОРД.

В новой инструкции, утвержденной Приказом МВД № 199, некоторые из описанных нами недостатков устранены. Упразднена цель мероприятия, упрощена процедура ведомственного санкционирования и т.д.

Приведенные выше примеры расхождения ведомственных нормативных актов с Законом об ОРД и Конституцией РФ позволяют усомниться в законности введения субъектами ведомственного нормотворчества в правоприменительную практику дополнительных, не предусмотренных федеральным законодательством условий проведения ОРМ.

В связи с этим представляет определенную ценность позиция В.И. Михайлова и А.В. Федорова, которые под условиями проведения ОРМ понимают закрепленную в ст. 8 Закона об ОРД совокупность принципов и правил¹, а также С.И. Захарцева, утверждающего, что условия проведения ОРМ предусмотрены ст. 8 Закона об ОРД, их перечень является исчерпывающим и не может быть произвольно дополнен органом, осу-

¹ См.: Михайлов В.И., Федоров А.В. Таможенные преступления: уголовно-правовой анализ и общие вопросы оперативно-розыскной деятельности / под ред. А.В. Федорова. СПб., 1999. С. 187.

ществляющим ОРД¹. К сожалению, нам не удалось найти работы указанных авторов, содержащие аргументацию данных позиций. Полагаем, что если условия проведения ОРМ определены в федеральном законе, то их перечень может быть изменен только федеральным законом. Ограничиваться ст. 8 Закона об ОРД не следует, поскольку в других статьях того же закона имеются нормы, которые, по сути, являются условиями проведения ОРМ. Анализ ст. 4 Закона об ОРД и ч. 4 ст. 15 Конституции РФ позволяет сделать вывод о том, что условия проведения ОРМ могут содержаться только в подписанных и ратифицированных Российской Федерацией нормами международного права, Конституции РФ, Законе об ОРД и других федеральных и приравненных к ним законах Российской Федерации.

Широкий подход к пониманию условий проведения ОРМ, на наш взгляд, обусловлен не совсем правильным толкованием положения ч. 2 ст. 4 Закона об ОРД, дающего право органам, осуществляющим ОРД, издавать в пределах своих полномочий в соответствии с законодательством Российской Федерации нормативные акты, регламентирующие организацию и тактику проведения ОРМ. Под организацией проведения ОРМ понимают вид управленческой деятельности по осуществлению комплекса мер, направленных на подготовку и проведение конкретного ОРМ, на основе планирования, контроля за исполнением и анализа итогов деятельности. Под тактикой проведения ОРМ понимают способы и приемы осуществления ОРМ, направленных на наиболее эффективное решение конкретных задач ОРД².

По нашему мнению, при определении организации и тактики необходимо руководствоваться условиями проведения ОРМ, установленными Законом об ОРД, другими федеральными законами, Конституцией РФ и соответствующими нормами международного права. Установленные законами условия проведения ОРМ определяют последующую организацию и тактику их проведения. Определяемые ведомственными нормативными актами правила по организации и тактике проведения ОРМ должны быть нацелены на повышение эффективности проводимого мероприятия и не ставить под сомнение возможность проведения ОРМ как такового. Правила, регулирующие организацию и тактику проведения ОРМ, не могут и не должны называться условиями проведения ОРМ. Их так и следует называть – правилами организационно-тактического характера. Соблюдение таких правил должно обеспечивать успешное проведение мероприятий. Они ни в коем случае не должны противоречить условиям проведения ОРМ.

Существующий на сегодняшний день широкий подход к пониманию условий проведения ОРМ привел к тому, что одни и те же правоотношения

¹ См.: Захарцев С.И. Указ. соч. С. 72.

² См.: Буряков Е.В. Научно-практический комментарий Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» [Электронный ресурс] / под ред. И.Н. Зубова и В.В. Николюка. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

одновременно регулируются несколькими противоречащими друг другу нормативными актами. Такую ситуацию принято называть юридической коллизией¹. С учетом того, что коллизия происходит между законами и подзаконными актами, она разрешается в пользу законов, поскольку они обладают верховенством и высшей юридической силой². Широкий подход к пониманию условий проведения ОРМ, в частности гласного обследования, приведет к тому, что органы, осуществляющие ОРД, установят свои ведомственные условия проведения ОРМ. Это отнюдь не будет способствовать формированию единой правоприменительной практики и может привести к неправильному восприятию гражданами осуществляемых действий.

В связи с этим в целях совершенствования правового регулирования гласного обследования необходимо исключить из ведомственных нормативных актов не предусмотренные федеральными законами условия проведения ОРМ. До приведения ведомственных нормативных актов в соответствие с законами они могут применяться лишь в части, им не противоречащей.

В целях совершенствования правового регулирования ОРД считаем необходимым формирование принципа недопустимости регулирования условий проведения ОРМ органами, осуществляющими ОРД, что позволит отграничить предусмотренные в законах условия проведения ОРМ от инструкций по организации и тактике их проведения.

Следующим, на наш взгляд, вопросом, заслуживающим особого внимания в рамках настоящего исследования, является проведение гласного обследования жилища в случаях, которые не терпят отлагательства. Часть 3 ст. 8 Закона об ОРД предоставляет право органам, осуществляющим ОРД, проводить ОРМ, ограничивающие конституционные права человека и гражданина на неприкосновенность жилища, без судебного решения в случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого или особо тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

Однако оперативными подразделениями гласные обследования жилища против воли проживающих в нем лиц в случаях, которые не терпят отлагательства, не проводятся. В ходе изучения деятельности оперативных подразделений нам не удалось найти ни одного факта проведения такого мероприятия. По нашему мнению, причиной отсутствия правоприменительной практики является заложенный в Законе об ОРД механизм проведения таких мероприятий. Для их проведения выносится мотивированное постановление одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД.

¹ См.: Морозова Л.А. Указ. соч. С. 290.

² См.: Общая теория государства и права: академический курс: в 3 т. / отв. ред. М.Н. Марченко. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2007. Т. 2: Право. С. 753-754.

Вынесение такого постановления предусматривает существенные временные затраты. Это является не чем иным, как промедлением в проведении мероприятия, что, по нашему мнению, противоречит смыслу безотлагательности его проведения. Если у сотрудника оперативного подразделения имеется время на обращение к соответствующему руководителю, у руководителя имеется время на изучение сложившейся ситуации, принятие решения и оформление мотивированного постановления, то тогда возникает вопрос: насколько проведение ОРМ является неотложным? Следовательно, появляются сомнения в законности и обоснованности гласного обследования жилища как неотложного ОРМ, проводимого без судебного решения, что во взаимосвязи с ч. 3 ст. 14 УПК РФ, предусматривающей толкование всех сомнений в пользу обвиняемого, может быть воспринято как необоснованно проведенное ОРМ с соответствующими правовыми последствиями.

Таким образом, существующий на сегодняшний день порядок проведения гласного обследования жилища в случаях, которые не терпят отлагательства, фактически не урегулирован, что, по нашему мнению, и является причиной отсутствия практики его проведения.

Гласное обследование жилища против воли проживающих в нем лиц ограничивает предусмотренное ст. 25 Конституции РФ право на неприкосновенность жилища. Данное право может быть ограничено также и в случаях, установленных другими федеральными законами. Одним из таких законодательных актов является УПК РФ. В нем имеется отлаженный и достаточно широко применяемый на практике механизм ограничения данного права, в том числе и в случаях, которые не терпят отлагательства. С учетом близости регулируемых правоотношений считаем полезным изучение и анализ механизма ограничения данного конституционного права в уголовном процессе.

Часть 5 ст. 165 УПК РФ предусматривает порядок производства в жилище осмотра, обыска, выемки в случаях, которые не терпят отлагательства, на основании постановления следователя или дознавателя без предварительного получения на то судебного решения. В данном случае следователь или дознаватель в течение 24 часов с момента начала производства следственного действия уведомляет судью и прокурора о производстве следственного действия. К уведомлению прилагаются копии постановления о производстве следственного действия и протокола следственного действия для проверки законности решения о его производстве. Получив указанное уведомление, судья в течение 24 часов с момента его поступления проверяет законность произведенного следственного действия и выносит постановление о его законности или незаконности. В случае, если судья признает произведенное следственное действие незаконным, все доказательства, полученные в ходе такого следственного действия, признаются недопустимыми.

Таким образом, в уголовно-процессуальном законодательстве должностное лицо органа предварительного расследования, в компетенции ко-

того находится принятие решения о производстве следственных действий в случаях, которые не терпят отлагательства, имеет возможность ограничить право на неприкосновенность жилища без предварительного согласования с вышестоящим должностным лицом (начальником следственного органа или прокурором) и без судебного решения.

Анализ ч. 5 ст. 165 УПК РФ позволяет сделать вывод о том, что законодатель, понимая экстренность ситуации, связанную с необходимостью производства неотложных следственных действий, предоставляет лицу, к компетенции которого относится принятие решения о проведении следственного действия (следователю или дознавателю), специальные (дополнительные) полномочия, которых у последнего нет в обычных условиях. Данное лицо получает возможность ограничивать право на неприкосновенность жилища при наличии предусмотренных на то оснований и в соответствии со своим внутренним убеждением. Иными словами, в случае необходимости принятия экстренных мер, направленных на защиту от преступных посягательств, законодатель сознательно повышает полномочия должностного лица.

Аналогичная ситуация предусмотрена и в оперативно-розыскном праве, где так же, как и в уголовном процессе, существует два варианта ограничения конституционных прав граждан: в обычном порядке и в случаях, которые не терпят отлагательства. При возникновении последних допускается проведение ОРМ без судебного решения. Однако должностное лицо, в компетенции которого находится принятие решения о проведении ОРМ (в подавляющем большинстве случаев это сотрудник оперативного подразделения), может провести обследование жилища против воли проживающих в нем лиц, но только после вынесения постановления соответствующим руководителем.

Законодатель в ч. 5 ст. 165 УПК РФ и в ч. 3 ст. 8 Закона об ОРД использует одинаковую терминологию «случаи, которые не терпят отлагательства». Согласно Толковому словарю русского языка «отлагательство – перенесение на более поздний срок, отсрочка»¹, следовательно, словосочетание «случаи, не терпящие отлагательства» следует понимать как «случаи, не терпящие переноса на более поздний срок», другими словами, промедление может привести к наступлению неблагоприятных последствий. Именно для недопущения таких последствий применяются соответствующие меры. На наш взгляд, это относится как к следственным действиям, так и к ОРМ.

О необходимости применения аналогии с ч. 5 ст. 165 УПК РФ ранее указывал А.Е. Чечетин. Он предлагал использовать в ОРД порядок действий судьи по поступившему уведомлению о проведенных ОРМ, принимаемым судом решениям². Полностью разделяя позицию А.Е. Чечетина,

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 464.

² См.: Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности. С. 168.

заметим, что эти предложения были направлены на устранение существующего пробела в Законе об ОРД, в котором нет упоминания о действиях судьи по поступившему уведомлению.

С учетом того, что при производстве в жилище осмотра, обыска, выемки и обследования происходит ограничение одного и того же конституционного права и это ограничение происходит в идентичных ситуациях (в случаях, которые не терпят отлагательства), не должно быть принципиальных расхождений по вопросам порядка ограничения данного права и компетенции должностных лиц, его ограничивающих. В связи с этим следует проводить аналогию не только по порядку уведомления суда и дальнейшим действиям судьи, но и по механизму самого ограничения права на неприкосновенность жилища и компетенции должностных лиц, ограничивающих его.

По установленным УПК РФ правилам лицо, уполномоченное на принятие решения о проведении неотложного следственного действия, ограничивающего конституционное право на неприкосновенность жилища, не согласовывает это решение ни с начальником следственного органа, ни с прокурором. Указанные лица принимают участие в процедуре получения судебного решения.

Полагаем целесообразным применение данных правил при проведении гласного обследования жилища в случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого и особо тяжкого преступления. Необходимо предоставить право вынесения постановления о производстве гласного обследования жилища лицу, в компетенции которого находится принятие решения о необходимости его проведения, т.е. сотруднику оперативного подразделения – оперуполномоченному. Так, 92,8 % опрошенных нами сотрудников оперативных подразделений считают, что решение о проведении гласного обследования жилища принимается не руководителями, а именно сотрудниками оперативных подразделений.

Выводы о необходимости делегирования полномочий на вынесение постановления о проведении гласного обследования жилища в случаях, которые не терпят отлагательства, от руководителя к сотруднику оперативного подразделения, непосредственно его проводящему, подтверждаются и анализом п. 18 ч. 1 ст. 11 Закона «О милиции», в соответствии с которым сотрудники милиции имели право беспрепятственно в жилые помещения, осматривать их при преследовании лиц, подозреваемых в совершении преступлений, либо при наличии достаточных данных полагать, что там совершено или совершается преступление, произошел несчастный случай, а также для обеспечения личной безопасности граждан и общественной безопасности при стихийных бедствиях, катастрофах, авариях, эпидемиях, эпизоотиях и массовых беспорядках. В Федеральном законе «О полиции» эта норма закреплена в отдельной статье, достаточно подробно регламентирующей право проникновения в жилище, в том числе и в случаях, установленных федеральными законами. Одним из таких за-

конодательных актов, по нашему мнению, является Закон об ОРД. Согласимся с позицией В.А. Литвинова, полагающего, что сотрудники оперативных подразделений, используя предусмотренное Законом «О милиции» право беспрепятственно входить и осматривать помещения, проводили в указанных случаях не что иное, как обследование (Литвинов В.А., 2002).

Отметим, что в соответствии с Законом «О милиции» должностное лицо имело право, а по Федеральному закону «О полиции» – правомочно и в настоящее время ограничивать конституционное право на неприкосновенность жилища без предварительного оформления каких-либо документов.

На сегодняшний день сотрудники оперативных подразделений, являющиеся полицейскими, имеют право входить в жилые помещения в случаях, предусмотренных законом и в соответствии со своим собственным решением, а проводить там гласное обследование могут только после вынесения руководителем соответствующего постановления, что, по нашему мнению, несколько противоречит здравому смыслу и подлежит корректировке.

Также следует обратить внимание на то, что в ч. 5 ст. 165 УПК РФ не дается определение «случаев, которые не терпят отлагательства» и не содержится норм, вводящих ограничения, связанные с проведением следственных действий. На практике и в теории уголовного процесса это позволяет расценивать достаточно большое количество случаев как не терпящих отлагательства. Так, А.С. Шейфер считает, что неотложные следственные действия должны проводиться не только для пресечения преступлений, но и для недопущения возможности утраты разыскиваемых объектов и следов¹.

В Законе об ОРД, в отличие от УПК РФ, введены достаточно существенные ограничения, допускающие проведение ОРМ в случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого и особо тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации. Такие требования Закона об ОРД существенно понижают количество ситуаций, в которых могут проводиться ОРМ, ограничивающие конституционные права граждан в случаях, не терпящих отлагательства.

По мнению Е.С. Дубоносова, такие ситуации возникают при поступлении информации о подготавливаемом либо замышляемом преступлении, требующей неотложного реагирования, когда неприменение либо несвоевременное применение ОРМ позволит подозреваемым совершить тяжкое и особо тяжкое преступление². Соглашаясь с позицией данного автора в целом, считаем нецелесообразным использовать термин «подозреваемые»,

¹ См.: Шейфер А.С. Уголовный процесс Российской Федерации: учебник / отв. ред. А.П. Кругликов. М., 2009. С. 381.

² См.: Дубоносов Е.С. Указ. соч. С. 194-195.

поскольку он наделен определенным уголовно-процессуальным смыслом, а преступления могут готовиться и лицами, не имеющими данного уголовно-процессуального статуса.

Устанавливая ограничения, законодатель ведет речь о недопущении в будущем тяжкого и особо тяжкого преступления, но при этом как бы «выпадают» непосредственно совершаемые преступления той же самой категории, которые могут быть пресечены проведением мероприятия. Гласное обследование, в отличие от негласных ОРМ, является мероприятием, которое может пресечь совершаемое преступление, поэтому необходимо, на наш взгляд, предоставить право в случаях, которые не терпят отлагательства, проводить гласное обследование жилища, в том числе и для пресечения совершаемых тяжких и особо тяжких преступлений.

Предоставляя право оперуполномоченному на основании собственного решения, оформленного постановлением, ограничивать конституционное право граждан, необходимо обеспечить соответствующую процедуру последующего контроля принятого им решения и проведенных действий.

Далее рассмотрим особенности проведения гласного обследования, сопряженного с ограничением прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Несмотря на то, что в Законе об ОРД вопросы проведения ОРМ, ограничивающих права указанных субъектов правоотношений, никак не регулируются, объективно происходит вторжение в охраняемые законом права. Гласное обследование является одним из ОРМ, которые могут ограничивать права указанных субъектов, следовательно, возникающие при этом правоотношения нуждаются в более тщательном регулировании.

При проведении гласного обследования периодически возникает необходимость в изъятии документов и иных носителей информации, содержащих коммерческую и иную охраняемую законом тайну (далее – документы, содержащие тайну). Закон об ОРД не регламентирует порядок и условия изъятия таких документов, что создает определенные трудности в правоприменительной практике¹. Эта проблема наиболее осязательна в рамках деятельности подразделений по борьбе с экономическими и налоговыми преступлениями², которые, лишь изъяв и изучив соответствующие документы, могут получить достаточные для возбуждения уголовного дела основания.

¹ См.: Бражников Д.А., Ходасевич О.Н. Криминологическая характеристика автотранспортных преступлений и меры по их предупреждению: монография. Челябинск, 2008. 163 с.; Алгазин И.И., Бражников Д.А., Сыпачев А.Ю. Особенности расследования краж сельскохозяйственных животных: учеб. пособие. Тюмень, 2010. 108 с.; Серов А.В. Оперативно-розыскная характеристика убийств новорожденных // Вестник Волгоградской академии МВД России. 2015. № 1 (32). С. 124-130.

² См.: Павличенко Н.В. Новая уголовная политика в сфере борьбы с экономическими преступлениями сквозь призму оперативно-розыскной деятельности // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2013. № 1 (23). С. 62-66.

Отсутствие в ОРД юридически закрепленного порядка изъятия документов, содержащих охраняемую законом тайну, может быть связано с невозможностью осуществления таких действий при проведении ОРМ. По нашему мнению, данное предположение является несостоятельным, поскольку в ОРД имеется возможность ограничения в большей степени охраняемых (конституционных) прав граждан.

Порядок изъятия документов, содержащих тайну, предусмотрен в ст.ст. 29, 182, 185 УПК РФ. Анализ перечисленных статей свидетельствует о необходимости получения судебного разрешения. Полагаем, что в указанных статьях законодатель сформулировал общее правило ограничения охраняемых тайн, связанное с изъятием документов, их содержащих. Это правило следует применять при осуществлении всех видов деятельности, в том числе ОРД.

Отсутствие в ОРД нормативного регулирования порядка изъятия документов, содержащих охраняемую законом тайну, является частным случаем «пробельности» процессуальной нормы российского законодательства: несогласованность законов, охраняющих различные тайны, с Законом об ОРД привела к появлению пробела в оперативно-розыскном праве.

В общей теории права существует два самостоятельных способа устранения обнаруженных пробелов: восполнение, т.е. принятие законов, устраняющих пробел, и преодоление, т.е. применение аналогии закона или права¹.

До принятия законов, восполняющих пробел в праве, правоприменителю необходимо руководствоваться имеющейся нормативно-правовой базой. Единственным возможным выходом из сложившейся ситуации является применение аналогии закона или аналогии права. К сожалению, нам не удалось найти в научной литературе указания на позиции ученых относительно преодоления пробелов в оперативно-розыскном праве, хотя о допустимости или недопустимости применения аналогии в отраслях российского права в юридической литературе все-таки упоминается. Одни авторы полагают, что отсутствие в законе запрета на использование аналогии означает допустимость ее применения², другие допускают применение аналогии только при наличии в законе соответствующей разрешающей нормы³.

Ни одним законодательным актом не запрещено применение процессуальной нормы по аналогии в случае отсутствия нормы, прямо устанавливающей порядок действия государственного органа в конкретных об-

¹ См.: Общая теория государства и права: академический курс: в 3 т. / отв. ред. М.Н. Марченко. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2007. Т. 2: Право. С. 727.

² См.: Курс уголовного судопроизводства: учебник: в 3 т. Т. 1: Общие условия уголовного судопроизводства / под ред. В.А. Михайлова. М.: Московский психолого-социальный ин-т; Воронеж, 2006. С. 175.

³ См.: Добровольская Т.Н., Каминская В.И. Новое исследование по теории уголовно-процессуального права // Советское государство и право. 1969. № 1. С. 158.

стоятельствах¹. Мы разделяем точку зрения ученых, в соответствии с которой в самом праве должны существовать такие внутренние механизмы, которые давали бы возможность «смягчить» в том или ином конкретном случае просчеты законодателя, обеспечить действие юридических норм в соответствии с требованиями развивающихся общественных отношений². Аналогия не является аномальной формой (стадией) реализации права, а представляет собой вполне естественный юридический инструмент права, обеспечивающий его функционирование как динамической и самонастраивающейся системы³.

В любой процессуальной отрасли права в большей степени должно быть уделено внимание вопросам восполнения пробелов, причем не путем правотворчества, а за счет использования в процессе применения права особых инструментов⁴. Таким инструментом может и должна являться аналогия. Первым шагом на пути преодоления пробела в оперативно-розыскном праве является поиск норм закона, регулирующих схожие отношения. Такие нормы имеются в ст.ст. 8 и 9 Закона об ОРД. Часть 2 ст. 8 указанного закона предусматривает наличие судебного решения для ограничения некоторых конституционных прав. Статья 9 Закона об ОРД содержит порядок получения такого судебного решения. Использование механизма ограничения более охраняемого права применительно к менее охраняемому будет являться дополнительной гарантией соблюдения законности при осуществлении ОРД. Отыскав такую норму, необходимо проверить сложившуюся ситуацию на предмет соответствия предъявляемым к аналогии требованиям.

Наукой выработан ряд требований, учитываемых при использовании аналогии:

- 1) отношения, не урегулированные правом, должны находиться в сфере правового регулирования;
- 2) применение права по аналогии возможно лишь в тех отраслях, где это не запрещено законом или иным нормативным актом;
- 3) правомерная деятельность не должна противоречить принципам и общему смыслу права;
- 4) решение дел по аналогии не должно ущемлять интересов граждан, общества, общественных объединений;
- 5) решение дела по аналогии должно основываться на учете других, близких по смыслу норм, институтов и отраслей, а также существующей юридической практики;

¹ См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве. Казань, 1969. С. 64.

² См.: Алексеев С.С. Общая теория права: в 2 т. М.: Юрид. лит., 1982. Т. 1. С. 331.

³ См.: Фидаров В.В. О допустимости использования института аналогии закона и аналогии права в различных формах реализации права // Юридическое образование и наука. 2007. № 3. С. 41-43.

⁴ См.: Бахта А.С. Аналогия закона и аналогия права как способы восполнения пробелов при применении норм уголовно-процессуального права // Российский следователь. 2011. № 1. С. 8.

б) при решении дела по аналогии закона сходство фактических обстоятельств, предусмотренных правом, должно быть установлено в существенных признаках¹.

Проанализировав рассматриваемый пробел в оперативно-розыскном праве и положения ч. 2 ст. 8 и ст. 9 Закона об ОРД, мы приходим к выводу о полном соответствии рассматриваемой правовой ситуации приведенным выше требованиям, а следовательно, о необходимости применения аналогии закона для его преодоления.

Таким образом, изъятие документов, содержащих тайну, должно осуществляться при наличии судебного решения, получаемого в порядке, установленном ст. 9 Закона об ОРД. Отличительной особенностью будет являться лишь использование ссылки на конкретный охраняющий тайну закон при ходатайстве о получении судебного решения и в самом решении.

Приведенная выше позиция относительно применения аналогии только в случаях, когда это предусмотрено в законе, также имеет особое значение. В пункте 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД содержится положение, согласно которому «в случае изъятия документов, предметов, материалов при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий составляется протокол в соответствии с требованиями Уголовно-процессуального кодекса». Иными словами, законодатель прямо указал на необходимость использования норм УПК РФ при регулировании правоотношений в ходе осуществления ОРД. По нашему мнению, это содержащееся в законе, пусть и не явное, указание на необходимость применения аналогии в ОРД.

Таким образом, использование аналогии закона как средства преодоления пробела в оперативно-розыскном праве является правомерным и необходимым при решении задач, стоящих перед органами, осуществляющими ОРД. Использование аналогии процессуальной нормы Закона об ОРД допустимо не только для получения судебного разрешения на изъятие документов, содержащих тайну, но и для преодоления любого иного пробела процессуальной нормы.

Применение аналогии решает проблему лишь отчасти. Полностью она будет решена путем внесения в законодательство соответствующих изменений. Исследовавший эту проблему И.Н. Железняк предлагал для повышения эффективности деятельности оперативных подразделений, соблюдая баланс интереса общества и личности в борьбе с преступностью, распространить процедуру получения судебного разрешения на ОРМ «Наведение справок» в случае, если оно будет затрагивать неприкосновенность банковской тайны, врачебной тайны, тайны нотариальных действий². Разделяя высказанную позицию в целом, полагаем, что есть необходи-

¹ См.: Общая теория государства и права: академический курс: в 3 т. / отв. ред. М.Н. Марченко. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2007. Т. 2: Право. С. 729.

² См.: Железняк И.Н. Полномочия субъектов оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2008. С. 8.

мость в ее дальнейшем совершенствовании. Наведение справок является не единственным ОРМ, при котором могут ограничиваться охраняемые законом тайны. Такое ограничение возможно при обследовании, а также других ОРМ. Приведенный список тайн также нельзя назвать исчерпывающим. Российское законодательство насчитывает более 40 видов различных тайн¹, практически все они в той или иной мере могут ограничиваться при проведении ОРМ.

С учетом множества тайн и подходов к их защите существуют и различные требования к изъятию документов, их содержащих. При этом для некоторых видов тайн, не вошедших в ч. 2 ст. 8 Закона об ОРД, другими законами предусматривается возможность изъятия документов, их содержащих, при наличии соответствующего решения суда. Порядок получения такого решения также необходимо законодательно закрепить. Исходя из изложенного выше, считаем необходимым для устранения описанной проблемы внести в ст. 8 Закона об ОРД дополнительный пункт: «Проведение оперативно-розыскных мероприятий, в ходе которых изымаются документы, предметы, материалы и сообщения, содержащие охраняемую законом тайну, для изъятия которых необходимо судебное решение, допускается по решению, получаемому в порядке, предусмотренном ст. 9 Закона об ОРД».

В ходе проведенного нами исследования выявлен достаточно интересный факт: наблюдается различная практика проведения гласного обследования. Существенная разница в проведении гласного обследования, особенно когда речь заходит о жилище, может иметь место даже в соседних районах одного субъекта Российской Федерации. Полагаем, что в основе такого явления лежит укрепление в качестве источника современного российского права судебной практики и правовых обычаев². Указанные источники права формируются под влиянием правоприменителей: судей, прокуроров, лиц, осуществляющих расследование и ОРД. Некоторые из них не признают возможность проведения гласного обследования против воли собственников обследуемых объектов и других лиц, что, по нашему мнению, и является основной причиной отсутствия практики таких обследований. В целях совершенствования деятельности оперативных подразделений назрела необходимость в издании нового приказа, утверждающего инструкцию о порядке проведения гласного обследования, в которой будут учтены рассматриваемые в настоящем исследовании вопросы.

Итак, проведенный нами анализ проблем правового регулирования исследуемого ОРМ показал следующее:

1. Имеется необходимость в предоставлении права проведения гласного обследования жилища в случаях, которые не терпят отлагательства,

¹ См.: Лопатин Н.В. Правовая охрана и защита служебной тайны // Государство и право. 2000. № 6. С. 85.

² См.: Мицкевич А.В. Другие источники российского права // Общая теория государства и права: академический курс: в 3 т. / отв. ред. М.Н. Марченко. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2007. Т. 2: Право. С. 284-285.

на основании мотивированного постановления сотрудника оперативного подразделения.

2. Условия проведения гласного обследования не могут закрепляться в ведомственных нормативных актах. Органы, осуществляющие ОРД, устанавливают правила по организации и тактике проведения гласного обследования, направленные на повышение эффективности деятельности оперативных подразделений. Такие правила в принципе не могут противоречить предусмотренным в федеральном законодательстве условиям проведения ОРМ. До приведения ведомственных нормативных актов в соответствие с федеральным законодательством они могут применяться лишь в части, им не противоречащей. В целях совершенствования правового регулирования ОРД необходимо формирование принципа недопустимости регулирования условий проведения ОРМ органами, осуществляющими ОРД, что позволит отграничить предусмотренные в законах условия проведения ОРМ от инструкций по организации и тактике их проведения.

3. При проведении гласных ОРМ, если при этом происходит существенное ограничение охраняемых законом прав, необходимо разъяснять гражданам основания и повод такого ограничения, предоставив при этом возможность ознакомления с соответствующими разрешительными документами, если механизм ограничения прав предусматривает их составление.

4. Необходимо издание на подзаконном уровне несекретного нормативного правового акта МВД России, в котором должны быть закреплены основные положения порядка проведения гласных ОРМ в целом и каждого из них в отдельности. В качестве основных положений нужно предусмотреть следующее:

4.1. В органах внутренних дел оперативным подразделением является полиция.

4.2. Должностные лица органов внутренних дел, имеющие специальные звания полиции, проводят ОРМ посредством личного участия в их организации и проведении.

4.3. Руководителями органа, осуществляющего ОРД, правомочными на вынесение постановлений, предусмотренных ч. 2 ст. 9 Закона об ОРД, являются начальники отделов (управлений, главных управлений) внутренних дел и их заместители – начальники полиции.

4.4. При проведении гласных ОРМ, если при этом происходит существенное ограничение охраняемых законом прав, необходимо разъяснить гражданам основания и повод такого ограничения, предоставив при этом возможность ознакомления с соответствующими разрешительными документами, если механизм ограничения прав предусматривает их составление.

4.5. Применительно к гласному обследованию необходимо предусмотреть, что гласное обследование жилища может производиться с согласия проживающих в нем лиц. Сроки проведения, а также иные обстоятельства мероприятия определяются указанными лицами. При наличии осно-

ваний полагать, что согласие получено не будет, или при неполучении такого согласия обследование может проводиться по решению суда, а в случаях, которые не терпят отлагательства, – по соответствующему постановлению должностного лица.

5. На законодательном уровне необходимо:

5.1. Часть 3 ст. 8 дополнить предложением: «В исключительных случаях гласное обследование жилища может проводиться в целях пресечения совершаемого тяжкого или особо тяжкого преступления».

5.2. Статью 8 Закона об ОРД дополнить пунктом следующего содержания: «Проведение оперативно-розыскных мероприятий, в ходе которых изымаются документы, предметы, материалы и сообщения, содержащие охраняемую законом тайну, для изъятия которых необходимо судебное решение, допускается по решению, получаемому в порядке, предусмотренном ст. 9 настоящего Федерального закона».

**ГЛАВА II. Проведение, оформление и использование
результатов гласного обследования помещений, зданий,
сооружений, участков местности и транспортных средств
в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел
и судебный контроль за ним**

**§ 1. Организация и тактика гласного обследования помещений,
зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств
в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел**

Часть 2 ст. 4 Закона об ОРД закрепляет право органов, осуществляющих ОРД, издавать в пределах своих полномочий нормативные акты, регламентирующие организацию и тактику проведения ОРМ. Из этого следует, что исследование вопросов по организации и тактике проведения ОРМ является задачей ведомственной науки МВД России в целом и нашего исследования в частности.

В настоящем параграфе мы определим и рассмотрим этапы и элементы проведения гласного обследования, изучим проблему подмены следственных действий гласным обследованием.

Тактика проведения гласного обследования во многом обусловлена его организацией. В юридической литературе под организацией проведения ОРМ понимают вид управленческой деятельности по осуществлению комплекса мер, направленных на подготовку и проведение конкретного ОРМ, на основе планирования, контроля за исполнением и анализа итогов деятельности. Под тактикой проведения ОРМ понимают способы и приемы осуществления ОРМ, направленных на наиболее эффективное решение конкретных задач ОРД¹. В рассмотренном нами ранее приказе МВД России от 30 марта 2010 г. № 249 вообще не используются термины «организация» и «тактика», в данном нормативном правовом акте идет речь лишь о деятельности оперативных подразделений по проведению гласного обследования.

По общему принципу систематизации выделяют три этапа проведения обследования: подготовительный, исполнительный, использование полученных результатов. На наш взгляд, использование полученного результата может находиться за пределами проведения конкретного ОРМ, кроме того, далеко не все обследования имеют значимый результат, который можно было бы в дальнейшем использовать. По нашему мнению, гласное обследование имеет два самостоятельных этапа: «подготовительный» и «основной». Полагаем, что подготовительный этап обследования начинается с момента принятия решения о проведении мероприятия и продолжается до прибытия сотрудников оперативного подразделения на обследуемый объект и фактического начала осуществления поисковых действий.

¹ См.: Буряков Е.В. Указ. соч.

Остановимся подробнее лишь на обязательных и поэтому наиболее значимых, с нашей точки зрения, элементах. В первую очередь должен быть произведен анализ возникшей оперативно-тактической ситуации, т.е. условий, в которых будет осуществляться ОРМ, цели обследования и возможности ее достижения. Полученные результаты анализа во многом определяют остальные подготовительные действия и последующую тактику.

При анализе необходимо учитывать:

– объект обследования: размеры, техническую и физическую защищенность, наличие на нем лиц, причастных к преступной деятельности, и посторонних;

– лиц, имеющих отношение к преступной деятельности либо к обследуемому объекту, которые могут оказать противодействие или содействие в проведении мероприятия;

– цели проводимого мероприятия.

Анализ возникшей оперативно-тактической ситуации¹ должен заканчиваться принятием решения о целесообразности проведения обследования. Подготовительный этап позволяет определить, к какому из ранее обозначенных нами видов гласного обследования относится мероприятие, – простому, сложному или особо сложному. Таким образом, рассмотренный нами анализ является обязательным элементом организации гласного обследования.

Следующим обязательным элементом организации является планирование, под которым понимается мыслительная деятельность должностного лица органа, осуществляющего ОРД, состоящая в определении алгоритма действий, направленных на достижение целей гласного обследования. Замышляемые действия находятся в прямой корреляции с видом гласного обследования и сложностью предстоящего мероприятия.

Ученые, исследовавшие организацию и тактику обследования, высказывали мнение об обязательности составления письменного плана, если при этом ограничиваются конституционные права граждан (Литвинов В.А., 2005). Однако в ходе изучения материалов дел оперативного учета нам не удалось обнаружить ни одного письменного плана проведения гласного ОРМ. 18,3 % интервьюированных нами сотрудников оперативных подразделений заявили о принципиальной ненужности документально зафиксированного планирования гласного обследования, 81,7 % считают письменное планирование необязательным, но оно может иметь место – на усмотрение сотрудника, проводящего обследование, или его начальника.

Мы полагаем, что письменный план необходим для координации действий должностных лиц органа, осуществляющего ОРД, и иных участников ОРМ в целях оптимизации проведения гласного обследования. По

¹См.: Щукин А.М., Бражников Д.А. О некоторых проблемах выявления и раскрытия преступлений, связанных с организацией либо содержанием притонов и склонением к потреблению наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2013. № 3 (25). С. 73-82.

нашему мнению, именно объективная возможность координации действий без составления письменного документа привела к тому, что в деятельности оперативных подразделений документально зафиксированное планирование гласного обследования не находит применения. Поскольку организация и тактика определяются сотрудником оперативного подразделения, то и принятие решения о письменном планировании также необходимо относить к его компетенции.

На наш взгляд, мыслительная деятельность сотрудника оперативного подразделения по определению алгоритма действий в ходе предстоящего гласного обследования, как правило, не должна заканчиваться составлением письменных планов, т.к. это может привести к необоснованному увеличению оперативно-розыскного документооборота и потере мобильности, присущей ОРД. Составление письменных планов не может находиться в зависимости от возможности ограничения конституционных прав граждан, она должна определяться необходимостью координации действий субъектов и участников обследования преимущественно в особо сложном виде гласного обследования. При этом определяющим фактором при принятии решения о составлении письменного плана является объективная невозможность координации действий обозначенных нами лиц без его составления и утверждения соответствующим руководителем.

Особо сложным обследованием следует считать проведение мероприятий на объектах с повышенной защищенностью, под которой мы понимаем оборудование объектов техническими средствами защиты¹, наличие лиц, которые с высокой долей вероятности могут оказать физическое противодействие проводимому мероприятию. Такое обследование, как правило, должно быть заранее письменно запланировано, при этом должен производиться расчет сил и средств.

Рассмотрим особенности некоторых элементов подготовительного этапа гласного обследования:

1. Оформление пакета соответствующих документов включает в себя два основных момента: подготовку «распоряжения», а в случае обследования жилища, проводимого без согласия проживающих там лиц, – «получение разрешающего решения суда».

2. Инструктаж лиц, осуществляющих поисковую деятельность, должен быть направлен на формирование представления об искомых предметах, материалах и т.д., а также о действиях, необходимых для их обнаружения. В рамках проводимого инструктажа распределяются обязанности между участниками мероприятия. Как мы уже упоминали ранее, особенность гласного обследования состоит в возникновении в ходе проведения мероприятия правоотношений, в том числе конфликтных. В связи с этим выделяют характерную особенность инструктажа граждан, привлекаемых

¹ См.: Рудаков Б.В., Бражников Д.А., Шукин А.М. Основы специальной техники органов внутренних дел (Общая часть): учеб. пособие. Тюмень: Тюменский ин-т повышения квалификации сотрудников МВД России, 2013. 354 с.

к обследованию, заключающуюся в том, что до начала проведения мероприятия необходимо психологически подготовить таких граждан. Они должны быть морально и эмоционально готовы к различным вариантам развития событий в ходе обследования. Такая подготовка должна сводиться к формированию устойчивости к различного рода раздражителям во время участия в мероприятии: начиная от закамуфлированного запугивания со стороны преступников и заканчивая реакцией на обнаружение гнилостно измененных трупов.

Из подготавливаемого пакета документов наиболее важным считаем получение судебного решения, в том числе на проведение гласного ОРМ (последнее в науке практически не исследовано).

Основанием для решения судьей соответствующего вопроса является мотивированное постановление одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД. Постановление руководителя – это письменный акт применения права, основными атрибутами которого являются: наименование акта, дата и место его вынесения, наименование органа, вынесшего акт, четкое изложение содержания дела, подпись лица, вынесшего акт¹. Ведомственное нормативное закрепление бланков рассматриваемого постановления привело к одновременному существованию отличающихся как по форме, так и по содержанию документов. Ряд ученых придерживаются строго нормативного подхода и считают, что постановление должно называться так, как это предусмотрено в бланке, – «о проведении оперативно-розыскного мероприятия...», а резолютивная часть должна начинаться со слов «провести...». На наш взгляд, предлагаемые в бланках формулировки не соответствуют требованиям Закона об ОРД. Смысл данного постановления заключается в документально закреплённом официальном обращении руководителя органа, осуществляющего ОРД, к суду с целью получения судебного решения, разрешающего проведение ОРМ, ограничивающего конституционные права граждан на неприкосновенность жилища. В связи с этим название постановления не может включать словосочетание «о проведении...», а резолютивная часть постановления не может начинаться со слов «провести...».

Речь идет также и о «ходатайстве перед судом о проведении...», «возбуждении ходатайства о даче разрешения...», «возбуждении ходатайства о разрешении...», «возбуждении перед судьей ходатайства о проведении...». Словосочетание «возбуждение перед судом ходатайства» заимствовано из ряда статей УПК РФ. Необходимости в таком заимствовании мы не видим и считаем целесообразным отказаться от использования данных терминов в названии документа. Название постановления обязательно должно находиться во взаимосвязи с его резолютивной частью. С учетом того, что обращение руководителя в суд имеет целью получение разрешения на проведение ОРМ, постановление и должно называться «О получе-

¹ См.: Лазарев В.И., Левченко И.П. Правоприменительная деятельность органов внутренних дел: учеб. пособие. М.: Акад. МВД СССР, 1989. С. 41.

нии судебного разрешения на проведение оперативно-розыскного мероприятия».

Закон об ОРД не содержит требований к названию и форме постановления, в связи с чем все его варианты следует признавать допустимыми. Вместе с тем, по нашему мнению, необходимо исходить из общепринятых в юриспруденции правил составления юридических документов. Теория права допускает существование различного количества частей в документе¹. Мы полагаем, что при составлении постановления необходимо придерживаться правила, установленного в ст. 303 УПК РФ, согласно которому постановление должно состоять из вводной, описательно-мотивировочной и резолютивной части.

Во вводной части должны содержаться сведения о дате, месте, должностном лице, составившем постановление. В описательно-мотивировочной – об основаниях и условиях проведения ОРМ, конкретном лице или лицах, в связи с противоправной деятельностью которого (которых) оно проводится, о составе уголовно наказуемого деяния, по которому предварительное следствие обязательно, точном юридическом адресе обследуемого объекта, отсутствии обстоятельств, исключающих проведение ОРМ, целях проведения обследования; кроме того, в описательно-мотивировочной части должны иметься ссылки на ст. 25 Конституции РФ и ст.ст. 2, 5-9, 11 Закона об ОРД. В резолютивной части постановления руководителя должна содержаться обращенная к суду официальная просьба (ходатайство)² о получении судебного разрешения на проведение ОРМ, предусмотренного п. 8 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД.

По нашему мнению, резолютивная часть должна начинаться словами: «Ходатайствовать перед судом о получении разрешения на проведение оперативно-розыскного мероприятия, предусмотренного п. 8 ч. 1 ст. 6 Федерального закона “Об оперативно-розыскной деятельности”, – обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, находящихся по адресу: (указывать точный юридический адрес объекта обследования и установочные данные на лиц, чье право на неприкосновенность жилища будет ограничиваться)».

Итак, подготовительный этап проведения гласного обследования позволяет решать задачи, обуславливающие последующую тактику проводимого мероприятия. Организация различных видов обследования может существенно варьироваться в зависимости от объектов обследования и целей, которые предстоит решать проводимым мероприятием.

По прибытии на место проведения гласного обследования начинается основной этап проведения ОРМ. Способы и приемы осуществления ОРМ называются тактикой³. По нашему мнению, ключевым элементом

¹ См.: Лазарев В.И., Левченко И.П. Указ. соч. С. 44.

² Ходатайство – официальная просьба. См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 853.

³ См.: Буряков Е.В. Указ. соч.

тактики гласного обследования является линия поведения лиц, проводящих мероприятие (осуществляющих поисковые действия). В юридической литературе имеется точка зрения, в соответствии с которой гласное обследование должно осуществляться по общим правилам осмотра места происшествия, выработанным криминалистикой¹, вместе с тем некоторые ученые говорят о том, что гласное обследование имеет немало общего с криминалистическими правилами проведения обыска. В первом параграфе первой главы настоящей работы приводятся результаты анкетирования сотрудников оперативных подразделений относительно современного понимания предела поисковых действий при гласном обследовании. Мы разделяем мнение большинства опрошенных нами сотрудников и полагаем, что в основе тактики гласного обследования может находиться используемая в криминалистике тактика осмотра или обыска – в зависимости от вида обследования и стоящих перед ним задач. Тактика проведения мероприятия определяется сотрудником оперативного подразделения, проводящего мероприятие, или его руководителем. На наш взгляд, тактика гласного обследования представляет собой сочетание тактики следственного осмотра и обыска.

Схожесть гласного обследования с упомянутыми следственными действиями в оперативно-розыскной науке и практике может породить дискуссии о подмене данных следственных действий гласным обследованием. Проблема подмены следственных действий ОРМ для науки не нова, она ранее не раз обсуждалась на страницах юридической печати². Рассматривалась и другая проблема – подмена следственными действиями ОРМ³. О недопустимости подмены ранее неоднократно высказывался Конституционный Суд РФ⁴, однако ни в его решениях, ни в юридической литературе мы не находим ответа на важные, с нашей точки зрения, вопросы:

¹ См.: Алгазин И.И. Соотношение отдельных следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий // Актуальные проблемы борьбы с преступностью на современном этапе: тез. докл. и сообщ. всерос. науч.-практ. конф., посвящ. 90-летию Омской акад. МВД России. Омск, 2010. С. 143.

² См.: Стяжкин Ю.А. Некоторые актуальные вопросы использования и легализации органами предварительного следствия и суда результатов оперативно-розыскной деятельности // Российский следователь. 2006. № 4. С. 6-8; Зникин В.К. Результаты ОРД в уголовном процессе // Законность. 2005. № 11. С. 37-39; Пашин С.А. Содержательные аспекты допроса в уголовном судопроизводстве // Юридическая психология. 2007. № 3. С. 12-16 и др.

³ См.: Скоробогатов С.А., Перетяшко Н.М. К вопросу о процессуальном статусе результатов оперативно-розыскной деятельности // Налоги. 2008. № 24.

⁴ См.: Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Барковского К.О. на нарушение его конституционных прав ч. 4 ст. 127 УПК РСФСР, п. 1 ч. 1 ст. 6 и п. 3 ч. 1 ст. 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда РФ от 1 дек. 1999 г. № 211-0; определение Конституционного Суда РФ от 4 февр. 1999 г. № 18-О по жалобе гр. М.Б. Никольского и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Бухарова Д.Ю. на нарушение его конституционных прав ч. 4 ст. 21,

– что представляет собой подмена?

– кто и по каким критериям это может и должен определять?

Найти ответы на эти вопросы мы попытаемся в ходе анализа решений Конституционного Суда РФ. Несмотря на существенную схожесть названных следственных действий с рассматриваемым нами ОРМ, проблема подмены гласным обследованием следственных действий ни разу не рассматривалась судьями Конституционного Суда РФ. Поэтому интересующие нас обстоятельства будут проанализированы в решениях Конституционного Суда РФ по другим ОРМ. В определении от 1 декабря 1999 г. № 211-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Барковского К.О. на нарушение его конституционных прав ч. 4 ст. 127 УПК РСФСР, п. 1 ч. 1 ст. 6 и п. 3 ч. 1 ст. 7 Федерального закона “Об оперативно-розыскной деятельности”» сказано, что Барковский К.О., будучи специальным субъектом уголовно-правовых отношений (обвиняемым), наделен дополнительными гарантиями защиты его законных интересов, вытекающих из предписаний ст.ст. 48, 49 и 51 Конституции РФ и ст.ст. 46-48, 68-71 УПК РСФСР, при этом уголовно-процессуальные нормы применительно к обвиняемому имеют приоритетное отношение перед нормами, регулирующими оперативно-розыскные правоотношения. Проведение в следственном изоляторе опроса Барковского К.О., сопровождающегося производством предварительного расследования по уголовному делу, не может подменять процессуальные действия, предусмотренные уголовно-процессуальным законом.

В определении Конституционного Суда РФ от 24 января 2008 г. № 104-0-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Бухарова Д.Ю. на нарушение его конституционных прав ч. 4 ст. 21, ст.ст. 84, 86 и 89 УПК РФ и ст.ст. 2 и 6 Федерального закона “Об оперативно-розыскной деятельности”» также указывается на недопустимость проведения ОРМ «получение образцов для сравнительного исследования» в отношении обвиняемого Бухарова Д.Ю., поскольку при этом не были обеспечены его права, предусмотренные УПК РФ.

В определении Конституционного Суда РФ от 25 февраля 2010 г. № 261-О-О «Об отказе в рассмотрении жалобы гр. Немытых Н.И. на нарушение ее конституционных прав ст. 12 Федерального закона “Об оперативно-розыскной деятельности”, ст.ст. 87, 186 и 202 УПК РФ» со ссылкой на свое же решение в отношении Бухарова Д.Ю. Конституционный Суд

ст.ст. 84, 86 и 89 УПК РФ и ст. 2 и 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда РФ от 24 янв. 2008 г. № 104-0-0; Об отказе в рассмотрении жалобы гр. Немытых Н.И. на нарушение ее конституционных прав ст. 12 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», ст. 87, 186 и 202 УПК РФ: определение Конституционного Суда РФ от 25 февр. 2010 г. № 261-О-О; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Панова Ю.Г. на нарушение его конституционных прав ст. 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда РФ от 21 апр. 2011 г. № 580-О-О. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

РФ указывает, что и уголовно-процессуальные действия, и ОРМ могут осуществляться лишь определенными субъектами при наличии специальных установленных законом оснований и условий; проведение в связи с производством предварительного расследования по уголовному делу ОРМ не может подменять процессуальные действия, для осуществления которых уголовно-процессуальным законом, в частности ст. 202 УПК РФ «Получение образцов для сравнительного исследования», установлена специальная процедура.

Однако такой подход судей Конституционного Суда РФ представляется не совсем удачным, поскольку может иметь расширительное толкование: множество ОРМ проводится параллельно с ходом расследования по уголовным делам. Получаемые в результате ОРМ сведения теоретически могут быть получены и в ходе проведения следственных действий, т.е. на основании широкого понимания формулировок Конституционного Суда РФ можно сделать вывод о недопустимости проведения любых ОРМ после возбуждения уголовного дела, что, по нашему мнению, прямо противоречит не только Закону об ОРД, в котором сказано, что возбуждение уголовного дела является основанием для проведения ОРМ, но и здравому смыслу.

Таким образом, вопросы подмены следственных действий ОРМ возникали в связи с нарушением прав подозреваемых в ходе проведения в отношении их ОРМ. По нашему мнению, правовой статус гражданина не имеет значения – связывать вопросы подмены только в отношении обвиняемых или подозреваемых не следует. Права граждан должны соблюдаться независимо от их правового положения, так как наличие статуса обвиняемого или подозреваемого лишь увеличивает объем таких прав.

Нарушение прав граждан при осуществлении ОРМ исследовалось Конституционным Судом РФ и вне вопроса подмены: в определении от 21 апреля 2011 г. № 580-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Панова Ю.Г. на нарушение его конституционных прав ст. 6 Федерального закона “Об оперативно-розыскной деятельности”», Конституционный Суд РФ указывает на недопустимость нарушения прав граждан на получение квалифицированной юридической помощи, выразившегося в отсутствии допуска адвоката в обследуемую квартиру¹. Неоднократно говорилось и о недопустимости задержания как меры принуждения, обеспечивающей подготовку и проведение ОРМ или достижение каких-либо целей ОРД². Вместе с тем исследуемое нами ОРМ в ряде случаев не может

¹ См.: Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Панова Ю.Г. на нарушение его конституционных прав ст. 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» [Электронный ресурс]: определение Конституционного Суда РФ от 21 апр. 2011 г. № 580-О-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² См.: Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Михайляна С.М. на нарушение его конституционных прав ст. 5 и п. 4 ст. 10 Закона Российской Федерации «О милиции», а также ст. 2 и п. 7 ч. 1 ст. 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда РФ от 15 апр. 2008 г. № 312-О-О;

обойтись без применения мер принуждения¹. Следует более подробно остановиться на возможности применения принуждения при проведении гласного обследования, поскольку это взаимосвязано с действиями должностных лиц органа, осуществляющего ОРД, во время проведения обследования.

При гласном обследовании лица, представляющие оперативный интерес, и их близкие, как правило, осведомлены о проводимом ОРМ. Осознавая возможность наступления неблагоприятных последствий, они стремятся любыми способами не допустить проведения обследования либо существенно его затрудняют. Закон об ОРД не учитывает возможность противодействия проводимым ОРМ и не предусматривает применение мер принуждения, направленных на его преодоление.

Вероятно, именно по этой причине 11 % опрошенных нами сотрудников оперативных подразделений сообщили, что, столкнувшись с противодействием при гласном обследовании, откажутся от его проведения. Считаем, что такое понимание тактики рассматриваемого мероприятия не следует признавать правильным. При наличии оснований и соблюдении условий проведения гласного обследования различных объектов вне зависимости от желания и поведения физических лиц следует признавать законной деятельность ОВД, при этом любое противодействие проводимому мероприятию является противоправным поведением, влекущим применение мер государственного принуждения. Основываясь именно на таком понимании тактики гласного ОРМ, 88,9 % опрошенных сотрудников, столкнувшись с противодействием, разъяснив законность проведения мероприятия, продолжают обследование, по необходимости преодолевая противодействие.

Должностные лица органа, осуществляющего ОРД, одновременно являются сотрудниками полиции и в своих действиях руководствуются не только Законом об ОРД, но и другими нормативными правовыми актами, в частности Федеральным законом «О полиции», в котором достаточно четко прописана возможность применения мер государственного принуждения, необходимых и для преодоления противодействия, оказываемого при проведении гласного обследования. «Принудить» – значит «заставить сделать что-нибудь»², иными словами, конечная цель применения принужде-

Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Шibaкина А.С. на нарушение его конституционных прав п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона Российской Федерации «О милиции», ст. 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и частью второй «досудебное производство» Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда РФ от 22 апр. 2010 г. № 533-О-О; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр. Глазовой Ж.В. на нарушение его конституционных прав рядом положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда РФ от 23 сент. 2010 г. № 1210-О-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹ См.: Гусев В.А. Параллельная реальность принуждения в оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). 2015. № 3 (44). С. 39-44.

² Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 585.

ния при обследовании – заставить соответствующих лиц прекратить свои противоправные действия или лишить этих лиц объективной возможности их совершать. На наш взгляд, заставлять можно посредством методов убеждения, применения физической силы, специальных средств или огнестрельного оружия. Выбор метода зависит от ситуации, в которой проводится обследование или планируется его проведение. По нашему мнению, самым распространенным методом преодоления оказываемого противодействия является убеждение.

Таким образом, в целях недопущения противодействия необходимо разъяснять гражданам законность проведения мероприятия, их право на обжалование в случае несогласия. Дополнительно следует сообщать о возможности наступления неблагоприятных правовых последствий в случае оказания противодействия проводимому мероприятию. На наш взгляд, следует акцентировать внимание на административной ответственности за неповиновение законному распоряжению или требованию сотрудника полиции и возможности наступления уголовной ответственности за применение насилия в отношении представителя власти. Необходимо сформировать у лиц, которые могут оказать противодействие, убеждение в его нецелесообразности. Целью такого убеждения является недопущение противодействия, а в случае, если оно уже началось, – пресечение минимальными усилиями.

Правовой базой для применения мер принуждения является Федеральный закон «О полиции». В соответствии с п. 7 ч. 1 ст. 13 Федерального закона «О полиции» являющиеся полицейскими сотрудники оперативных подразделений имеют право требовать от граждан покинуть место совершения преступления или происшествия, если это необходимо для проведения ОРМ. Сотрудники, проводящие обследование, сами определяют, кому из граждан необходимо покинуть место проведения мероприятия, а кому желательно при этом присутствовать.

Если метод убеждения в сочетании с основанными на нормах Федерального закона «О полиции» требованиями прекратить противоправные действия не дал положительного результата, то появляются основания для применения более жестких мер принуждения, в частности физической силы¹. Невыполнение законных распоряжений и требований сотрудников полиции покинуть место проведения гласного обследования, прекратить противоправные действия, затрудняющие проведение мероприятия, не только дает право применить физическую силу в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 20 Федерального закона «О полиции», но и образуют состав административного правонарушения. К административным правонарушителям могут применяться меры, предусмотренные Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

¹ Более подробно о применении физической силы, направленной на преодоление противодействия законным требованиям сотрудника полиции, см.: Комментарий к Федеральному закону «О полиции» / Ю.Е. Аврутин [и др.]. М., 2011. С. 222-224.

Если для преодоления противодействия двух указанных методов окажется недостаточно, то Федеральным законом «О полиции» предусмотрена возможность применения огнестрельного оружия для разрушения запирающих устройств, элементов и конструкций, препятствующих проникновению в жилые и иные помещения (п. 3 ч. 3 ст. 23 Федерального закона «О полиции»)¹. Если проводимому обследованию препятствует животное, угрожающее жизни и здоровью людей, то оно может быть устранено на основании п. 2 ч. 3 той же статьи.

При применении полицейским мер государственного принуждения², направленных на преодоление оказываемого противодействия, необходимо сообщить лицам, в отношении которых предполагается применение физической силы, специальных средств или огнестрельного оружия, о том, что он является сотрудником полиции, предупредить граждан о своем намерении и предоставить возможность и время для выполнения законных требований. При этом необходимо стремиться к минимизации причиняемого ущерба, а также выполнять иные требования, предусмотренные ст. 19 Федерального закона «О полиции».

Итак, проведение гласного обследования само по себе не предполагает применения мер принуждения, направленных на ограничение прав граждан на свободу передвижения и личную неприкосновенность: оно является инструментом, позволяющим провести ОРМ при наличии противодействия. Должен ли Закон об ОРД регулировать порядок применения мер, направленных на преодоление противодействия проводимому ОРМ? Полагаем, что не должен – для этого достаточно Федерального закона «О полиции». Вместе с тем на ведомственном уровне при издании нормативных актов, регламентирующих проведение гласного обследования, необходимо более конкретно прописать порядок применения мер государственного принуждения.

Что касается такой меры принуждения, как задержание, то она может иметь место в порядке и на основаниях, установленных ст.ст. 27.3, 27.4 КоАП РФ или ст.ст. 91, 92 УПК РФ. На современном этапе развития юридической науки о задержаниях, осуществляемых сотрудниками полиции, пишет Ю.В. Деришев, позицию которого мы полностью разделяем³.

¹ См.: О введении нового права, позволяющего при помощи оружия разрушать запирающие устройства, элементы и конструкции, препятствующие проникновению в жилые и иные помещения, пишет А.Ю. Ларин (см.: Комментарий к Федеральному закону «О полиции» № 3-ФЗ (постатейный). С практическими разъяснениями официальных органов и постатейными материалами. М., 2011. С. 186).

² Глушков М.Р. Проблемный аспект применения физической силы при проведении оперативно-розыскных мероприятий // Оперативник (сыщик). 2015. № 1 (42). С. 10-12.

³ См.: Деришев Ю.В. Полицейское задержание: опыт отечественного нормативного регулирования // Полиция – новый институт современной государственной правоохранительной системы: материалы всерос. науч.-практ. конф. (Омск, 15-16 сент. 2011 г.) / отв. за вып. С.М. Андреев. Омск, 2012. С. 47-50.

Анализ решений Конституционного Суда РФ позволяет сделать вывод о том, что необоснованное применение мер принуждения и необеспечение прав граждан является причиной признания результатов ОРМ недопустимыми, порождая тем самым дискуссию относительно подмены следственных действий ОРМ. Иными словами, подмена следственных действий ОРМ – это не предусмотренная нормативными актами деятельность должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, во время проведения ОРМ, сочетающаяся с применением допускаемых при следственных действиях, но запрещенных в ОРД ограничений охраняемых прав, т.е. их нарушением. Подмена является следствием неправильной линии поведения должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, при проведении ОРМ, она противоправна и предполагает в дальнейшем наступление неблагоприятных правовых последствий, которые могут выражаться в признании недопустимыми полученных при этом результатов и в наступлении юридической ответственности должностных лиц.

Подмена может определяться сотрудниками оперативных подразделений, их руководителями, лицами, использующими результаты ОРД в уголовном судопроизводстве, прокурорами и судьями на любой стадии правоотношений.

В целях недопущения подмены следственного осмотра, обыска или выемки при проведении гласного обследования должностным лицам органа, осуществляющего ОРД, необходимо:

1. Не препятствовать действиям лиц, права которых ограничиваются проводимым мероприятием, за исключением случаев преодоления оказываемого противодействия или применения мер, предусмотренных КоАП РФ или УПК РФ.

2. Разъяснять предусмотренные Конституцией РФ права граждан и оказывать содействие в их реализации.

3. При проведении мероприятия в отношении лица, имеющего уголовно-процессуальный статус (подозреваемый, обвиняемый, подсудимый и осужденный), обеспечить реализацию дополнительных прав, вытекающих из его правового статуса.

4. Если гласное обследование проводится параллельно с начавшейся уголовно-процессуальной деятельностью, изъятие обнаруженного производится в порядке, предусмотренном УПК РФ.

При определении возможной подмены дополнительно должны учитываться:

- субъект проведения изучаемого мероприятия;
- наличие предусмотренных ст. 7 Закона об ОРД оснований к его проведению;
- соблюдение установленных в федеральных законах условий проведения гласного обследования.

Схожесть, пусть даже значительная, гласного обследования с названными следственными действиями, не может являться причиной признания проведенного мероприятия, их подменившего. Оно проводится в

совершенно ином правовом режиме, имеющем другую правовую основу, разные основания и условия проведения, иное документальное оформление. Его результат, в отличие от результата следственного действия, не имеет заранее установленного доказательственного значения, а может лишь служить основой для формирования будущих доказательств и принятия иных решений в борьбе с преступностью.

Кроме того, полагаем, что гласным обследованием может обеспечиваться успешное проведение иных предусмотренных законом ОРМ, таких как опрос, сбор образцов для сравнительного исследования и др. В ходе гласного обследования может выбираться наиболее удобное место для ведения наблюдения. Гласное обследование, которое позволяет успешно провести другие ОРМ, предлагаем называть обеспечивающим.

Таким образом, проведенный нами анализ вопросов организации и тактики гласного обследования показал следующее:

1. Подготовительный этап гласного обследования состоит из двух обязательных элементов:

– анализ возникшей оперативно-тактической ситуации, заканчивающийся принятием решения о проведении мероприятия;

– планирование мероприятия, которое представляет собой мыслительную деятельность должностного лица органа, осуществляющего ОРД, состоящую в определении алгоритма действий, направленных на достижение целей гласного обследования. Планируемые действия находятся в прямой корреляции с видом гласного обследования. Мыслительная деятельность по планированию может заканчиваться составлением письменного плана, утвержденного соответствующим руководителем, для проведения сложных и особо сложных гласных обследований. Планы могут составляться при задействовании в мероприятии большого числа участников в целях координации деятельности по проведению гласного обследования.

Тактика гласного обследования определяется сотрудниками оперативного подразделения, проводящего мероприятие. В основе тактики обследования лежит используемая в криминалистике тактика следственного осмотра или обыска – в зависимости от вида обследования и стоящих перед ним задач, за исключением отсутствия изначально возможности ограничения прав на свободу передвижения и личную неприкосновенность граждан, интересы которых затрагиваются в ходе проведения мероприятия. Принуждение к таким лицам может применяться в случае оказания противодействия проводимому мероприятию.

Значительная схожесть тактики гласного обследования с тактикой следственного осмотра или обыска может привести к нарушению прав граждан, исключающему дальнейшее использование результатов гласного обследования в уголовном судопроизводстве, т.е. к подмене следственных действий ОРМ. Для недопущения возникновения последней при гласном обследовании необходимо:

– не препятствовать действиям лиц, права которых ограничиваются проводимым мероприятием, за исключением случаев преодоления оказы-

ваемого противодействия или применения мер, предусмотренных КоАП РФ или УПК РФ;

- разъяснять предусмотренные Конституцией РФ права граждан (на свободу передвижения, личную неприкосновенность, квалифицированную юридическую помощь и т.д.) и оказывать содействие в их реализации;

- при проведении мероприятия в отношении лица, имеющего уголовно-процессуальный статус (подозреваемый, обвиняемый, подсудимый и осужденный), обеспечить реализацию дополнительных прав, вытекающих из его правового статуса;

- если гласное обследование проводится параллельно с начавшейся уголовно-процессуальной деятельностью, то изъятие обнаруженного производится в порядке, предусмотренном УПК РФ.

§ 2. Оформление и использование результатов гласного обследования зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел

Результаты ОРД и их использование являются предметом постоянного обсуждения в юридической науке. За последние десять лет только в открытых, входящих в перечень российских рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора и кандидата наук, опубликовано более 70 статей по данной тематике¹. Почти все публикации посвящены использованию результатов ОРД в уголовном судопроизводстве, причем в подавляющем большинстве случаев речь идет о результатах исключительно негласных ОРМ². При этом вопросы использования результатов гласной ОРД остаются практически не исследованными. На наш взгляд, этот вопрос будет предметом еще не одного исследования.

В настоящем параграфе мы определим и рассмотрим результат гласного обследования, его оформление и использование.

В русском языке результатом называют то, что получено в завершение какой-нибудь деятельности³. Результат гласного обследования предопределен стоящими перед мероприятием целями. Исходя из определенных нами в первом параграфе первой главы монографии целей исследуемого мероприятия, результатом гласного обследования будет являться их достижение.

Опрос сотрудников оперативных подразделений показал, что результатом гласного обследования в 63 % случаев является отыскание ранее запланированных объектов поиска, в 33,6 % – получение информации, которая может иметь значение при решении задач ОРД, и в 3,4 % – успешное проведение других ОРМ.

Основываясь на теоретические рассуждения и анализ правоприменительной практики, результат гласного обследования можно представить в виде:

1. Отыскания (установления местонахождения) чего-, кого-либо с возможностью изъятия или задержания.

¹ См.: Научная электронная библиотека [Электронный ресурс]. URL:http://elibrary.ru/query_results.asp?pagenum=1

² См.: Павличенко Н.В., Софронов В.Н. Проблемы разработки частных методик документирования действий лиц, подозреваемых в подготовке и совершении преступлений против собственности // Оперативник (сыщик). 2008. № 3 (16). С. 40-43; Шелудько А.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскных мероприятий // Вестник Калининградского юридического института МВД России. 2011. № 2. С. 133-136; Миролюбов С.Л. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по пенитенциарным преступлениям: практический аспект // Вестник Владимирского юридического института МВД России. 2011. № 1. С. 21-23 и др.

³ См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 663.

2. Получения информации, которая может иметь значение при решении задач ОРД.

3. Успешного проведения других ОРМ.

Обнаружению подлежат как предметы материального мира, так и люди. В соответствии со ст. 2 Конституции РФ человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Ставить установление местонахождения разыскиваемого лица в один ряд с отысканием документов, предметов, материалов и сообщений, по нашему мнению, недопустимо. В связи с этим установление местонахождения разыскиваемого лица следует отграничивать от всего остального. К таким лицам следует относить разыскиваемых преступников, пропавших без вести и иных лиц, устанавливая местонахождение которых необходимо в целях достижения задач, стоящих перед ОРД.

В первую очередь, рассмотрим отыскание документов, предметов, материалов и сообщений. Оно может преследовать две цели: изъятие и получение информации о точном местонахождении таких объектов либо иных сведений об их свойствах. В случае обнаружения сотрудник оперативного подразделения должен принять решение о дальнейшей судьбе найденного, при этом анализу подлежат возможность, целесообразность и способ изъятия. Полагаем, что такое решение должно приниматься на основе внутреннего убеждения сотрудника оперативного подразделения. При наличии сомнений относительно порядка дальнейших действий современные средства мобильной связи позволяют получить соответствующие указания от руководителей оперативных подразделений, следователей или иных должностных лиц.

На наш взгляд, при наличии достаточных оснований для уголовно-процессуального изъятия необходимо проводить следственное действие, и лишь при невозможности его проведения – реализовывать право на изъятие, предусмотренное ст. 15 Закона об ОРД.

Результат изъятия, осуществляемого в соответствии со ст. 15 Закона об ОРД, будет являться частью результата обследования. Если же изъятие осуществляется в соответствии с нормами УПК РФ, то результатом обследования будет информация, с учетом или на основании которой проводится следственное действие.

В научной литературе высказывается мнение о том, что изъятие документов, предметов, материалов и сообщений при осуществлении ОРМ может осуществляться только в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации¹.

¹ См.: Корневский Ю.В., Токарева М.Е. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам: метод. пособие. М., 2000. С. 64; Чуркин А.В. Возвращаясь к вопросу о понятии жилища в оперативно-розыскной деятельности и правовых аспектах проникновения в жилище оперативных работников // Оперативник (сыщик). 2007. № 4. С. 25.

С указанным толкованием ст. 15 Закона об ОРД мы категорически не согласны. Верна, на наш взгляд, позиция В.А. Гусева, полагающего, что при таком подходе не только изъятие, но и ОРМ должны проводиться лишь при возникновении перечисленных угроз, что противоречит целому ряду основополагающих норм Закона об ОРД¹. Вместе с тем для уяснения сути рассматриваемой проблемы следует детально в ней разобраться. Необходимо понять, чем же на самом деле руководствовался законодатель, конструируя рассматриваемую норму? Ответ на этот вопрос мы находим, проведя анализ Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи». В соответствии с п. 3 ст. 64 указанного нормативного правового акта приостановление оказания услуг связи осуществляется на основании мотивированного решения в письменной форме одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД или обеспечение безопасности Российской Федерации, в случаях, установленных федеральными законами². Иными словами, для приостановления услуг связи в федеральном законодательстве должны быть определены такие случаи, что, по нашему мнению, и сделано в ст. 15 Закона об ОРД. В Федеральном законе от 22 февр. 1995 г. № 40-ФЗ «О федеральной службе безопасности» также имеется подобная норма. Пункт 7 ст. 9.1 указанного закона содержит норму, позволяющую приостанавливать услуги связи при наличии угроз жизни и здоровью граждан³. Таким образом, п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД предоставляет два самостоятельных права – «изымать» и «прерывать». Принципиальное отличие этих прав заключается в том, что изъятие не может осуществляться самостоятельно, поскольку является частью проводимого ОРМ. Прерывание услуг связи возможно и вне проведения конкретного ОРМ и допускается при наличии указанных угроз.

Второй вид результата обследования – это информация. Использование последней также следует разграничивать. Она может использоваться как в борьбе с преступностью, так и в иных целях, для достижения которых проводятся ОРМ по основаниям, предусмотренным чч. 2 и 3 ст. 7 Закона об ОРД.

Изучив результат обследования, мы приходим к выводу о чрезвычайной сложности разделения результата исследуемого нами мероприятия, поскольку информация может быть получена и при отыскании (установлении местонахождения) чего-, кого-либо. Единственная причина, побудившая нас разделить результат на обнаружение и получение информации, заключается в наличии в первом случае конкретного, известного нам объекта, который необходимо найти в процессе обследования. Обнаруженный объект, как правило, подлежит последующему изъятию или задержанию, если речь идет об обнаружении в процессе обследования разыскиваемого

¹ См.: Гусев В.А. Права оперативных подразделений полиции...

² См.: О связи: федер. закон от 18 июня 2003 г. № 126-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 28. Ст. 2895.

³ См.: О федеральной службе безопасности: федер. закон от 22 февр. 1995 г. № 40-ФЗ // Рос. газ. 1995. 12 апр.

преступника. Сделанное нами разграничение результата является в значительной степени условным.

Третий вид результата гласного обследования, заключающийся в успешном проведении других ОРМ, не требует самостоятельного оформления. Нет необходимости в рассмотрении вопросов, связанных и с последующим использованием такого результата, поскольку он будет охватываться мероприятием, которое удалось успешно осуществить.

В ходе анализа определенного нами результата гласного обследования была выявлена проблема, заключающаяся в его несоответствии традиционному пониманию результатов ОРД. В юридической литературе преобладает точка зрения, согласно которой результатом ОРД считают информацию или сведения¹.

Обозначенный подход в науке соответствует п. 36.1 ст. 5 УПК РФ, содержащему дефиницию, согласно которой «результаты оперативно-розыскной деятельности – сведения, полученные в соответствии с Федеральным законом “Об оперативно-розыскной деятельности”, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда». Полагаем, что такое понимание результата ОРД законодателем заимствовано из первой межведомственной инструкции 1998 г. «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд». Согласно указанному (ныне не действующему) подзаконному акту «под результатами следует понимать фактические данные, полученные оперативными подразделениями в установленном Федеральным законом “Об оперативно-розыскной деятельности” порядке, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших правонарушение, скрывшихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения наказания и без вести пропавших, а также о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации»².

¹ См.: Горянов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности: комментарий / под ред. П.Г. Пономарева. М., 1997. С. 9; Мельников Ю.В. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности как основание для задержания заподозренного лица // Российский следователь. 2005. № 11. С. 7; Жажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. СПб., 2006. С. 141; Крапива И.И. К вопросу об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в процессе доказывания // Современное право. 2007. № 2. С. 85 и др.

² Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд: утв. приказом ФСНП России, ФСБ России, МВД России, ФСО России, ФПС России, ГТК России, СВР России от 13 мая 1998 г. № 175/226/336/201/286/410/56 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1998. № 23.

Из анализа двух нормативно закрепленных понятий результата ОРД следует, что законодатель заменил «фактические данные» на «сведения». Согласно Толковому словарю русского языка слова «сведения» и «информация» являются синонимами¹. Такой подход разделяет и законодатель, указавший в ст. 2 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», что информация – сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления². Иными словами, законодатель фактически закрепил в УПК РФ использовавшееся в подзаконном акте понимание результатов ОРД. По нашему мнению, осуществляя заимствование, законодатель не обратил внимание на то, что Инструкцией регламентировался только порядок представления информации и ее носителей, т.е. результатов некоторых ОРМ. Используемое понятие не распространялось на всю ОРД, а лишь на информацию, документально направляющуюся в уголовное судопроизводство.

Норма, содержащаяся в УПК РФ, наталкивает на рассуждение о том, что результат ОРД – это только сведения (информация, фактические данные), причем только о преступлениях и лицах, их подготавливающих, совершающих или совершивших. Никакого другого результата ОРД иметь не может, следовательно, предложенный нами первый и третий виды результата не соответствуют требованиям федерального законодательства, в частности, УПК РФ. Однако необходимо учитывать, что основополагающим нормативным актом, регулирующим проведение ОРМ, является Закон об ОРД, который не раскрывает понятие результатов ОРД и ОРМ. В статье 11 Закона об ОРД указываются лишь возможные направления их использования, в том числе в уголовном судопроизводстве.

Анализируя Закон об ОРД, ряд современных ученых приходят к выводу о несоответствии законодательству Российской Федерации закрепленного в УПК РФ понимания результата ОРД. Так, Н.С. Железняк в качестве одного из результатов ОРД называет дискредитацию лидера преступной группы, ее разобщение или переориентацию³. В научной литературе результатом ОРД также считают дезинформирование⁴, оказание профилактического, а также рефлексивного воздействия⁵. По нашему мнению, возникновение желания сотрудничать с дознанием, следствием и судом в большинстве случаев является итогом ОРД. А.Ю. Шумилов отмечает, что

¹ См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 245.

² Об информации, информационных технологиях и о защите информации: федер. закон от 8 июля 2006 г. № 149-ФЗ // Рос. газ. 2006. 29 июля.

³ Железняк Н.С. Об оперативно-розыскном понимании результатов оперативно-розыскной деятельности // 15 лет Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности»: сб. материалов Всерос. науч.-практ. конф. Омск, 2010. С. 34.

⁴ См.: Эрхардт Ю.А. Использование результатов оперативно-розыскных мероприятий в решении задач оперативно-розыскной деятельности // Российский следователь. 2009. № 24. С. 28.

⁵ См.: Алгазин Н.И., Панюшин Д.Б. Оперативное внедрение: место в структуре оперативно-розыскной деятельности // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2011. № 4 (18). С. 72.

результатом ОРД может являться как информационный, так и материальный продукт¹. Уголовно-процессуальное определение результатов ОРД слишком заужено, и его нужно трактовать значительно шире.

В статье 15 Закона об ОРД закреплено право на изъятие документов, предметов, материалов и сообщений при проведении гласных ОРМ. Поскольку реализация такого права не может существовать вне проведения ОРМ, то проводимое изъятие является составной частью гласного обследования. Изымаемый в результате гласного обследования предмет в какой-то степени информативен, но информация, которую он представляет, является второстепенной. Главное – его материальная составляющая. Иными словами, имеет место тот самый материальный продукт, о котором говорил А.Ю. Шумилов.

Кроме того, предложенная в УПК РФ дефиниция не охватывает результаты целого ряда ОРМ, проводимых по основаниям, предусмотренным ст. 7 Закона об ОРД, и не связанных с совершением преступлений. Подпункт 4 п. 2 ч. 1 ст. 7 Закона об ОРД в качестве основания для проведения ОРМ указывает поступление сведений о лицах, без вести пропавших, и об обнаружении неопознанных трупов. Аналогичная ситуация наблюдается и с результатами ОРМ, проводимых по основаниям, предусмотренным чч. 2 и 3 ст. 7 Закона об ОРД. Очевидно, что результат ОРМ, проводимых по указанным основаниям, не находится во взаимосвязи с преступной деятельностью. Кроме того, появившаяся в 2008 году ст. 8¹ Закона об ОРД предусматривает проведение и использование результатов ОРМ в интересах гражданского судопроизводства. На наш взгляд, неправильное понимание результатов ОРД и его закрепление в ст. 5 УПК РФ является следствием отставания юридической науки от законодательства и правоприменительной практики. Данная позиция ученых сформирована основоположниками теории ОРД еще до начала законодательного регулирования ОРД и не учитывает многих положений Закона об ОРД. Таким образом, указанная в УПК РФ дефиниция результатов не соответствует законодательству, регулирующему правоотношения в сфере ОРД. Кроме того, верно, на наш взгляд, мнение М.П. Полякова и Р.С. Рыжова, согласно которому уголовно-процессуальный закон должен регламентировать не представление, а принятие результатов ОРД² и последующее их использование в уголовном судопроизводстве.

У каждого закона есть предмет правового регулирования. Законодательное закрепление в УПК РФ понятия результата ОРД приводит к выходу закона за пределы предмета своего регулирования, который к тому же

¹ См.: Шумилов Ю.А. Оперативно-розыскной закон России: учеб.-практ. пособие. М., 2002. С. 44; Его же. Комментарий к федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности»: с постатейными приложениями нормативных актов и документов. 5-е изд., испр. и доп. М., 2003. С. 142.

² См.: Поляков М.П., Рыжов Р.С. О модели правового института использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе // Оперативник (сыщик). 2005. № 4. С. 46.

противоречит нормам, специально предназначенным для регулирования оперативно-розыскных правоотношений. Иными словами, возникла необходимость в понимании результатов различных ОРМ, в том числе гласного обследования, отличном от понятия, предложенного законодателем в УПК РФ, поскольку УПК РФ не должен содержать норму, определяющую результат не регулируемых им правоотношений.

В научной литературе высказывается мнение о несоответствии понятий ОРД и ОРМ¹. Разделяя высказанное мнение, мы приходим к выводу об отсутствии тождества понятий результатов ОРМ с результатами ОРД. Полагаем, что первое является пусть и основной, но все же частью второго. Причем итог одного ОРМ может существенно отличаться от итога другого. Как справедливо заметил С.И. Захарцев, «в уголовный процесс обычно попадают не результаты оперативно-розыскной деятельности во всем ее многообразии, а результаты конкретных оперативно-розыскных мероприятий»². Результаты различных ОРМ не могут быть абсолютно одинаковы. Особенность результата гласного обследования состоит в обнаружении предметов материального мира с возможностью изъятия или обнаружении разыскиваемых лиц, а также в обеспечении успешного проведения других ОРМ.

Полученный результат и возможность его последующего использования определяет вариант его оформления. В статье 10 Закона об ОРД говорится о документировании ОРД, в ней также предусматривается ведение дел оперативного учета, которые заводятся, в частности, в целях проверки и оценки результатов ОРД. С учетом того, что ОРД осуществляется посредством проведения ОРМ, в делах оперативного учета сосредоточиваются документы, составляемые по результатам конкретных ОРМ³, в том числе и гласного обследования. При этом Закон об ОРД не содержит никаких требований к оформлению результатов ОРМ. Лишь в ч. 2 ст. 15 Закона об ОРД речь идет о протоколе, составляемом в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации должностным лицом органа, осуществляющего ОРД, при осуществлении изъятия в ходе гласного ОРМ.

Не предусмотрев в Законе об ОРД виды документов, оформляемых по результатам ОРМ, законодатель в ч. 2 ст. 4 Закона об ОРД уполномочивает органы, осуществляющие ОРД, издавать в пределах своих полномочий нормативные правовые акты, регламентирующие организацию и тактику проведения ОРМ. Реализуя предусмотренное право, МВД России в Приказе МВД № 199, регламентирующем проведение гласного обследования нежилых помещений, участков местности и транспортных средств, указывает на два документа: «протокол» (в случае изъятия) и «рапорт» ру-

¹ См.: Железняк Н.С. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности: учеб. пособие. Красноярск, 2010. С. 16.

² Захарцев С.И. Указ. соч. С. 18.

³ См.: Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / О.А. Вагин [и др.]; под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.Е. Синилова. М., 2006. С. 428.

ководителю по результатам мероприятия. Применительно к обследованию жилых помещений, по нашему мнению, может составляться и справка. В правоприменительной практике и юридической литературе иногда используется документ, называемый актом.

Рапортом или справкой оформляется результат обследования, проводимого непосредственно сотрудником оперативного подразделения. В нормативных правовых актах нет четкого разграничения того, в каких случаях необходимо составлять справку, а в каких рапорт.

Нет общей точки зрения по данному вопросу и в оперативно-розыскной науке. Многие ученые не видят принципиальной разницы между названными документами и считают, что выбор варианта оформления остается за сотрудником, проводящим мероприятие, вне зависимости от обстоятельств¹. Понимая отсутствие системного подхода и логики, другие авторы предлагают связать выбор вида документа с полученным результатом. Результативные ОРМ предлагается оформлять рапортом, а при отсутствии положительного результата – составлять справку, подтверждающую факт проведения такого мероприятия (Гребельский Д.В., 1982). Схожую позицию занимают и другие ученые (Кукарцев В.Н., 2006 и Литвинов В.А., 2002, 2010), предлагающие результаты обследования, в ходе которого были обнаружены конкретные объекты поиска, оформлять рапортом, а если найти ничего не удалось, то справкой, подтверждающей факт проведения мероприятия и отсутствия положительного результата. Анализируя приведенные позиции, приходим к выводу, что при результативном обследовании и обнаружении чего-либо оформляется рапорт, а при отсутствии результата – справка. Иными словами, определяющим фактором является наличие результата, связанного с отысканием предметов материального мира.

Хотя в данном подходе и имеется здравый смысл, он не лишен недостатков. Так, значительная часть обследований проводится в целях получения ориентирующей информации, т.е. там может и не планироваться обнаружение чего-либо конкретно. В таких обследованиях положительный или отрицательный результат не связан с обнаружением предметов материального мира. А поскольку нет конкретного объекта, то нет и основания для разграничения по видам оформляемых документов. Дискуссии относительно вида документа, при помощи которого оформляется результат гласного обследования, являются следствием недостаточности правового регулирования (пробела в праве). Самым распространенным способом преодоления пробела является аналогия закона, а при ее отсутствии – аналогия права. Решение по аналогии предполагает поиск норм, регулирующих схожие правоотношения². Поскольку речь идет о документальном

¹ Шумилов А.Ю. Оперативно-розыскная деятельность: вопросы и ответы. С. 75 и др.

² См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве // Общая теория государства и права: академический курс: в 3 т. / отв. ред. М.Н. Марченко. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2007. Т. 2: Право. С. 747.

оформлении деятельности сотрудников ОВД, то такой нормой является ранее упоминавшийся приказ МВД России № 615. В нем установлены основные виды документов, образующихся в деятельности ОВД. Требования указанного нормативного правового акта необходимо учитывать при составлении всех документов, в том числе при осуществлении ОРМ.

Согласно п. 18 приказа МВД России № 615 справка – документ, содержащий описание или подтверждение тех или иных фактов и событий. Рапорт упоминается в пп. 23, 139.3, 155, 160, 285 указанного нормативного правового акта. Анализ данных пунктов приказа позволяет нам сделать вывод о том, что рапорт – это документ, оформляемый с целью доклада руководителю каких-либо сведений. По нашему мнению, такие сведения могут доводиться как в результате исполнения ранее полученных поручений, так и в инициативном порядке. Сведения в рапорте могут предоставляться с целью информирования руководителя о чем-либо, и одновременно в нем могут содержаться просьбы о совершении каких-либо действий руководителем. Описанный нами подход к пониманию видов документов является традиционным, т.к. использовался в утратившем силу приказе МВД России от 4 декабря 2006 г. № 987 «О документационном обеспечении управления в системе органов внутренних дел Российской Федерации».

Таким образом, и справка, и рапорт могут содержать информацию о результатах проведенного обследования, разница заключается лишь в том, что рапортом полученная информация доводится до сведения руководителя. Если гласное обследование проводилось по поручению руководителя или в результате такого мероприятия получены сведения, которые по внутреннему убеждению сотрудника оперативного подразделения необходимо до него донести, то результаты, по нашему мнению, необходимо оформлять рапортом. Сведения могут доводиться до руководителя в целях ведомственного контроля за гласным обследованием, а также получения возможных резолюций. Если таких целей нет, то результаты обследования должны оформляться справкой.

Следующим видом документа, которым могут оформляться результаты обследования, является акт. Он составляется при участии в обследовании других лиц и специалистов. В пункте 18 приказа МВД России № 615 акт определяется как документ, составленный несколькими лицами и подтверждающий факты и события. Детальный анализ указанного нормативного правового документа позволяет сделать выводы о том, что акт:

- составляется сотрудником оперативного подразделения по результатам гласного обследования, в котором, кроме сотрудников оперативного подразделения, принимали участие и иные лица, указанные во втором параграфе первой главы настоящей работы, при этом достаточно участие в гласном обследовании хотя бы одного из таких лиц;

- нацелен на подтверждение значимых для решения задач ОРД фактов и событий.

Возникает вопрос: могут ли подтверждать такие факты и события рассмотренные нами ранее рапорт и справка? Полагаем, что могут. В данном случае отличием акта от рапорта и справки будет являться количественно-качественная характеристика лиц, принимавших участие в мероприятии, и подтверждение таких обстоятельств, которые не могут или не должны подтверждаться документом, составленным одним сотрудником оперативного подразделения.

Анализ действующего законодательства позволяет нам сделать вывод о том, что лишь одна причина побуждает оперативного сотрудника в обязательном порядке привлекать иных лиц к участию в проведении ОРМ. Статья 15 Закона об ОРД указывает, что в случае изъятия документов, предметов и материалов при проведении гласных ОРМ составляется протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации. В качестве одного из таких требований на сегодняшний день выступает обязательное участие при изъятии не менее двух незаинтересованных граждан.

Иными словами, отличием акта от рапорта и справки является предусмотренное законом обязательное присутствие лиц при изъятии (заметим, что не при проведении обследования, а именно при изъятии). Таким образом, потенциальная возможность изъятия является определяющим фактором привлечения других лиц к обследованию – это следует из анализа ст.ст. 115, 170, 177, 178, 181-184, а также ч. 5 ст. 185 и ч. 7 ст. 186 УПК РФ.

Вместе с тем обращаем внимание на одно немаловажное, по нашему мнению, обстоятельство. В приказе МВД России № 615 говорится о том, что акт составляется несколькими лицами. Это наталкивает нас на мысль о допустимости использования в ОРД такого документа. По общепризнанным в уголовном судопроизводстве правилам документ составляется только одним уполномоченным на то лицом, остальные лица в нем могут лишь ставить подпись, подтверждая факт участия в мероприятии, его ход и результаты¹, т.е. использование документа под названием «акт», составленного несколькими лицами, неприемлемо. Кроме того, ни в законе об ОРД, ни в иных действующих нормативных правовых документах МВД России не предусматривается возможность оформления результатов гласного обследования документом, именуемым «акт».

В юридической науке документ, оформляемый по результатам ОРМ, иногда называют протоколом². С внесением изменений в ст. 15 Закона об

¹ По нашему мнению, такое правило следует из положений, закрепленных в ст. 166 УПК РФ.

² См.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 1996. С. 8; Пугачев Е.В. Некоторые предложения по использованию результатов оперативно-розыскной деятельности на стадии возбуждения уголовного дела // Оперативник (сыщик). 2006. № 3. С. 38; Глушаков Р.М. Документирование изъятия в ходе оперативно-розыскной деятельности // Российский следователь. 2015. № 2. С. 48-52 и др.

ОРД, касающихся возможности изъятия при гласных ОРМ, термин «протокол» впервые в тексте федерального закона рассматривается как документ, оформляемый по результатам деятельности оперативных подразделений. До этого такие документы регулировались исключительно подзаконными актами. С учетом того, что каждый из перечисленных в ст. 13 Закона об ОРД органов, осуществляющих ОРД, имеет право на свое нормативное регулирование, варианты названий документов могут быть самыми разнообразными, что в конечном итоге не будет способствовать формированию единообразной правоприменительной практики. Полагаем, что введение в Закон об ОРД термина «протокол» и ориентирование на его оформление по правилам, применяемым в уголовно-процессуальном законодательстве, должно постепенно вытеснить из ОРД документы, названия которых не используются в уголовно-процессуальной деятельности.

На наш взгляд, такое вытеснение уже начало происходить. 37,1 % опрошенных нами сотрудников оперативных подразделений сообщили, что результаты гласного обследования оформляют протоколом, 28,4 % – актом, 24,5 % – рапортом, 8,2 % – справкой и 1,9 % – иным документом. Анализ результатов анкетирования свидетельствует, что результаты гласного обследования достаточно часто оформляются протоколом. Полагаем, что возможность использования результатов гласного обследования в уголовном судопроизводстве влияет на его документальное оформление. Следователю, прокурору и судье психологически гораздо легче воспринимать документ, имеющий привычное для уголовного процесса название «протокол» (Калугин А.Д., 2010). Кроме того, сталкиваясь с различными вариантами оформления результатов одних и тех же ОРМ, у правоприменителя могут появиться сомнения в правильности оформления соответствующих документов и, следовательно, в допустимости их использования в уголовном судопроизводстве.

В связи с этим считаем необходимым универсализировать виды документов, оформляемых по результатам ОРМ. И таким универсальным документом, по нашему мнению, должен быть протокол. Он может составляться по результатам гласного обследования, проведенного одним сотрудником оперативного подразделения. В случае если в мероприятии принимали участие иные лица, то они в протоколе указываются, делаются отметки о разъяснении их прав и обязанностей. Участвующие и присутствующие при этом лица могут расписываться, тем самым подтверждая ход и результаты обследования.

Еще одним важным, по нашему мнению, вопросом исследования является наличие обязанности документального оформления результата каждого обследования. А.Е. Чечетин считает документальное оформление полученных результатов обязательным элементом ОРМ, поскольку без подготовки соответствующих оперативно-служебных документов мероприя-

тие нельзя считать завершенным¹. Обязательным должно быть документальное оформление каждого проведенного гласного обследования, – так считают 93,1 % интервьюированных нами прокуроров, осуществляющих надзор за ОРД. Однако опрошенные нами сотрудники оперативных подразделений ОВД пояснили, что документальное оформление гласного обследования происходит не всегда. В 22,1 % случаев проведения мероприятия результаты никак не оформлялись. Что это: отход от теоретических основ или же нечто иное? Инструкции, регламентирующие проведение ОРМ, предусматривают документальное оформление результатов обследования, но не содержат норм, предусматривающих обязанность и обязательность такого оформления (за исключением обследования, проводимого по распоряжению). А.М. Баранов признает, что существенным отличием уголовно-процессуальной деятельности от ОРД является отсутствие в последней обязательности протоколирования ОРМ². Иными словами, составление протокола, а равно любого иного специального документа по результатам обследования не является обязательным при проведении ОРМ.

В ходе изучения материалов уголовных дел мы смогли обнаружить документы, оформляемые по результатам гласного обследования лишь в делах, основа доказательственной базы которых была получена при изъятии, осуществленном в ходе проведения гласного обследования (1 дело – по ст. 222, 4 – по ст. 228 и 17 дел – по ст. 238 УК РФ), т.е. всего в 22 делах (24,2 %) имелись отдельные документы, оформляемые по результатам гласного обследования. Причем при выборе уголовных дел для изучения мы ориентировались на дела, в которых с высокой долей вероятности могли находиться интересующие нас документы. Полагаем, что применительно ко всему объему уголовных дел процент присутствия в материалах документов, оформляемых по результатам гласного обследования, существенно ниже.

В ходе последующего интервьюирования следователям и дознавателям задавался вопрос: проводилось ли по расследуемому событию такое ОРМ, как гласное обследование? Например, применительно к территории, прилегающей к месту происшествия, 92 % ответили на указанный вопрос положительно. Таким образом, изучив материалы уголовных дел, приходим к выводу, что оформление результатов гласного обследования отдельным документом в правоприменительной практике имеет место в случаях осуществления при обследовании изъятия материалов, приобщаемых к уголовному делу.

При изучении дел оперативного учета мы получили данные, практически идентичные результатам, полученным в ходе изучения уголовных дел. Разница заключалась лишь в розыскных делах, где ничего не изыма-

¹ См.: Чечетин Е.А. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности. С. 54.

² См.: Баранов А.М. Законность в досудебном производстве по уголовным делам: дис. ... д-ра юрид. наук. Омск, 2006. С. 271.

лось, однако имелись документы о проведении гласного обследования с целью обнаружения разыскиваемых лиц. Причем интересующее нас мероприятие оформлялось как ОРМ «обследование» в 7,3 % случаев, в 24,9 % указывалось, что осуществлялась проверка места возможного нахождения разыскиваемого лица (квартиры, дома, дачи и т.д.). В 67,8 % документов отражались сведения о результатах проведения комплекса ОРМ. Анализируя итоги интервьюирования и изучения материалов различных дел, мы пришли к выводу, что гласное обследование чаще всего проводится в сочетании с ОРМ «опрос», и по результатам проведения двух этих ОРМ составляется общий документ.

Документ, составляемый по результатам гласного обследования, является не предусмотренным Законом об ОРД отчетным документом, оформляемым по результатам деятельности сотрудников оперативного подразделения. Одной из задач ОВД, определенных в 2011 году Президентом Российской Федерации Д.А. Медведевым, является сокращение до разумного минимума объема отчетных документов¹. Разделяя позицию Д.А. Медведева, полагаем, что нужно стремиться к минимизации объема документооборота в ОРД. В случаях, когда стоящие перед ОРМ задачи могут быть выполнены и выполняются без документального оформления результатов, сотрудником оперативного подразделения может быть принято решение об отсутствии необходимости их составлять. Это позволит освободить время, затрачиваемое на составление ненужных, по нашему мнению, рапортов, справок, актов и т.д. Полагаем, что документ необходимо составлять лишь в том случае, если проводимым ОРМ устанавливаются юридически значимые обстоятельства, которые в дальнейшем могут быть использованы в решении задач ОРД. Такой документ нужен как элемент, обеспечивающий последующее использование полученного результата. По нашему мнению, это и будет тем разумным минимумом, о котором говорил Д.А. Медведев.

Полагаем, что в основе принятия решения о документальном оформлении результатов обследования лежит внутреннее убеждение сотрудника оперативного подразделения. Такое убеждение может быть связано с перспективой дальнейшего использования полученных в ходе мероприятия результатов, оформляемый документ необходим для последующего их использования. При отсутствии такой необходимости, а также в случаях, когда результат обследования используется сразу же после его получения, необходимости оформления специальных документов по результатам гласного обследования мы не видим. Например, в ходе мероприятия установлено местонахождение разыскиваемого преступника, на месте оформляется протокол задержания, копия которого впоследствии приобщается к

¹ См.: Медведев Д.А. Выступление на расширенном заседании коллегии МВД России по подведению итогов оперативно-служебной деятельности органов внутренних дел и служебно-боевой деятельности внутренних войск МВД России, ФМС России за 2010 год.

материалам розыскного дела, свидетельствующая о решении стоявших перед делом задач. Полагаем, что в указанных, а также в иных подобных случаях оформлять результат обследования не следует.

На наш взгляд, документальное оформление проведенного гласного обследования необходимо осуществлять только в целях обеспечения последующего использования полученного результата.

В отличие от отсутствия законодательно закрепленной обязанности составления документа по итогам ОРМ, ст. 15 Закона об ОРД, как мы уже указывали, предусматривает обязательное составление протокола изъятия. С.В. Баженов полагает, что поскольку проведение гласного обследования в большинстве случаев направлено на обнаружение и изъятие следов, документов, предметов и материалов, результат обследования нужно оформлять протоколом, включающим в себя изъятие (Баженов С.В., 2009), т.е. результаты обследования и изъятия оформляются в одном общем документе. Признавая право на существование указанной позиции, считаем более целесообразным разделение документального оформления ОРМ и изъятия на два самостоятельных документа, поскольку, во-первых, в Законе об ОРД речь идет только о протоколе изъятия при гласных ОРМ и ничего не говорится о совмещении такого протокола с документом, оформляемым по результату ОРМ, что может натолкнуть на рассуждения о выходе должностного лица при составлении документа за установленные законом рамки; во-вторых, высказанное суждение оставляет нерешенным вопрос о порядке оформления результатов в случае необнаружения или изъятия в порядке, установленном УПК РФ; в-третьих, гласное обследование может сочетаться и с решением иных задач, в том числе негласных, где изъятие является лишь частью мероприятия, при этом оформление двух различных документов по итогам одного ОРМ нам представляется не совсем оправданным; в-четвертых, у граждан есть право на получение копии протокола изъятия. Права на получение копии документа, оформляемого по результатам ОРМ, у граждан нет, такие копии им выдаваться, по нашему мнению, не должны. К такому выводу мы приходим на основе анализа не только Закона об ОРД, но и норм УПК РФ, регулирующих документальное оформление обыска, выемки и осмотров. В уголовно-процессуальном законодательстве копии протоколов осмотров не выдаются, даже если в ходе этого проводилось изъятие.

На наш взгляд, зарождение процедуры выдачи гражданам копий документов, оформляемых по результатам обследования, может привести к последующему нормативному закреплению обязанности выдачи таких копий, в том числе и по результатам других ОРМ. Кроме того, оформляя документ по результатам обследования, в котором принимали участие граждане, оказывающие гласное содействие, мы указываем сведения, по которым можно идентифицировать этих лиц (фамилию, имя, отчество, адрес места проживания и т.д.). Согласно п. 1 ч. 1 ст. 3 Федерального закона «О персональных данных» такие сведения являются персональными данными, распространение которых имеет определенный установленный за-

коном порядок¹. Защита персональных данных является одной из задач МВД России², выдача копий документов по результатам таких обследований не предусмотрена законом и может нанести ущерб лицам, оказывающим в соответствии со ст. 17 Закона об ОРД гласное содействие.

Таким образом, мы приходим к выводу о наличии фактического законодательного запрета на выдачу копий документов по результатам ОРМ, в которых содержатся персональные данные лиц, оказывающих гласное содействие. Защита лиц, оказывающих содействие, является безусловной задачей органов, осуществляющих ОРД³. Кроме того, многолетняя теория и практика ОРД на протяжении всего своего пути развития не предполагала выдачу гражданам копий документов, оформляемых по результатам проведенных ОРМ.

Вместе с тем мы допускаем возможность выдачи гражданам копий таких документов. Они могут быть выданы по усмотрению сотрудника оперативного подразделения в исключительных случаях и с согласия лиц, оказывающих гласное содействие, при отсутствии потенциальной возможности угрозы таким лицам.

Сделанные нами выводы относительно выдачи копий документов, оформляемых по результатам обследования, соответствуют не только Закону об ОРД, но и Федеральному закону «О полиции». Статья 15 Федерального закона «О полиции» предоставляет право вхождения (проникновения) в жилые или иные помещения, на земельные участки и территории и не предусматривает обязанности выдачи копий документов, свидетельствующих об осуществленном вхождении. Очевидно, что в ряде случаев такое вхождение в той или иной степени связано с ограничением прав, и каких-либо свидетельствующих об этом документов не выдается. Отметим еще одно обстоятельство: перечисляя объекты, на которые сотрудник полиции может входить, законодатель практически повторил перечень объектов, подлежащих обследованию, что, по нашему мнению, свидетельствует о значительной тождественности и при документальном оформлении таких действий.

Вместе с тем мы полагаем, что нужно учитывать интересы граждан и юридических лиц, права которых были ограничены, не получивших об

¹ О персональных данных: федер. закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ // Рос. газ. 2006. 29 июля.

² См.: Нурғалиев Р.Г. Заключительное слово на расширенном заседании коллегии МВД России по подведению итогов оперативно-служебной деятельности органов внутренних дел и служебно-боевой деятельности внутренних войск МВД России, ФМС России за 2010 год.

³ См.: Павличенко Н.В. Охрана конфиденциального сотрудничества: проблемы систематизации норм права // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2009. № 2 (8). С. 57-62; Его же. Правовой статус лиц, оказывающих содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность // Современное право. 2009. № 8. С. 103-106; Его же. «Конспирация» и «предание гласности» в оперативно-розыскной деятельности: содержание и соотношение // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2010. № 1 (11). С. 62-68.

этом никаких документов. По нашему мнению, интересы граждан, в том числе и по получению документов, свидетельствующих о проведении ОРМ, учтены законодателем. Часть 4 ст. 5 Закона об ОРД дает право любому гражданину, располагающему фактами проведения в отношении его ОРМ, обращаться за получением сведений в соответствующие органы. Федеральный закон «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» предусматривает право граждан обращаться, в том числе и в органы внутренних дел, а последних обязывает принять такое обращение и в месячный срок дать на него ответ¹.

На наш взгляд, в сочетании двух этих законов и ведомственного регулирования порядка работы с обращениями граждан вне зависимости от условий, перечисленных в ст. 5 Закона об ОРД, при наличии соответствующего желания гражданин может письменно обратиться в ОВД с просьбой о получении документа, подтверждающего проведение гласного обследования, ограничившего его права. В ответе на такое обращение орган внутренних дел подтверждает факт проведения гласного обследования, а также может указать основания его проведения. Результат такого мероприятия может сообщаться гражданину в пределах, допускаемых требованиями конспирации, исключающих возможность разглашения государственной тайны. В нем не должны содержаться персональные данные лиц, оказывающих гласное содействие и принимавших участие в обследовании.

Еще одним вопросом, заслуживающим внимания, является наличие нормативно закрепленных бланков документов, оформляемых в ходе проведения ОРМ. А.Е. Чечетин считает необходимым закрепить образцы оперативно-служебных документов в ведомственной инструкции, которая бы прошла согласование с Генеральной прокуратурой и Верховным Судом Российской Федерации², В.А. Литвинов наличие таких бланков связывает с соблюдением законности и считает их обязательными (Литвинов А.В., 2008).

Попытка ввести нормативно закрепленные бланки процессуальных документов была предпринята в 2001 г. депутатами Государственной Думы РФ в новом УПК РФ. Глава 56 предусматривала составление уголовно-процессуальных документов на специальных бланках, которые были сосредоточены в главе 57. Оценив положительные и отрицательные моменты, законодатель пришел к выводу об ошибочности такого решения и Федеральным законом от 5 мая 2007 года № 87 упразднил нормативное закрепление бланков уголовно-процессуальных документов.

Полагаем, что не следует повторять ошибки законодателей и вводить нормативно закрепленные бланки в ОРД. По нашему мнению, разработка образцов правоприменительных документов является задачей юридиче-

¹ См.: О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации: федер. закон от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ // Рос. газ. 2006. 5 мая.

² См.: Чечетин А.Е. Вопросы правового регулирования оперативно-розыскных мероприятий // Актуальные вопросы правового регулирования организации и тактики оперативно-розыскной деятельности: сб. науч. ст. М., 2007. С. 30.

ской науки, которая должна предлагать практике не бланки, а образцы документов, которые могут и должны корректироваться правоприменителем в каждом конкретном случае.

Следующий немаловажный вопрос нашего исследования – это использование результатов гласного обследования.

В статье 11 Закона об ОРД содержатся положения, определяющие возможные использования результатов ОРД. Проанализировав и обобщив ст.ст. 7, 8, 11, 15 Закона об ОРД, выделим три основных направления использования результатов исследуемого нами ОРМ:

- в ОРД;
- в уголовном судопроизводстве;
- при принятии решений по результатам ОРМ, проводимым по основаниям, предусмотренным пп. 1-3, 5-7 ч. 2 ст. 7 Закона об ОРД.

Последнее направление использования результатов мы лишь обозначим как реально существующее, однако рассматривать его подробно на страницах нашей работы не будем, поскольку использование таких результатов не находится в прямой взаимосвязи с закрепленными в ст. 2 Закона об ОРД задачами ОРД и целями нашего исследования.

Использование результатов непосредственно в ОРД имеет выработанную годами, достаточно успешную практику и не вызывает особых трудностей. Там нет четких предписаний, их результаты используются на основе большей части нормативно не закрепленных правил, фактически являющихся правовыми обычаями¹. Использование информации, полученной в ходе гласного обследования, мало чем отличается от использования результатов любого другого мероприятия.

Итак, результаты гласного обследования могут использоваться следующим образом:

1. При подготовке и осуществлении других ОРМ:
 - служить поводом и основанием для начала проведения других ОРМ;
 - влиять на принятие решений по организации и тактике проведения ОРМ;
 - обеспечивать решение задач по установлению точного местонахождения разыскиваемых лиц и трупов.
2. При принятии решения об установлении или о поддержании отношений с лицом сотрудничества, осуществляемого в рамках ст.17 Закона об ОРД.
3. При принятии решения о заведении, продлении или прекращении дел оперативного учета.

Отдельно рассмотрим использование результатов гласного обследования, сопряженного с изъятием документов, предметов, материалов и сообщений. В результате обследования органу, осуществляющему ОРД, временно попадают объекты материального мира. Результаты изъятия, пре-

¹ См.: Морозова Л.А. Указ. соч. С. 218.

доставляемые для использования в уголовном процессе, нами будут рассмотрены несколько позже. Часть изъятого используется в самой ОРД. Предметы документы и материалы могут направляться на различного рода исследования в целях получения сведений, необходимых для решения задач ОРД. После использования изъятого возникает вопрос о дальнейшей судьбе документов, материалов, веществ и сообщений.

Если судьбу вещественных доказательств определяет УПК РФ, то каких-либо норм в Законе об ОРД в отношении документов, материалов, веществ и сообщений не предусмотрено. Основываясь на том, что документы, материалы, вещества и сообщения являются объектами гражданских прав, решения по изъятому и не используемому в качестве вещественных доказательств должны приниматься на основе норм Гражданского кодекса РФ. По нашему мнению, при этом необходимо исходить из того, что ОВД неправомочно решать вопрос о смене собственника либо дальнейшего пользователя. При наличии гражданского правового спора между лицами, претендующими на право собственности, дальнейшая судьба изъятого должна определяться в гражданском порядке. Имеющее отношение к административному правонарушению может приобщаться к соответствующему делу, и уже в рамках административного производства будет решаться его дальнейшая судьба.

Получив результаты гласного обследования и придя к выводу о необходимости их дальнейшего использования в уголовном судопроизводстве, сотрудниками оперативного подразделения принимаются меры по оформлению рассмотренных нами выше рапорта, справки или акта и документов, при помощи которых этот результат будет «доставлен» в уголовное судопроизводство.

Использование результатов ОРД в уголовном судопроизводстве связано с процедурой их представления¹. В части 3 ст. 11 Закона об ОРД указано, что представление результатов ОРД органу дознания, следователю или в суд осуществляется на основании постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД, в порядке, предусмотренном ведомственными нормативными актами. В целях реализации данной нормы закона издан совместный приказ МВД России, Министерства обороны РФ, ФСБ России, Федеральной службы охраны РФ, Федеральной таможенной службы, Службы внешней разведки РФ, Федеральной службы исполнения наказаний, Федеральной службы РФ по контролю за оборотом наркотиков, Следственного комитета РФ от 27 сентября 2013 г. № 776/703/509/507/1820/42/535/398/68 «Об утверждении Инструкции о порядке представления ре-

¹ См.: Гусев В.А. Представление результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовное судопроизводство: проблемы и перспективы правового регулирования // Вестник Дальневосточного юридического института МВД России. 2010. № 1 (18). С. 87-94; Его же. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности: новые тенденции // Вестник Волгоградской академии МВД России. 2014. № 1 (28). С. 86-91.

зультатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд» (далее – Инструкция).

Пункт 6 Инструкции предусматривает представление результатов ОРД в виде рапорта об обнаружении признаков преступления или сообщения о результатах ОРД. При сопоставлении указанного пункта Инструкции с частью 3 ст. 11 Закона об ОРД мы обнаруживаем расхождение. Закон об ОРД подлежит буквальному толкованию, и единственной формой представления результатов ОРД органу дознания следователю или в суд является постановление. Никаких других вариантов представления результатов из смысла закона не следует. Иными словами, указанное в Инструкции «сообщение о представлении результатов» является не более чем сопроводительным письмом, посредством которого постановление, а также обнаруженные предметы материального мира направляются в орган дознания, следователю или в суд. Таким способом должны представляться любые результаты ОРД, в том числе и информация. Рапорт об обнаружении признаков преступления предусмотрен в ст. 143 УПК РФ, в юридической литературе он описан достаточно хорошо¹ и нами рассматриваться не будет. Далее в п. 9 Инструкции речь идет о постановлении, если результаты ОРД предоставляются для принятия решения в порядке ст.ст. 114, 145 УПК РФ, а также для приобщения к уголовному делу.

Еще в 1991 году известный специалист в области уголовно-процессуального права В.Т. Томин сказал, что «на сегодняшний день в практике доказывания по уголовным делам господствует, если так можно выразиться, генезисный подход: условием допустимости источника доказательств стало прослеживание его пути – от возникновения, до появления в уголовном деле... сложившиеся стереотипы в доказывании таковы, что требуют в любом случае... проследить генезис объекта»². Несмотря на то, что этому высказыванию более 20 лет, свою актуальность оно не утратило. Определенная нормативными актами процедура представления результатов ОРД позволяет проследить процесс появления материалов в уголовном деле. Соблюдение установленной процедуры дает возможность использовать результаты не только в процессе доказывания, но и при принятии различных процессуальных решений, например при избрании меры пресечения. Сообщение органа, осуществляющего ОРД, о намерении находящегося под подпиской о невыезде и надлежащем поведении обвиняемого скрыться от следствия является основанием для избрания более строгой меры пресечения. Если такие сведения представляются в обход порядка, установленного ч. 3 ст. 11 Закона об ОРД, то суд может не признать такую информа-

¹ См.: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В.И. Радченко; науч. ред. В.Т. Томин, М.П. Поляков. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 374-376; Божьев В.П. Уголовный процесс: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2008. С. 198-199; и др.

² Томин В.Т. Острые углы доктринального обеспечения радикальной формы уголовного судопроизводства // Цель и средства в уголовном судопроизводстве: сб. науч. тр. Н. Новгород, 1991. С. 9.

цию в качестве «допустимого» основания для избрания более строгой меры пресечения. Таким образом, для использования в уголовном судопроизводстве результатов любого ОРМ, в том числе и обследования, необходимо не только документально оформить данные результаты, но и соблюсти порядок их представления, сопровождаемый соответствующим документальным оформлением.

Однако проведенное нами исследование позволяет усомниться в таком выводе. В юридической литературе при рассмотрении тактики производства следственных действий (обыска или допроса) в указанных действиях предлагается участвовать сотруднику оперативного подразделения, который, располагая данными, полученными в ходе ОРД, объективно способствует повышению эффективности проведения следственного действия¹. Более того, практика знает случаи использования результатов ОРД в уголовном судопроизводстве втайне от лица, осуществляющего предварительное расследование. Располагая основаниями для производства обыска, сотрудники оперативного подразделения, стремясь обеспечить максимальную конфиденциальность имеющихся сведений, не раскрывают перед следователем или дознавателем свою осведомленность о точном местонахождении предметов, которые планируется найти. Проводя обыск или участвуя в его производстве, сотрудники оперативного подразделения самостоятельно реализуют имеющиеся оперативно-розыскные сведения. Результат такого обыска становится неожиданным, в том числе и для лица, расследующего уголовное дело. С учетом отсутствия у подавляющего большинства следователей и дознавателей допуска к соответствующим сведениям такие ситуации в правоприменительной практике встречаются достаточно часто.

Если в первом случае отсутствует документальное представление результатов ОРД, то во втором отсутствует даже факт представления таких сведений в какой-либо форме. Если исходить из буквального толкования ч. 3 ст. 11 Закона об ОРД, то можно говорить о незаконности использования результатов ОРД. Мы принципиально не согласны с таким тезисом и полагаем, что законодатель допустил неточность при конструировании указанной нормы закона. Субъекты ведомственного нормотворчества в Инструкции пытаются «сгладить» неточность законодателя, устанавливая процедуру представления результатов ОРД, направляемых для приобщения к материалам уголовного дела, и тем самым как бы обозначают, что результат ОРД бывает разным, по-разному может быть использован в уголовном судопроизводстве и, следовательно, может представляться несколькими способами.

¹ См.: Максимов В.С. Взаимодействие следователя с оперативными работниками при производстве следственных действий на предварительном следствии // Российский следователь. 2011. № 1. С. 5-6; Максимов В.С., Лахин В.Д. Использование результатов оперативно-розыскных мероприятий в тактике процессуальных действий на досудебном производстве // Вестник Омского университета. Сер. «Право». 2007. № 3. С. 157-158.

Один из таких способов усматривается в работе следственно-оперативной группы (СОГ) на месте происшествия. Сотрудник оперативного подразделения, работая на месте происшествия, о результатах проделанной работы незамедлительно информирует руководителя следственно-оперативной группы (в необходимых случаях по указанию руководителя СОГ – письменно) и своего непосредственного начальника. На месте происшествия, а также на территории, к нему прилегающей, оперуполномоченный имеет право и обязан проводить ОРМ.

Формально противоречия с Инструкцией о порядке представления результатов нет, то есть руководитель органа, осуществляющего ОРД, прибывает на место происшествия, анализирует результаты ОРМ (например, опроса), после чего выносит соответствующее постановление, далее составляется сообщение о результатах ОРД, и только после этого результат ОРД передается следователю. Иначе говоря, при отсутствии на месте происшествия соответствующего руководителя оперуполномоченный фактически обязан «утаивать» от следователя результаты проведенного по его поручению ОРМ, что, по нашему мнению, противоречит здравому смыслу.

Таким образом, объективная необходимость и возможность незамедлительного представления и использования результатов ОРМ при работе СОГ на месте происшествия не предполагают вынесения постановления руководителя о представлении результатов ОРД. Заметим, что такой вариант представления результатов не предусмотрен ни Законом об ОРД, ни вышеупомянутой Инструкцией. Кроме того, такой способ представления результатов ОРД органам предварительного расследования является традиционным, его можно наблюдать в ряде уже архивных приказов МВД, регламентировавших работу СОГ на месте происшествия (№ 280дсп, 2008 г, № 215дсп, 2002 г., № 334, 1996 г, № 116, 1989 г. и др.). Рассматриваемый вариант представления результатов является достаточно распространенным в правоприменительной практике: он наблюдался в 78 % изученных нами уголовных дел.

64,9 % интервьюированных следователей и дознавателей сообщили о регулярном использовании результатов ОРД, в том числе гласного обследования, сообщаемых сотрудниками оперативных подразделений в устной форме. Практически по каждому уголовному делу проводится обследование территории, прилегающей к месту совершения преступления. Получив от сотрудника оперативного подразделения устные сведения об обнаружении предметов либо следов преступной деятельности, работающий на месте происшествия следователь или дознаватель может увеличить осматриваемую территорию, описать и изъять обнаруженный при обследовании предмет, оформив изъятие протоколом следственного действия. При этом какого-либо специального документа по результатам гласного обследования не оформляется. В случае необходимости использования информации, полученной в ходе обследования, в качестве основания для проведения следственных действий, проводимых на основании постановлений, оперуполномоченный допрашивался в качестве свидетеля, и уже протокол до-

проса являлся основанием для проведения следственных действий, направленных на реализацию информации, полученной в ходе гласного обследования. По мнению опрошенных следователей, отдельный документ, оформляемый по результатам гласного обследования (рапорт или справка) и содержащий важную информацию, которую можно незамедлительно зафиксировать в протоколах следственных действий, не имеет особого значения, поскольку изложенные в нем сведения сами по себе доказательством не являются.

Таким образом, вариантов представления и использования результатов ОРД в уголовно-процессуальном судопроизводстве несколько, мы рассмотрим их особенности лишь применительно к результату гласного обследования. Главной особенностью представления и использования результатов гласного обследования в уголовно-процессуальном судопроизводстве является отсутствие необходимости рассекречивания как самого результата, так и источника его получения. Это обстоятельство преимущественно положительным образом влияет на целый ряд моментов, которые заключаются в следующем:

- отсутствует необходимость в сохранении в тайне полученного результата и лиц, присутствовавших при его получении;
- не выносятся постановления о рассекречивании;
- отсутствие необходимости рассекречивания позволяет с максимальной достоверностью изучить обстоятельства получения результата и проследить путь «превращения» материального объекта в вещественное доказательство.

Результаты гласного обследования, сопряженного с изъятием, позволяют формировать в уголовном судопроизводстве несколько видов доказательств: вещественные; протоколы следственных и судебных действий; показания подозреваемого, обвиняемого, свидетелей; заключения и показания экспертов, специалистов.

Детальный анализ Инструкции позволяет сделать вывод о том, что она регулирует представление результатов негласных ОРМ, но при этом не учитывает особенностей гласных ОРМ, в том числе обследования. По нашему мнению, особого значения это не имеет. Инструкция устанавливает общие правила представления результатов ОРД, которые применимы и в отношении результатов гласного обследования. Существенным отличием является, как мы уже упоминали, отсутствие необходимости вынесения постановления о рассекречивании.

Итак, результат гласного обследования многогранен. Им может быть как обнаружение, иногда сопровождающееся изъятием предметов материального мира или задержанием разыскиваемых преступников, так и информация. Результаты могут использоваться и в ОРД, и в уголовном судопроизводстве.

Результаты обследования могут оформляться различными документами (рапортами, справками), однако имеет место необходимость во вве-

дении универсального документа – протокола. Оформление результатов гласного обследования актом недопустимо.

Документальное оформление проведенного гласного обследования необходимо осуществлять только в целях обеспечения последующего использования полученного результата.

Копия документа, оформляемого по результатам обследования, не должна выдаваться гражданам. В случае изъятия составляется два документа, образующих в единстве результат обследования.

Процедура представления результатов в уголовное судопроизводство может быть различной – она зависит от вида результата и возможности его последующего использования. При необходимости приобщения результатов к материалам уголовного дела требуется соблюдение предусмотренной Законом об ОРД и ведомственными инструкциями процедуры их представления. В случае если информация, полученная в результате гласного обследования, используется как ориентирующая, она должна представляться преимущественно в устном виде, а иногда самостоятельно использоваться сотрудниками оперативных подразделений, принимающими участие в следственных действиях, минуя процедуру представления.

§ 3. Судебный контроль за гласным обследованием помещений, зданий, участков местности и транспортных средств в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел

Глава VI Закона об ОРД, регулирующая контроль за ОРД, не относит суд к субъектам такой деятельности. Вместе с тем суд, являясь значимым участником правоотношений, возникающих в связи с проведением ОРМ, выполняет возложенные на него законом функции. Реализуя возложенные на него функции, суд фактически осуществляет контроль за ОРМ и в целом за ОРД.

Проанализируем порядок получения судебного разрешения на проведение гласного обследования, действия судьи по поступившему уведомлению о проведении мероприятия в случаях, которые не терпят отлагательства, и обжалование в суд осуществленного ОРМ.

В.И. Иванов определяет судебный контроль как осуществляемую процедуру проверки судом соответствия Закону об ОРД принятых решений и (или) действий должностных лиц оперативно-розыскных органов в целях разрешения процессуально-правовых вопросов их законности и обоснованности, основное предназначение которой – создать условия для надлежащего отправления правосудия, а также защитить права и законные интересы человека и гражданина¹.

Судебный контроль можно разделить на следующие виды: в зависимости от временных параметров процедуры контрольной деятельности суда по проверке деятельности оперативно-розыскного органа – предварительный и ревизионный; по виду судопроизводства – в сфере уголовного судопроизводства и в сфере гражданского судопроизводства; по методу взаимодействия с оперативно-розыскным органом – прямой и косвенный².

Предварительный контроль заключается в получении судебного решения на проведение гласного обследования жилища. Закон об ОРД содержит нормы, регулирующие порядок получения такого решения. Отдельные вопросы регулируются ведомственными нормативными актами.

Однако существующая правовая база не дает четкого понимания порядка получения судебного разрешения, что вызывает трудности в правоприменительной практике и дискуссии в научной литературе. Рассмотрение проблемных вопросов, возникающих в процессе получения судебного разрешения, может способствовать совершенствованию деятельности органов, осуществляющих ОРД, и судов.

В соответствии со ст. 9 Закона об ОРД рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан осуществляется, как правило,

¹ См.: Иванов В.И. Судебный контроль за осуществлением оперативно-розыскных мероприятий: дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2011. С. 9.

² См.: Иванов В.И. Судебный контроль за осуществлением оперативно-розыскных мероприятий: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2011. С. 7-8.

по месту проведения таких мероприятий или нахождения органа, ходатайствующего об их проведении. Подобная формулировка закона не дает четкого понимания подсудности рассматриваемых материалов. Ряд авторов полагают, что рассмотрение материалов по месту проведения ОРМ является правилом, а по месту нахождения органа, осуществляющего ОРД, – исключением из этого правила¹. Иными словами, фактически установлена жесткая территориальная подсудность, т.е. никакие иные суды не правомочны рассматривать такие материалы. Если рассмотрение материалов по месту нахождения ходатайствующего органа является исключением, то такие обращения должны быть единичными. Однако анализ правоприменительной практики свидетельствует, что по некоторым направлениям деятельности оперативных подразделений такие материалы в подавляющем большинстве случаев рассматриваются судами по месту нахождения органа. Ярким примером является розыскная работа, специфика которой в значительной степени связана с проведением ОРМ, за пределами территории, обслуживаемой инициатором розыска. Кроме того, наличие большого количества межрайонных подразделений органов, осуществляющих ОРД, и рассмотрение материалов районными судами приводит к тому, что, как правило, материалы рассматриваются по месту нахождения ходатайствующего органа.

Таким образом, используемая в законе формулировка «как правило» относится в равной степени как к месту проведения ОРМ, так и к месту нахождения ходатайствующего органа. Из этого следует, что территориальный принцип рассмотрения материалов является правилом, из которого обязательно должны иметься исключения. В этом случае орган, осуществляющий ОРД, в порядке исключения может обратиться в любой из федеральных судов Российской Федерации за получением соответствующего разрешения. Следует обратить внимание на то, что в соответствии со ст. 3 Федерального закона от 17 декабря 1998 г. № 188-ФЗ «О мировых судьях в Российской Федерации»² мировые суды неправомочны рассматривать материалы об ограничении конституционных прав граждан при осуществлении ОРД.

В целях проверки наших выводов считаем необходимым проанализировать используемые в уголовно-процессуальном законодательстве правила определения подсудности: статья 165 УПК РФ предусматривает рассмотрение судом ходатайства о производстве следственного действия по месту производства предварительного расследования или производства следственного действия, статья 108 УПК РФ предусматривает рассмотрение ходатайства об избрании меры пресечения по месту производства предварительного расследования либо месту задержания подозреваемого. Ни в первом, ни во втором случае законодатель при определении подсуд-

¹ См.: Железняк Н.С. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности. С. 223; Дубоносов Е.С. Указ. соч. С. 216.

² Рос. газ. 1998. 22 дек.

ности не прибегает к использованию словосочетания «как правило», что исключает возможность обращения в иные суды.

Таким образом, наличие в Законе об ОРД указанного словосочетания предполагает возможность обращения в качестве исключения в иной суд, который, в соответствии с требованиями ч. 1 ст. 9 Закона об ОРД, не вправе отказать в рассмотрении таких материалов. Полагаем, что, основываясь именно на этом, Судебная коллегия Верховного Суда РФ в кассационном определении от 21 марта 2006 г. по делу № 19-о06-10мв признала законным решение Георгиевского городского суда Ставропольского края, разрешившего проведение ОРМ и не являвшегося ни судом по месту их проведения, ни судом по месту нахождения ходатайствующего органа. Кроме того, Коллегия обратила внимание на то, что по смыслу закона в соответствующем ходатайстве и постановлении суда не требуется мотивировка обстоятельств обращения в порядке исключения в конкретный суд¹. Наделив органы правом обращения в любой суд Российской Федерации, законодатель исходил из необходимости предоставления максимальной независимости при принятии решений как самого органа, так и суда, принимающего решение. Судебная система в Российской Федерации едина, и решения судов одинаково легитимны вне зависимости от местонахождения суда, их принявшего.

Однако сделанный нами вывод относительно возможности обращения практически в любой федеральный суд вступает в противоречие с позицией судей Конституционного Суда РФ, выраженной в постановлении от 9 июня 2011 г. № 12-П по жалобе И.В. Аносова², в связи с чем носит исключительно научный характер и не может использоваться в правоприменительной деятельности. Согласно указанному постановлению Конституционного Суда РФ подсудность таких материалов может быть изменена только решением вышестоящего суда, который по обращению органа, осуществляющего ОРД, в каждом конкретном случае будет определять место их рассмотрения. Полагаем, что такое обращение должно быть обязательно письменным и аргументированным. Любое решение суда не может быть бесосновательным, т.е. орган, осуществляющий ОРД, будет обосновывать необходимость его принятия. Сменить территориальную подсудность суд может только при наличии действительной необходимости в этом. Принять такое решение невозможно без оценки имеющихся оснований к проведению ОРМ и соблюдения предусмотренных законом условий. Судья нижестоящего суда попадет в ситуацию, в которой наличие оснований к проведению ОРМ и соблюдение условий уже до него фактически установлено вышестоящим судом. Иными словами, два суда будут оценивать одни и те же данные. В первом случае будет приниматься решение о смене

¹ Кассационное определение Судебной Коллегии Верховного Суда РФ от 21 марта 2006 г. по делу №19-о06-10мв [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Рос. газ. 2011. 22 июня.

территориальной подсудности, а во втором – рассматриваться вопрос о выдаче судебного разрешения.

Заметим, что в УПК РФ идет речь о смене подсудности уголовного дела и ничего не говорится о смене суда, в который следует обращаться при получении разрешения на производство следственных действий или избрании меры пресечения. Наиболее интересным нам представляется определение подсудности при избрании меры пресечения в виде заключения под стражу. Одним из мест возможного рассмотрения ходатайства считается место задержания. В правоприменительной практике возникают ситуации, связанные с задержанием лица, находящегося в розыске и перемещающегося по территории России, а иногда и стран ближнего зарубежья. Орган, осуществляющий ОРД, по собственному усмотрению может выбирать место, удобное для задержания такого лица. Заметим, что не следователь, не дознаватель, не прокурор, не суд, а должностное лицо органа, осуществляющего ОРД (оперуполномоченный), по своему собственному усмотрению выбирая место задержания, фактически определяет суд, которому предстоит рассматривать вопрос об избрании меры пресечения. Таким образом, нормы УПК РФ предусматривают возможность выбора суда для рассмотрения соответствующих обращений по усмотрению, в том числе и органа, осуществляющего ОРД. Кроме того, УПК РФ предусматривает смену территориальной подсудности, только когда речь идет об уголовном деле, и ничего не говорит о смене подсудности ходатайств, заявляемых на досудебных стадиях уголовно-процессуального судопроизводства. Установление таких правил в ОРД, которая может начинаться задолго до возбуждения уголовного дела, представляется не совсем оправданным.

На наш взгляд, предложенный Конституционным Судом РФ механизм смены территориальной подсудности нежизнеспособен. Верховный Суд РФ распространяет свою юрисдикцию на всю территорию России и поэтому является судом по месту проведения ОРМ. По нашему мнению, в случаях, подобных делу И.В. Аносова, органы, осуществляющие ОРД, будут напрямую обращаться в Верховный Суд РФ с ходатайством о получении судебного разрешения или же проводить ОРМ без судебных решений, как это предусмотрено в случаях, которые не терпят отлагательства. Мы разделяем позицию А.Е. Чечетина о распространении изложенной правовой позиции Конституционного Суда РФ на правоотношения, в том числе связанные с получением судебных разрешений в отношении иных категорий граждан, как обладающих, так и не обладающих иммунитетами¹. Наша позиция остается такой же и после внесения 10 июля 2012 г. изменений в ст. 9 Закона об ОРД, закрепивших возможность смены подсудности соответствующих материалов в отношении судей, оставив без внимания аналогичные вопросы в отношении других категорий граждан.

¹ См.: Чечетин А.Е. Конституционный Суд Российской Федерации о праве на законный суд в оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). 2011. № 4. С. 61.

Полагаем, что рассматриваемое решение Конституционного Суда РФ и последовавшие изменения Закона об ОРД не будут способствовать усилению правовой защищенности граждан, а лишь значительно увеличат количество ОРМ, проводимых в случаях, которые не терпят отлагательства. Что же касается проведения таких мероприятий в гласной форме, то отсутствие разрешения суда на их проведение осложнит и без того достаточно конфликтные правоотношения.

Другим проблемным вопросом является уровень судов, рассматривающих такие материалы. Позиция руководства судебных органов в ряде субъектов Российской Федерации привела к тому, что материалы рассматриваются преимущественно судами субъектов Российской Федерации. Судьи районного звена по причине отсутствия секретного журнала регистрации постановлений, а иногда и вообще без объяснения причин отказывают в рассмотрении таких материалов, вынуждая тем самым сотрудников оперативных подразделений обращаться в вышестоящий суд.

Значительная удаленность многих территорий Российской Федерации от федерального центра, объективно препятствующая личным обращениям сотрудников оперативных подразделений, а также исключение городских и районных судов из процесса рассмотрения материалов ОРД привели к тому, что суд субъекта Российской Федерации становится судом первой и одновременно последней инстанции, что необходимо рассматривать как существенное ограничение предусмотренного ч. 6 ст. 9 Закона об ОРД права на обращение в вышестоящий суд в случае отказа в разрешении проведения ОРМ. По нашему мнению, органу, осуществляющему ОРД, столкнувшемуся с отказом в принятии материалов к рассмотрению, необходимо в письменной форме уведомить об этом прокурора, осуществляющего надзор.

Одним из регуляторов правоотношений, связанных с получением судебного разрешения на проведение ОРМ, является постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 1993 г. № 13 «О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации»¹. Пункт 1 постановления рекомендует верховным судам республик, краевым, областным судам, судам городов федерального значения, судам автономной области и автономных округов, окружным (флотским) военным судам принимать к своему рассмотрению материалы, подтверждающие необходимость ограничения права гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Кроме того, Пленум указывает, что районные суды и гарнизонные военные суды не могут отказать в рассмотрении таких материалов в случае представления их в эти суды.

¹ О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации [Электронный ресурс]: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 дек. 1993 г. № 13: ред. от 6 февр. 2007 г. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

В.В. Кальницкий еще в 90-е гг. XX в., комментируя Закон об ОРД, указывал о рассмотрении материалов на проведение ОРМ дежурным судьей районного (городского) суда¹. Вопреки мнению ученого правоприменительная практика пошла по другому пути: в подавляющем большинстве случаев материалы об ограничении конституционных прав граждан в ходе проведения ОРМ рассматриваются краевым, областным и другими, приравненными к ним судами, т.е. судами субъектов Российской Федерации. В ряде регионов Российской Федерации районные суды вообще исключены из процедуры рассмотрения материалов ОРД.

Не вызвал особого внимания и тот факт, что в указанном постановлении Пленум Верховного Суда РФ разъяснял порядок ограничения конституционных прав не только в ОРД, но и в уголовном процессе, в котором правоприменительная практика сложилась совершенно противоположным образом: материалы об ограничении указанных прав рассматривают судьи районных (городских) судов, а вышестоящие суды включаются в правоотношения в случае обжалования принятого районными (городскими) судами решения.

9 июня 2011 г. Конституционный Суд РФ в постановлении № 12-П по жалобе И.В. Аносова указал на недопустимость нарушения предусмотренного ч. 1 ст. 47 Конституции РФ права гражданина на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которого оно отнесено в соответствии с законом. В данном постановлении также был сделан акцент на незаконности произвольной смены подсудности материалов при рассмотрении вопроса о разрешении проведения ОРМ, ограничивающих права граждан, получаемых в порядке, предусмотренном ст. 9 Закона об ОРД.

Указанное постановление Конституционного Суда РФ побуждает по-новому взглянуть на процедуру получения судебного разрешения на проведение ОРМ. В свете реализации обозначенного выше конституционного права гражданина считаем необходимым более тщательно проанализировать нормы Закона об ОРД, определяющие суд, к компетенции которого относится рассмотрение материалов ОРД.

В части 1 ст. 9 Закона об ОРД упоминается о двух судах: 1) по месту проведения таких мероприятий; 2) по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении. В части 7 этой же нормы говорится еще об одном суде – вышестоящем, который может рассматривать материалы ОРД в случае, если судья отказал в проведении ОРМ, которое ограничивает конституционные права граждан. Упоминание вышестоящего суда во взаимосвязи со словосочетанием «если судья отказал» наталкивает на рассуждение о наличии разграничения судов разных уровней на инстанции и позволяет усомниться в законности рассмотрения материалов ОРД судами субъектов Российской Федерации в качестве суда первой инстанции.

¹ См.: Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: науч.-практ. комментарий / под ред. В.В. Николюка, В.В. Кальницкого, А.Е. Чечетина. Омск, 1999. С. 89.

Таким образом, в соответствии с Законом об ОРД материалы могут рассматриваться тремя судами, последний из которых может принимать участие в процедуре только в случае отказа суда по месту проведения таких мероприятий или суда по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении.

Анализ норм Закона об ОРД и правовой позиции Конституционного Суда РФ, высказанной в постановлении по делу В.И. Аносова, позволяет говорить о возможности, а может быть, и необходимости пересмотра существующей общероссийской правоприменительной практики.

Мы не настаиваем на абсолютной истине наших выводов, но полагаем, что обсуждение рассматриваемой проблемы создаст предпосылки для внесения серьезных изменений в правоприменительную практику либо докажет несостоятельность сделанных нами выводов.

Порядок представления документов в суд не прописан ни в Законе об ОРД, ни в ведомственных инструкциях. Если для направления документов в суд по почте препятствий не существует, то возвращение их таким же способом достаточно проблематично. Согласно ч. 4 ст. 9 Закона об ОРД «постановление, заверенное печатью, выдается инициатору проведения оперативно-розыскного мероприятия одновременно с возвращением представленных им материалов». Такая формулировка закона подразумевает личное присутствие сотрудника оперативного подразделения при получении от судьи документов.

Кроме того, неясно, кто является инициатором – конкретное должностное лицо или орган, осуществляющий ОРД? Если речь идет о конкретном сотруднике, то из буквального толкования закона следует, что судья должен установить, является ли сотрудник, представивший в суд материалы, инициатором проведения ОРМ, и только после этого возвращать ему соответствующие документы. Не внес ясности в этот вопрос и Конституционный Суд РФ, который в своем определении по жалобе И.Г. Черновой ведет речь не об инициаторе, а о руководителе, обратившемся за получением разрешения¹. Некоторые авторы считают инициатором руководителя, вынесшего постановление о получении разрешения².

Необходимо признать верной позицию ученых, критикующих данное положение закона³. Полагаем, что под инициатором следует понимать не отдельное должностное лицо, а орган, осуществляющий ОРД, в целом. В этом случае материалы могут представляться в суд не только сотрудником, являющимся инициатором проведения конкретного ОРМ, но и другим

¹ См.: Определение 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 // Рос. газ. 1998. 11 авг.

² См.: Земскова А.В. Судебный контроль за соблюдением прав граждан в сфере оперативно-розыскной деятельности // Вестник МВД России. 2001. № 4. С. 96.

³ См.: Железняк Н.С. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности. С. 228.

должностным лицом такого органа. Если материалы в суд представляются не руководителем, подписавшим постановление, а иным сотрудником оперативного подразделения, то судья должен убедиться в наличии у такого сотрудника соответствующих полномочий.

В то же время проведенное анкетирование показало, что руководитель, подписавший постановление, лично представляет материалы в суд в 8,1 % случаев, инициатор мероприятия – в 63,9 %, иное лицо – в 27,8 %. При этом не выявлено ни одного факта наличия документа (доверенности), уполномочивающего сотрудника оперативного подразделения на представление материалов.

Получив постановление, утвержденное руководителем, судья приступает к его рассмотрению. Анализ практики получения судебных разрешений на проведение гласного обследования показывает, что в 29,3 % случаев при изучении постановлений судьи запрашивают дополнительные материалы. Опытные оперативные сотрудники, предвидя возможный запрос судьей дополнительных материалов, готовятся к этому заранее и берут их с собой.

Предусматривая незамедлительность рассмотрения материалов и отсутствие возможности приостановления процедуры их рассмотрения, законодатель, возможно, умышленно не определяет форму представления дополнительных материалов. Таким образом, последние могут представляться как в письменной, так и в устной форме. В связи с этим существенно возрастает роль лица, представившего в суд такие материалы. Его юридическая подготовка и умение грамотно обосновать наличие оснований и условий проведения ОРМ будет во многом благоприятствовать успешному рассмотрению материалов в суде.

Часть 6 ст. 9 Закона об ОРД предусматривает право органа, осуществляющего ОРМ, в случае отказа в проведении мероприятия обратиться по тому же вопросу в вышестоящий суд. Исключая принципиальную возможность обжалования органом, осуществляющим ОРД, отрицательного решения суда, закон демонстративно подчеркивает независимость, объективность и беспристрастность суда при рассмотрении соответствующих материалов и принятии решения. Кроме того, полагая, что, предусмотрев возможность обращения в вышестоящий суд, законодатель не запрещает повторного обращения. При принятии решения судья оценивает определенный объем оснований для проведения ОРМ, придя к выводу о недостаточности таких оснований, судья отказывает в выдаче разрешения. После отказа орган, осуществляющий ОРД, может получить дополнительные данные, содержащие основания проведения ОРМ. Часть 9 ст. 108 УПК РФ допускает при возникновении новых обстоятельств повторное обращение в суд с ходатайством о заключении под стражу одного и того же лица, по тому же уголовному делу после вынесения судьей постановления об отказе в избрании меры пресечения. Таким образом, при получении дополнительных данных, обосновывающих проведение мероприятия, не существует

никаких препятствий для повторного обращения в суд с новым постановлением о получении судебного разрешения.

При рассмотрении материалов в суде немаловажным является определение формы проведения обследования. В ряде предлагаемых образцов постановлений имеются сведения о форме проведения ОРМ (гласная или негласная) (Литвинов В.А., 2007). О необходимости указания в постановлении формы проведения обследования высказывались и опрошенные нами судьи, рассматривающие соответствующие обращения. По нашему мнению, такой подход в определенной части противоречит смыслу ст. 9 Закона об ОРД и ст. 25 Конституции РФ. При рассмотрении материалов суд принимает решение разрешить либо не разрешить ограничение конституционного права на неприкосновенность жилища. Полномочий по определению формы проведения мероприятия у суда нет и быть не должно. Форма проведения ОРМ тесным образом связана с тактикой, которая, согласно ч. 2 ст. 4 Закона об ОРД, определяется органом, осуществляющим ОРД. Определяя форму проведения ОРМ, суд фактически определяет тактику его проведения, подменяя тем самым собой соответствующие органы. В связи с этим полагаем, что форма проведения обследования не может входить в предмет судебного рассмотрения и определяться судом при решении вопроса о разрешении проведения ОРМ.

В отличие от формы проведения мероприятия, срок его проведения суд устанавливать правомочен. В соответствии с ч. 5 ст. 9 Закона об ОРД «срок действия вынесенного судьей постановления исчисляется в сутках со дня его вынесения и не может превышать шести месяцев, если иное не указано в самом постановлении». Иными словами, постановление действует в течение шести месяцев со дня его подписания или в течение иного срока, установленного в самом постановлении.

Приведенная выше формулировка закона дает повод предположить, что для самого суда теоретически верхний срок ничем не ограничен¹. С данным положением следует не согласиться, поскольку наличие в законе процедуры продления сроков действия постановления в виде получения нового решения подразумевает в качестве максимального шестимесячный срок действия. В случае, если судья по собственной инициативе в процессе рассмотрения материалов придет к выводу о необходимости установления меньшего срока действия постановления, он может его сократить. Отметим, что разрешение суда дает право на разовое гласное обследование жилища. В случае необходимости его повторного проведения следует получить новое разрешение.

Относительно сроков действия постановления руководителя на получение судебного разрешения существующая нормативная база не содержит никаких ограничений. Практика идет по пути представления в суд таких постановлений почти сразу после их вынесения. Поддерживая пра-

¹ См.: Пронин К.В. Краткий курс по оперативно-розыскной деятельности: учеб. пособие. М., 2009. С. 35.

вильность их незамедлительного представления, отметим, что они могут быть представлены в суд и рассмотрены вне зависимости от сроков составления. Единственным ограничением для представления в суд ранее вынесенного постановления может явиться прекращение полномочий руководителя, его оформившего.

Итак, проведенный нами анализ проблем, возникающих при получении судебного разрешения на гласное обследование жилища, показал следующее:

1. Постановление и материалы об ограничении конституционных прав граждан в ходе проведения ОРМ могут рассматриваться любым федеральным судьей по месту проведения таких мероприятий или по месту нахождения ходатайствующего органа, вышестоящим судом или по его решению иным федеральным судом.

2. Постановление и материалы об ограничении конституционных прав граждан представляются в суд руководителем, подписавшим постановление, либо иным сотрудником оперативного подразделения, имеющим соответствующую доверенность.

3. Процесс получения судебного разрешения может проходить в форме изучения судьей постановления, а также сочетаться с представлением дополнительных документов и устных сведений.

4. При получении дополнительных данных, обосновывающих проведение мероприятия, допускается повторное обращение в суд.

5. Разрешая проведение обследования, суд не может определять форму его проведения.

Процедура получения судебного разрешения сопровождается составлением соответствующих документов. Статья 9 Закона об ОРД предусматривает обязательное составление двух постановлений: руководителя органа, осуществляющего ОРД, и суда. Они должны быть мотивированными, подписанными, постановление суда, кроме того, должно быть заверено печатью. Отсутствие в Законе об ОРД четких требований к составляемым документам является причиной возникновения научных дискуссий и трудностей в правоприменительной деятельности. Имеют место случаи выдачи судебного решения без указания фамилии судьи, его вынесшего¹, или разрешающих проведение действий, не предусмотренных Законом об ОРД².

Приступая к началу реализации контрольной функции, суду необходимо учитывать, что основанием для решения судьей вопроса о проведении ОРМ, ограничивающего право на неприкосновенность жилища, является мотивированное постановление одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД. Полагаем, что судья должен проверить поступив-

¹ 24 июля 2009 г. Краснодарский краевой суд по ходатайству № 42/4-767 вынес постановление о разрешении на проведение оперативно-розыскного мероприятия без указания фамилии судьи, вынесшего его, и без печати.

² 16 февраля 2011 г. судья Чернышевского районного суда Забайкальского края вынес постановление, разрешившее «вхождение в жилище и его осмотр».

ший к нему документ на предмет соответствия описанным нами ранее требованиям.

Решение судьи по поступившим материалам оформляется постановлением. Полагаем, что наши выводы относительно формы и содержания постановления руководителя о получении судебного разрешения применимы и к постановлению судьи. Последнее должно иметь название «О разрешении проведения оперативно-розыскного мероприятия», об этом прямо указано в п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 1993 г. № 13 «О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации».

Описательно-мотивировочную часть следует начинать с указания на факт поступления в суд соответствующего постановления руководителя. Далее необходимо отразить изучение и оценку имеющихся оснований, условий и целесообразности проведения мероприятия. Если предоставлялись дополнительные материалы, то на это также необходимо делать ссылку. В конце описательно-мотивировочной части постановления судья должен сформулировать свою аргументированную позицию о необходимости выдачи разрешения на проведение ОРМ либо об отказе в его выдаче.

На наш взгляд, наиболее важной является резолютивная часть постановления, поскольку точность содержащихся в ней формулировок во многом определяет законность проведения мероприятия. При рассмотрении этой части решения суда считаем допустимым использовать выводы известного специалиста в области уголовно-процессуального права В.П. Божьева, который, анализируя резолютивную часть приговора, указывает, что она представляет собой формулировку юридически значимых выводов, к которым пришел суд в результате рассмотрения конкретного дела¹.

С нашей точки зрения, такой подход следует применять и к резолютивной части постановления суда по результатам рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан. Юридически значимым является вывод о действительном наличии оснований и соблюдении условий проведения гласного обследования, для которого запрашивается судебное разрешение, а следовательно, о разрешении проведения ОРМ или об отказе в разрешении его проведения. При положительном решении вопроса резолютивная часть должна начинаться словами: «Разрешить проведение оперативно-розыскного мероприятия, предусмотренного п. 8 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД, – обследование (конкретного объекта)». Если же говорить об отрицательном решении, то при буквальном толковании ч. 4 ст. 9 Закона об ОРД судья должен отказать в «проведении мероприятия». По нашему мнению, отказ судьи в выдаче судебного разрешения не может исключать проведение обследования с разрешения лиц, чьи права при этом будут ограничиваться. В связи с этим формулировка «отказать в выдаче разрешения на проведение ОРМ» представляется более целесообразной.

¹ См.: Божьев В.П. Указ. соч. С. 357.

Такой же подход следует использовать и при названии рассматриваемого постановления: оно должно называться либо «о разрешении проведения...», либо «об отказе в разрешении проведения...».

Немаловажным вопросом при оформлении постановлений является указание формы проведения обследования (гласная или негласная). В ряде предлагаемых образцов постановлений имеются такие сведения (Литвинов В.А., 2007). О необходимости указания в постановлении формы проведения мероприятия высказывались и опрошенные нами судьи Омского областного суда, рассматривающие соответствующие обращения. По нашему мнению, такой подход несколько противоречит смыслу ст. 9 Закона об ОРД и ст. 25 Конституции РФ. При этом следует учитывать, что суд дает либо не дает разрешение на проведение ОРМ, ограничивающего конституционное право на неприкосновенность жилища, но Закон об ОРД не устанавливает какой-либо взаимосвязи выдачи судебного разрешения с формой проведения мероприятия. Полагаем, что форма тесно связана с тактикой и определяется органом, осуществляющим ОРД, в связи с этим в постановлениях не должны содержаться сведения о форме проведения обследования.

Отдельно следует рассмотреть вопрос наличия либо отсутствия в постановлениях грифа секретности. В соответствии с п. 2 ч. 4 ст. 5 Федерального закона «О полиции» в случае применения к гражданину мер, ограничивающих его права и свободы, последнему необходимо разъяснить причину и основания применения таких мер. Часть 7 той же статьи обязывает обеспечить каждому гражданину возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы. Данные требования Федерального закона «О полиции» корреспондируют ч. 2 ст. 24 Конституции РФ, предусматривающей обязанность органов государственной власти, их должностных лиц обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом. Без сомнения, при гласном обследовании жилища происходит существенное ограничение права граждан. Сотрудник оперативного подразделения обязан не только разъяснить гражданину причину и основания ограничения его прав, но и предоставить возможность ознакомиться с соответствующими документами. Решение суда является документом, который должен предъявляться гражданам, оно подтверждает наличие и достаточность оснований ограничения конституционного права на неприкосновенность жилища и соблюдение установленной законом процедуры. Согласно ч. 1 ст. 12 Закона об ОРД сведения о гласных ОРМ не составляют государственную тайну и, следовательно, не подлежат засекречиванию. В связи с этим разрешающее постановление суда обязательно должно быть несекретным. По нашему мнению, не следует засекречивать и постановление руководителя, поскольку наличие соответствующего грифа будет фактически обязывать судью присваивать гриф секретности своему решению. При наличии несекретных постановлений внезапность проведения обследо-

ния может и должна обеспечиваться неразглашением сведений о планируемом обследовании. Таким образом, при получении судебного разрешения на гласное обследование жилища постановление руководителя и постановление судьи не должны иметь никакого грифа – с этим утверждением согласны 94,2 % опрошенных нами сотрудников оперативных подразделений. Отсутствие на постановлениях грифа секретности однозначно должно указывать на гласную форму проведения обследования.

Таким образом, предлагаемый нами подход к оформлению постановлений будет способствовать формированию единой правоприменительной практики и позволит избежать периодически возникающих проблем, связанных с неправильностью оформления документов и, следовательно, с нарушением законности.

Деятельность суда по проверке законности и обоснованности гласного обследования после начала его проведения следует рассматривать как ревизионный контроль. Он может быть прямым и косвенным, осуществляться как в рамках уголовного, так и гражданского судопроизводства. Вместе с тем вопросы ревизионного контроля изучены в юридической литературе лишь отчасти. Основным видом такого контроля, по нашему мнению, является рассмотрение судом жалоб на действия и решения, связанные с проведением гласного обследования. 94,2 % опрошенных нами адвокатов считают суд наиболее эффективной инстанцией, в которой следует обжаловать действия и решения, связанные с проведением гласного обследования, поскольку лишь вступившее в законную силу решение суда, признающее мероприятие незаконным, исключит дальнейшее использование его результатов. Тенденция роста обращений в суд с жалобами на действия органов, осуществляющих ОРД, отмечается и в юридической литературе¹, причем в основном обжалуется «обследование помещений»².

В Законе об ОРД не содержится норм, регулирующих обжалование в суд проведения ОРМ. Глава 16 УПК РФ посвящена обжалованию действий и решений лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, однако должностное лицо органа, осуществляющего ОРД, в ней не упоминается, а следовательно, его действия, связанные с проведением ОРМ, обжалованию не подлежат. В этой ситуации единственной правовой основой обжалования выступает Закон РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан»³. Данный закон является правовой

¹ См.: Прокофьев С.В. Обжалование в суд действий и решений органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность: Комментарий судебной практики / под ред. К.Б. Ярошенко. М., 2004. С. 41; Гусев В.А. Обжалование действий и решений органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность // Законность. 2012. № 1. С. 40-44.

² См.: Маслов В.В. Деятельность суда по обеспечению прав и законных интересов граждан в процессе оперативно-розыскных мероприятий: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011. С. 87.

³ Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан: закон РФ от 27 апр. 1993 г. № 4866-1 // Рос. газ. 1993. 12 мая.

основой для обжалования действий (решений), в отношении которых не предусмотрен другой порядок судебного обжалования. Иными словами, обжалование действий должностных лиц, органа, осуществляющего ОРД, может осуществляться в порядке, установленном этим законом, и по правилам гражданского судопроизводства.

Между тем результаты проведенных ОРМ используются, как правило, в уголовном судопроизводстве, в котором также рассматриваются вопросы законности. Не дав оценку действиям оперуполномоченного, следователь, дознаватель, прокурор и судья не смогут использовать результаты ОРМ в процессе доказывания. И уже их действия, связанные с использованием результатов проведенного гласного обследования, подлежат обжалованию в уголовном судопроизводстве. Фактически существующая нормативная база допускает рассмотрение одних и тех же вопросов в разных видах судопроизводства – уголовном и гражданском. С учетом того, что решения судов могут быть диаметрально противоположными, правовые отношения, связанные с обжалованием действий и решений должностных лиц органа, осуществляющего ОРД, при проведении ОРМ нельзя назвать урегулированными должным образом. С целью урегулирования правовой ситуации Верховный Суд РФ в определении от 12 октября 2005 г. указал на необходимость рассмотрения таких жалоб в порядке уголовного судопроизводства, аргументируя это наличием возбужденного уголовного дела, к которому приобщены результаты ОРМ¹.

Разделяя правовую позицию судей Верховного Суда РФ в целом, считаем, что указанное решение является лишь полумерой, направленной на совершенствование правоотношений. Исходя из логики указанного решения, при рассмотрении жалобы в ходе гражданского судопроизводства суд должен устанавливать факт приобщения результатов к уголовному делу и лишь после этого прекращать гражданское судопроизводство, порекомендовав заинтересованным лицам обжаловать в порядке, предусмотренном УПК РФ. Таким образом, суд, принявший к рассмотрению жалобу в гражданском порядке, должен вместо рассмотрения дела по существу устанавливать факт наличия начавшихся уголовно-процессуальных правоотношений. Кроме того, не совсем понятно, каким образом суд будет устанавливать факт приобщения результатов ОРД к уголовному делу? Если дело возбуждено в отношении подающего жалобу лица, то проблема решена, а если оно возбуждено по факту и о дальнейших действиях не сообщается, исходя из необходимости сохранения следственной тайны, выяснение принципиально важного для суда вопроса выглядит проблематичным. Еще более непонятна ситуация, связанная с обжалованием ОРМ, осуществляемых после вступления приговора в законную силу или проводимых по запросам иностранных государств. Безусловно, можно обжаловать действия и решения, связанные с использованием в уголовно-

¹ См.: Определение Верховного Суда РФ от 12 окт. 2005 г. по делу № 14-Г05-25 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 10.

процессуальной деятельности результатов обжалуемого ОРМ. Однако гражданину о приобщении материалов ОРМ к уголовному делу может стать известно только после ознакомления с его материалами, т.е. реализация права на обжалование зависит от должностных лиц органов расследования, что, по нашему мнению, недопустимо. Кроме того, гражданин считает незаконными прежде всего действия сотрудников оперативных подразделений и нацелен получить соответствующую правовую оценку со стороны суда.

Поскольку конфликтные правоотношения возникают, как правило, в результате мероприятий, проводимых в связи с совершением преступлений, то обжалование действий наиболее целесообразно осуществлять в рамках уголовного судопроизводства. Неопределенность и зависимость порядка обжалования от ряда субъективных факторов негативно влияет на соблюдение законности. Таким образом, по нашему мнению, есть основания для использования аналогии и рассмотрения жалоб в порядке, установленном ст. 123 УПК РФ, в случаях, когда ОРМ проводились в связи с совершением преступлений.

Применение процессуальной аналогии – лишь временная мера, которая может использоваться в правоприменительной практике, поскольку для окончательного решения обозначенной проблемы необходимо внесение изменений в законодательство.

Рассматривавший деятельность суда по обеспечению прав и законных интересов граждан в процессе ОРМ В.В. Маслов также пришел к выводу о необходимости внесения дополнений в Закон об ОРД. Он предлагал дополнить ч. 3 ст. 5 указанного законодательного акта следующей нормой: «Порядок рассмотрения жалоб граждан на действия (бездействие) должностных лиц оперативно-розыскных органов определяется нормами гражданского процессуального права, а при наличии возбужденного уголовного дела либо сообщения о преступлении – положениями уголовно-процессуального права, если иное не предусмотрено настоящим Федеральным законом»¹.

Полагаем, что указанный автор пришел к таким выводам, изучив определение Верховного Суда РФ от 12 октября 2005 г., без тщательного анализа возможности его практического применения. Как уже отмечалось ранее, суду будет непросто установить факт начала официальной уголовно-процессуальной деятельности. При этом необходимо понимать, что порядок обжалования определяется лицом, подающим жалобу, которое, не имея полномочий суда по запросу сведений, в подавляющем большинстве случаев не в состоянии самостоятельно получить информацию о зарегистрированном заявлении или о возбужденном уголовном деле. Иными словами, фактически обжаловать сможет лишь лицо, имеющее в соответствии с УПК РФ право ознакомления с материалами уголовного дела или случайно получившее соответствующие сведения. По нашему мнению, воз-

¹ Маслов В.В. Указ. соч. С. 75.

никновение такой ситуации недопустимо. Реализация права на обжалование не может быть связана с обязательным получением дополнительных сведений, касающихся обжалуемого мероприятия. Мы считаем, что при выборе вида судопроизводства необходимо исходить из того, в связи с чем проводились мероприятия, т.е. нужно отталкиваться от оснований проведения ОРМ, закрепленных в ст. 7 Закона об ОРД. При возникновении ситуации, которая обжалуется, лицо, готовящееся к обжалованию, осведомлено о том, в связи с чем проводилось мероприятие, т.е. ему известны основания проведения ОРМ и оно сможет выбрать порядок обжалования.

Кроме того, следует учитывать, что ст. 5 Закона об ОРД регулирует защиту прав и свобод человека и гражданина, а в ходе ОРМ могут ограничиваться и права юридических лиц, поэтому считаем более целесообразным не вносить дополнения в ч. 3 ст. 5 Закона об ОРД, как это предлагает В.В. Маслов, а дополнить Закон об ОРД статьей 5¹ «Обжалование действий и решений должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность», следующего содержания:

«Действия и решения, связанные с оперативно-розыскными мероприятиями, проводимыми по основаниям, предусмотренным частью 1 статьи 7 настоящего Федерального закона, обжалуются в порядке, предусмотренном для обжалования действий и решений должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство. В остальных случаях обжалование осуществляется в гражданском судопроизводстве».

Вторым, неосновным видом ревизионного судебного контроля является деятельность суда по поступившему уведомлению о проведении гласного обследования в случаях, которые не терпят отлагательства. При реализации надзорной функции суду необходимо осуществить проверку действий должностных лиц на предмет их соответствия требованиями законодательства. Иными словами, необходимо провести те же действия, что и при обжаловании. Во избежание повторного рассмотрения судом одних и тех же вопросов необходимо предоставить право лицам, чьи права ограничивались, на личное присутствие либо на участие иного лица, действующего в их интересах (адвоката) в процессе судебного рассмотрения материалов о признании правомерности действий сотрудников оперативного подразделения.

Для этого сотрудник, проводящий гласное обследование, или иное лицо органа, осуществляющего ОРД (например, участвующий в обследовании представитель правовых подразделений органов внутренних дел), должен не только разъяснить гражданам порядок обжалования, но и сообщить, в какой суд будет направлено уведомление о проведении гласного обследования жилища без судебного решения. При этом необходимо разъяснять гражданам их право на подачу в тот же самый суд своих жалоб и заявлений. Мы полагаем, что при выборе суда, в который необходимо направлять такие материалы, приоритет должен иметь суд по месту проведения гласного обследования.

На наш взгляд, уведомление о проведении неотложного ОРМ и жалоба гражданина на его проведение должны рассматриваться одновременно. Обязанность доказывания законности и обоснованности проведенного ОРМ лежит на органе, его осуществившем. Изучив документы, выслушав аргументы сторон, судья получит возможность принять более объективное решение.

При отсутствии жалобы граждан судья рассматривает уведомление и принимает решение единолично. В случае необходимости, по аналогии с ч. 3 ст. 9 Закона об ОРД, судья имеет право запросить дополнительные материалы. Кроме того, судья также может пригласить представителя органа, осуществляющего ОРМ, или иных его сотрудников для получения более полных сведений об основаниях и условиях проведенного ОРМ. В целях предотвращения необъективных решений суда считаем целесообразным в обязательном порядке решение о признании незаконным проведение гласного обследования выносить только после участия в рассмотрении соответствующих материалов представителя органа, осуществляющего ОРД.

Ранее мы упоминали о предложении А.Е. Чечетина проводить аналогию с ч. 5 ст. 165 УПК РФ при рассмотрении уведомлений о проведении неотложных ОРМ, но, по нашему мнению, предусмотренный в УПК РФ подход законодателя имеет ряд недостатков. Следователь или дознаватель имеют возможность проверить результаты неотложного следственного действия путем производства допросов лиц, назначения экспертиз, сравнения с иными материалами и только потом принять решение о законности всего следственного действия и дальнейшем использовании полученных результатов. Судья же по результатам изучения трех документов обязан принимать аналогичное решение, при этом не имея вышеуказанных возможностей следователя или дознавателя.

На наш взгляд, полномочия судьи по поступившему уведомлению должны быть несколько уже, чем это предусмотрено в УПК РФ. При реагировании на уведомление судья не может и, по нашему мнению, не должен принимать решение о законности проведения всего ОРМ. Осуществляя предварительный судебный контроль, судья оценивает наличие оснований, условий и целесообразность проведения ОРМ. Последующий судебный контроль, заключающийся в рассмотрении уведомления, должен решать ту же самую задачу, что и предварительный, а не давать оценку законности всего ОРМ, включая действия сотрудников оперативного подразделения во время его проведения, которые судья фактически контролировать не может ввиду отсутствия возможности получения информации об оцениваемых событиях.

Мы полагаем, что при поступлении уведомления о проведении неотложного ОРМ судья должен оценивать лишь действительное наличие оснований, условий и целесообразность проведения ОРМ, т.е. давать правовую оценку только законности принятия решения о проведении ОРМ. Оценить действия должностных и иных лиц в процессе проведения меро-

приятия суд будет иметь возможность, реагируя на поступившие жалобы, а также при рассмотрении уголовного дела по существу.

Предлагаемый нами порядок действий судьи по поступившим уведомлениям, с одной стороны, предоставит органам, осуществляющим ОРД, возможность более эффективно справляться со стоящими перед ними задачами, с другой – позволит должным образом обеспечить защиту законных прав и интересов граждан, чьи права при этом были ограничены. После реализации в Законе об ОРД предлагаемых изменений появится реальная возможность претворения в правоприменительную практику положений ч. 3 ст. 123 Конституции РФ об осуществлении судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон. Распространение принципа состязательности на ОРД позволит сделать очередной шаг на пути к становлению России как правового государства.

Косвенный ревизионный контроль, на наш взгляд, заключается в реализации судом полномочий при рассмотрении вопросов об использовании в уголовном судопроизводстве результатов ОРМ в качестве доказательств по уголовным делам. В приговорах суд дает оценку доказательствам, оценивая тем самым проведенное гласное обследование. Осуществляя судебный контроль, суд дает оценку наличию оснований и соблюдению условий проведения ОРМ, а также действиям и решениям во время проведения обследования. В частности, под сомнение может ставиться законность поисковых действий. В теории ОРД имеется достаточно устоявшееся мнение, которое заключается в том, что обследование может ограничиваться только визуальным осмотром обследуемых объектов¹.

По нашему мнению, данная точка зрения была актуальна при отсутствии законодательного регулирования ОРД, т.е. до 1992 года. В современных условиях необходимо руководствоваться не позицией ученых, уходящей корнями в советский период, а действующей правовой базой – прежде всего Законом об ОРД, в котором понятие «осмотр» не используется в принципе, последний наделен конкретным уголовно-процессуальным смыслом, закрепленным в самом УПК РФ. На практике наблюдается избирательный подход к определению законности поисковых действий при рассматриваемом нами ОРМ: если речь идет об обследовании участка местности, то законность вскапывания земли сомнения не вызывает, а вот если обследуется жилище, то поисковые действия рассматриваются как незаконные. Вопрос о допустимости поисковых действий, на наш взгляд, необходимо рассматривать в рамках комплексного анализа законодательства.

И начинать при этом нужно с Конституции РФ, в которой закреплены наиболее охраняемые права, в частности, право на неприкосновенность жилища. Это право может быть ограничено государственными органами в случаях, установленных федеральным законодательством. При рассмотрении вопроса об ограничении этого права не имеет значения, в рамках уго-

¹ См.: Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / О.А. Вагин [и др.]; под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.Е. Синилова. М., 2006. С. 341.

ловно-процессуальной или оперативно-розыскной деятельности суд принимает решение, разрешить ограничить это право или нет. Суд не принимает решение о допустимости или о недопустимости поисковых действий, а дает или не дает разрешение на ограничение охраняемого права как такового. Решение о допустимости поисковых действий и, соответственно, законности должно приниматься в каждом конкретном случае, исходя из стоящих перед обследованием задач и условий, в которых оно проводится. Одной из традиционных задач обследования является обнаружение орудий преступления, разыскиваемых лиц, тайников. Очевидно, что достичь этой задачи посредством одного лишь визуального осмотра невозможно. Определяя в Законе об ОРД ОРМ в качестве обследования, законодатель определил конкретный способ достижения задач ОРД и при этом избавил оперативно-розыскную науку и практику от дискуссий о том, где же все-таки заканчивается осмотр и начинается обыск. При рассмотрении судом вопроса о законности поисковых действий необходимо исходить из анализа целей и возможности их достижения. Повреждение целостности обследуемых объектов должно быть адекватным, причиняемый при этом ущерб должен быть минимален.

Рассматривая судебный контроль за гласным обследованием, мы приходим к выводу, что, несмотря на отсутствие в Законе об ОРД соответствующей статьи и позиции ученых, считающих судебный контроль мифом¹, суд, реализуя предусмотренные законами полномочия, фактически выполняет контрольную функцию и способствует укреплению законности. Вместе с тем судебный контроль, на наш взгляд, недостаточно эффективен и нуждается в совершенствовании.

Существует два основных вида контроля: предварительный – заключающийся в рассмотрении вопроса о разрешении проведении ОРМ, и последующий – осуществляемый после его проведения.

Постановление и материалы об ограничении конституционных прав граждан в ходе проведения ОРМ могут рассматриваться любым федеральным судьей по месту проведения таких мероприятий или по месту нахождения ходатайствующего органа, вышестоящим судом или по его решению любым иным федеральным судом. Постановление и материалы об ограничении конституционных прав граждан представляются в суд руководителем, подписавшим постановление, либо иным сотрудником оперативного подразделения, имеющим соответствующую доверенность. Процесс получения судебного разрешения может проходить в форме изучения судьей постановления, а также сочетаться с представлением дополнительных документов и устных сведений. При получении дополнительных данных, обосновывающих проведение мероприятия, допускается повторное обращение в суд. Разрешая проведение обследования, суд не может определять форму его проведения.

¹ См.: Железняк Н.С. О некоторых проблемах законодательного регулирования... С. 9.

Руководитель органа, осуществляющего ОРД, должен обращаться в суд с постановлением «о получении разрешения на проведение оперативно-розыскного мероприятия», резолютивная же часть должна начинаться со слов «Ходатайствовать о получении разрешения на проведение оперативно-розыскного мероприятия, предусмотренного п. 8, ч. 1 ст. 6 Федерального закона “Об оперативно-розыскной деятельности”». По результатам рассмотрения материалов суд выносит постановление «О разрешении оперативно-розыскного мероприятия», резолютивная часть которого должна начинаться со слов «разрешить проведение», а в случае отрицательного решения – «об отказе в разрешении» и «отказать в разрешении».

В целях совершенствования последующего контроля считаем необходимым дополнить Закон об ОРД статьей 5¹ «Обжалование действий и решений должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность», изложенной в следующей редакции:

«Действия и решения, связанные с оперативно-розыскными мероприятиями, проводимыми по основаниям, предусмотренным частью 1 статьи 7 настоящего Федерального закона, обжалуются в порядке, предусмотренном для обжалования действий и решений должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство. В остальных случаях обжалование осуществляется в гражданском судопроизводстве».

Кроме того, ч. 3 ст. 8 необходимо дополнить следующим: «При отсутствии необходимости в получении судебного разрешения на продолжение оперативно-розыскного мероприятия орган, проводивший оперативно-розыскное мероприятие, направляет в суд по месту его проведения уведомление. Получив указанное уведомление, судья в течение 24 часов с момента его поступления проверяет законность принятия решения о проведении оперативно-розыскного мероприятия и выносит постановление о его законности или незаконности, при этом суд имеет право запросить дополнительные материалы, пригласить представителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, и иных лиц. Решение о незаконности проведенного оперативно-розыскного мероприятия принимается только после участия в рассмотрении соответствующих материалов представителя органа, его осуществившего».

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Гласное обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств является эффективным средством решения задач по борьбе с преступностью. Его необходимо применять при отсутствии возможности проведения следственных действий, в частности, при выявлении преступлений, розыске лиц, их совершивших, пропавших без вести и в ряде других случаев.

Проведенное исследование гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств позволило выявить значительное количество проблем в теории и практике оперативно-розыскной деятельности. Выявленные проблемы нами тщательно анализировались и предпринимались попытки решения выявленных проблем. Полагаем, что далеко не все предложенные нами варианты решения имеющихся проблем являются безупречными и, возможно, в дальнейшем будут оспорены исследователями оперативно-розыскных правоотношений.

Не является идеальным и ведомственное нормативное правовое регулирование порядка проведения ОРМ¹. На сегодняшний день порядок проведения гласного обследования сотрудниками органов внутренних дел существенно отличается от того же самого мероприятия, проводимого сотрудниками оперативных подразделений других органов, осуществляющих ОРД, при этом порядок проведения следственных действий является общим для всех.

Одной из выявленных нами проблем является отставание оперативно-розыскной науки от действующего нормативного правового регулирования и складывающейся на его основе правоприменительной практике. Большая часть проводимых научных исследований проблем оперативно-розыскных правоотношений и власти отношений проводится в закрытом режиме, их результаты недоступны широкой юридической общественности. Следователи, прокуроры и судьи вынуждены пользоваться открытыми учебными изданиями, которые не всегда объективно трактуют те или иные моменты исследуемых правоотношений. А ведь именно от следователей, прокуроров и судей зависит использование результатов ОРД в уголовном судопроизводстве. Мы разделяем позицию С.И. Захарцева о необходимости развития оперативно-розыскной науки как открытой юридической

¹ См.: Гусев В.А. Проблемы и перспективы правовой регламентации юридических процедур в оперативно-розыскной деятельности // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2006. № 1. С. 94-99; Его же. Оперативно-розыскной процесс и процедура: сущность, соотношение и перспективы правового регулирования // Оперативник (сыщик). 2013. № 1. С. 15-19; Его же. Юридические процедуры в оперативно-розыскной деятельности: актуальность исследования // Научный вестник Омской академии МВД России. 2014. № 3. С. 31-35.

дисциплины¹. Полагаем, что необходимо увеличивать количество мест в очных адъюнктурах (докторантурах) и аспирантурах для исследования проблем ОРД и использования ее результатов в уголовном, административном, гражданском и арбитражном судопроизводствах. К проведению исследований активно привлекать сотрудников прокуратуры и судей.

Надеемся, что проведенное исследование и сделанные выводы будут интересны читателям.

¹ См.: Захарцев С.И. Рассвет и угасание Санкт-Петербургской научной школы ОРД // Оперативник (сыщик). 2015. № 3 (44). С. 15.

Научное издание

Бакланов Леонид Анатольевич

ГЛАСНОЕ ОБСЛЕДОВАНИЕ ПОМЕЩЕНИЙ, ЗДАНИЙ,
СООРУЖЕНИЙ, УЧАСТКОВ МЕСТНОСТИ И ТРАНСПОРТНЫХ
СРЕДСТВ В ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ

Монография

Корректурa и редактирование *Е.В. Карнаухова*
Верстка и техническое редактирование *Е.К. Булатова*
Тиражирование *Г.А. Щукина*

Подписано в печать 11.12.2015 г. Формат 60x84/16.

Усл. п. л. 6,6. Уч.-изд. л. 7,3. Заказ № 156.

Тираж 100 экз. Цена свободная.

Редакционно-издательское отделение
Тюменского института повышения
квалификации сотрудников МВД России
625049, г. Тюмень, ул. Амурская, 75.