

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОБЛЮДЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
ПРИ ПРОВЕДЕНИИ ОРМ, ОГРАНИЧИВАЮЩИХ
КОНСТИТУЦИОННЫЕ ПРАВА ГРАЖДАН**

А.А. ВОЛКОВ, В.В. ЛОШКАРЕВ

Волков Алексей Анатольевич, начальник отдела N 3 управления по надзору за следствием, дознанием и оперативно-розыскной деятельностью прокуратуры Самарской области, младший советник юстиции.

Лошкарев Вадим Вадимович, старший прокурор отдела N 3 управления по надзору за следствием, дознанием и оперативно-розыскной деятельностью прокуратуры Самарской области, юрист 1 класса, кандидат юридических наук, доцент.

Статья призвана обратить внимание на актуальные проблемы соблюдения законодательства при проведении оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права граждан.

Ключевые слова: ОРМ, ОРД, ПТП, СИТКС, прокурор, постановление.

Pressing issues of observance of legislation in the course of performance of operative and search activities limiting the constitutional rights of citizens

A.A. Volkov, V.V. Loshkarev

Volkov Alexey Anatolyevich, Chief, 3rd Division, Department for Supervision over Investigation, Inquiry, Operative and Search Activities, Public Prosecutor's Office of the Samara Region, Junior Counselor of Justice.

Loshkarev Vadim Vadimovich, PhD (Law), Assoc. Prof., Senior Public

Prosecutor, 3rd Division, Department for Supervision over Investigation, Inquiry, Operative and Search Activities, Public Prosecutor's Office of the Samara Region, 1st Class Lawyer.

This article is urged to pay attention to actual problems of respecting the rule of law when carrying out the operational search actions limiting constitutional rights of citizens.

Key words: ORM, HORDES, PTP, SITKS, prosecutor, resolution.

На страницах журнала "Законность" уже обращалось внимание на отдельные аспекты рассматриваемой проблемы <1>, поскольку складывающаяся практика прокурорского надзора свидетельствует о том, что существующие механизмы ведомственного и судебного контроля не всегда в полной мере обеспечивают защиту конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий (далее - ОРМ), их ограничивающих.

<1> См., напр.: Гусев В. Обжалование действий органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность // Законность. 2012. N 1. С. 40 - 44; Фатыхов Т. Надзор за соблюдением конституционных прав граждан при осуществлении ОРМ // Законность. 2013. N 12. С. 44 - 45; Бессчасный С., Малюков В. Опротестование незаконных судебных решений о даче разрешений органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, на проведение в отношении граждан оперативно-розыскных мероприятий // Законность. 2015. N 9. С. 7 - 11.

Только по результатам проверок в 2012 - 2013 гг. прокуроры выявили свыше 8 тыс. нарушений Федерального закона от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности" (далее - ФЗ об ОРД), допущенных

всеми правоохранительными органами при возбуждении перед судом ходатайств о проведении оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права граждан (далее - ходатайство). Причины нарушения законодательства в этой сфере в значительной степени обусловлены ее недостаточным законодательным регулированием, в том числе в части реализации прокурором полномочий по восстановлению прав и законных интересов граждан, нарушенных действиями органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность (далее - ОРД), а также порядка рассмотрения прокурором жалоб на постановления указанных органов, порядка судебного рассмотрения и дальнейшего обжалования незаконных судебных постановлений.

Так, в соответствии со ст. ст. 8, 9 ФЗ об ОРД проведение ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, допускается на основании судебного решения. К числу таких прав в силу ст. ст. 23 и 25 Конституции РФ относятся права на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища. Необходимо отметить, что федеральным законодательством предусмотрены и другие права, ограничение которых при проведении ОРМ возможно только на основании судебного решения. Гарантиями законности проведения ОРМ, ограничивающих указанные права, выступают прокурорский надзор и судебный контроль. При этом в подавляющем большинстве случаев только уполномоченный прокурор может выявить факты нарушений законодательства, регламентирующего ОРД при проведении указанных ОРМ, поскольку возможности института судебного контроля в этой сфере объективно ограничены.

Так, ст. 21.1 Закона РФ от 21 июля 1993 г. N 5485-1 "О государственной тайне" предусматривает для судей на период исполнения своих полномочий особый порядок допуска к государственной тайне без проведения соответствующих проверочных мероприятий, что позволяет судье при

рассмотрении ходатайств, руководствуясь ч. 4 ст. 9 ФЗ об ОРД, получать иные материалы, касающиеся оснований для проведения ОРМ, за исключением данных о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих ОРД, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, об организации и о тактике проведения ОРМ. Буквальное толкование этой нормы означает, что суду не могут быть представлены ведомственные нормативные правовые акты органов исполнительной власти, регламентирующие организацию и тактику проведения ОРМ, которые при этом, в соответствии с ч. 2 ст. 21 ФЗ об ОРД, могут быть представлены уполномоченному прокурору по его требованию.

Незнание нормативных актов, регламентирующих организацию и тактику проведения ОРМ, плохо сказывается на всесторонности изучения материалов при рассмотрении соответствующих ходатайств. Следует признать, что ведомственные нормативные правовые акты по этим вопросам довольно объемны, многочисленны, специфичны для каждого органа, осуществляющего ОРД, самостоятельно определяющего перечень ДООУ и порядок их ведения, а также организацию и тактику проведения ОРМ.

К примеру, анализ вынесенных судами Самарской области постановлений о разрешении проведения таких ОРМ, как прослушивание телефонных переговоров и снятие информации с технических каналов связи, показал, что всего в первом полугодии 2015 года рассмотрено 4135 ходатайств. Почти все ходатайства судом удовлетворены, а случаи отказов - единичны. Изучение текстов ходатайств и вынесенных на их основании судебных постановлений позволяет предположить, что судебные постановления зачастую составлялись непосредственно оперативными работниками, которые в тексте оставляли прочерки, куда ручкой вписывались должность и Ф.И.О. судьи. Сами по себе такие факты не несут какой-либо угрозы, поскольку решение в конечном счете принимает судья и отвечает за него, но это свидетельствует о том, что доводы оперативных

сотрудников судом принимались по умолчанию в качестве законных и обоснованных, а сама роль суда, по сути, сводилась к формальной выдаче требуемого постановления, тем самым допускалось сужение сферы судебного контроля, что не согласуется с позицией Конституционного Суда РФ, указывавшего на то, что судебная процедура ограничения конституционных прав имеет целью обеспечение интересов общества и государства, составляющих в единстве с интересами личности совокупность национальных интересов России, чем обуславливается обязанность судьи подходить к оценке представляемых в таких случаях материалов ответственно и всесторонне, субъективно оценивая фактические данные, влекущие необходимость получения судебного решения относительно производства соответствующих ОРМ <2>.

<2> См. подробнее: Определение Конституционного Суда РФ от 2 октября 2003 г. N 345-0 "Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Советского районного суда города Липецка о проверке конституционности части четвертой статьи 32 Федерального закона от 16 февраля 1995 года "О связи".

Существующий порядок единоличного вынесения судом постановления и направления его только в орган, осуществляющий ОРД, без уведомления о принятом решении прокурора не способствует своевременному выявлению прокурором незаконных решений. Даже при стопроцентном изучении ДОУ, находящихся в производстве поднадзорных органов, уполномоченный прокурор не всегда может оперативно среагировать на незаконные судебные постановления, при этом зачастую прокурор узнает об их существовании тогда, когда они уже вступили в законную силу, а на их основании уже проводятся ОРМ. Для восстановления законности приходится прибегать к процедуре обжалования. Никаких юридических препятствий для обжалования рассматриваемых постановлений суда нет <3>, а значит, по

общим правилам УПК РФ незаконное постановление суда может быть обжаловано в вышестоящий суд лицом, полагающим, что действия органов, осуществляющих ОРД, привели к нарушению его прав и свобод. В том же порядке на судебное решение может быть подано кассационное представление прокурора, на которого в соответствии с ч. 9 ст. 5 ФЗ об ОРД возложена обязанность принимать меры по восстановлению прав и законных интересов физических и юридических лиц, нарушенных органом (должностным лицом), осуществляющим ОРД (включая случаи, когда лицо не может знать о существовании судебного постановления, ограничивающего его конституционные права, ввиду его секретности).

<3> См., напр.: Определение Конституционного Суда РФ от 15 июля 2008 г. N 460-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Букреева Владимира Викторовича на нарушение его конституционных прав отдельными положениями статей 5, 11 и 12 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" и пунктом 13 Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд".

По результатам проведенного анализа представляется обоснованным сделать обязательным для органов, осуществляющих ОРД, согласование с прокурором ходатайств о проведении ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан. Изложенное потребует корректировки норм ФЗ об ОРД, Приказа Генерального прокурора РФ от 15 февраля 2011 г. N 33 "Об организации прокурорского надзора за исполнением законов при осуществлении оперативно-розыскной деятельности" (далее - Приказ N 33), а также Инструкции о порядке допуска должностных лиц и граждан РФ к государственной тайне, утвержденной Постановлением Правительства РФ от 6 февраля 2010 г. N 63, поскольку в соответствии с ее п. 66 доступ граждан к

сведениям, составляющим государственную тайну, в организациях, в которые они командированы, осуществляется после предъявления ими предписаний на выполнение задания (форма 5), документов, удостоверяющих личность, и справок о допуске по соответствующей форме (формы 6 - 8). А в силу совокупности нормативных предписаний ФЗ об ОРД, Приказа N 33, указаний Генеральной прокуратуры РФ <4> уполномоченным прокурорам надлежит изучать ДООУ по месту их ведения в органах, осуществляющих ОРД, запрашивая в прокуратуру лишь в исключительных случаях. При этом механизм согласования подобных ходатайств видится целесообразным закрепить в отдельном межведомственном нормативном правовом акте, которым будет определен порядок представления прокурору для изучения ходатайств и материалов оперативно-розыскной деятельности, сроки рассмотрения ходатайств, виды решений, принимаемых прокурором по итогам изучения ходатайств, и их процессуальная форма, механизм уведомления прокурора о фактах, когда ОРМ уже проведены в случаях, не терпящих отлагательства, и др. Необходимо также учесть, что в соответствии с подп. "г" п. 9 Приказа N 33 при выявлении противоречащих закону постановлений и иных решений должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, прокурор обязан принять меры к их опротестованию. Конечно же, при наличии вступившего в законную силу постановления суда, вынесенного на основании незаконного, по мнению прокурора, постановления органа, осуществляющего ОРД, последнее не будет отменено по протесту прокурора (со ссылкой на то, что законность постановления проверена судом и на его основании вынесено судебное постановление, которое не отменено), но в случае, когда судебного постановления еще нет, этот вопрос может быть рассмотрен вышестоящим руководителем и разрешен в соответствии с законом. Поэтому в этом же предлагаемом к разработке межведомственном нормативном правовом акте можно закрепить также процедуру, предусматривающую усеченные сроки принесения прокурором протеста на незаконное постановление должностного лица органа, осуществляющего

ОРД, и его рассмотрения.

<4> Указание Генеральной прокуратуры РФ и МВД России от 29 сентября 2008 г. N 215/69, 1/7818 "О порядке представления органами внутренних дел оперативно-служебных документов с целью осуществления прокурорами надзора за исполнением Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности"; Указание Генеральной прокуратуры РФ и ФСБ России от 18 апреля 2002 г. N 20-27/10 "О порядке осуществления прокурорского надзора за исполнением Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" органами Федеральной службы безопасности".

В связи с изложенным нет необходимости поддерживать имеющиеся предложения о том, чтобы сделать прокурора участником собственно судебного рассмотрения указанных ходатайств, поскольку эта процедура не является ни судебным разбирательством, ни даже подготовительными действиями к судебному заседанию, и в этих правоотношениях еще даже нет сторон <5>, рассматриваемая процедура - это форма судебного контроля, а предлагаемое нами согласование с прокурором соответствующих ходатайств - способ сделать судебный контроль более эффективным, пресечь нарушения законов на ранней стадии, поскольку в суд будут поступать ходатайства, законность проведения ОРМ по которым уже проверена прокуратурой, и суд будет обладать объективной информацией по существу ходатайства (с учетом независимой позиции прокурора), а не руководствоваться только позицией ведомства, заинтересованного в получении судебного постановления.

<5> См. подробнее: Определение Конституционного Суда РФ от 8 февраля 2007 г. N 128-О-П "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мартиросяна Ованеса Борисовича на нарушение его

конституционных прав статьей 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности".

Следующая проблема, требующая законодательного регулирования, - процедура обжалования в суде постановления органа, осуществляющего ОРД, ходатайствующего о разрешении проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД лицо, полагающее, что ставшие известными ему действия органов, осуществляющих ОРД, привели к нарушению его прав и свобод, вправе обжаловать эти действия в вышестоящий орган, осуществляющий ОРД, прокурору или в суд.

Имеющееся разграничение процедур обжалования, с учетом двух постановлений Пленума Верховного Суда РФ, не устраняет правовую неопределенность в этом вопросе, недостаточно способствует единообразному правоприменению. Так, для судебного обжалования предусмотрены две возможные процедуры: либо в порядке ст. 125 УПК - жалобы на решения и действия должностных лиц, органов, осуществляющих ОРД по выявлению, пресечению преступлений, а также проверке поступивших заявлений и иных сообщений о совершенном или готовящемся преступлении в порядке выполнения поручения следователя, руководителя следственного органа и органа дознания <6>; либо в порядке гл. 25 ГПК РФ <7> - жалобы и представления на решения, действия (бездействие) должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, когда они не исполнялись на досудебной стадии уголовного судопроизводства <8>. Таким образом, предлагаются два порядка обжалования: уголовно-процессуальный и административный (до 15 сентября 2015 г. - гражданско-процессуальный), но критерии разграничения между ними размыты, к тому же не всегда без изучения материалов ДОУ можно сделать вывод об основаниях проведения ОРМ, что при поступлении жалобы не дает суду возможности изначально бесспорно определить вид процесса, в котором она будет рассмотрена.

<6> См. подробнее: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. N 1 "О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации".

<7> Несмотря на то, что с 15 сентября 2015 г. гл. 25 ГПК утратила силу в связи с введением в действие Кодекса административного судопроизводства РФ (КАС РФ), в котором аналогичные нормы закреплены в гл. 22, вопросы обжалования действий органов, осуществляющих ОРД, не получили четкой регламентации, а Постановление Пленума ВС РФ от 10 февраля 2009 г. N 2 не подверглось изменениям, и возможно его применение по аналогии для норм гл. 22 КАС.

<8> См. подробнее: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. N 2 "О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих".

В связи с этим поддерживаем позицию В. Гусева, полагающего, что раз ОРМ и правоотношения, складывающиеся при их проведении, являются предметом правового регулирования оперативно-розыскного законодательства, то и судебный порядок рассмотрения жалоб на действия органов, осуществляющих ОРД, должен быть закреплен в ФЗ об ОРД <9>.

<9> См.: Гусев В. Указ. соч. С. 44.

В ФЗ об ОРД необходимо также регламентировать порядок рассмотрения прокурором жалоб на действия и решения органов, осуществляющих ОРД, поскольку этот вопрос не в полной мере законодательно урегулирован. Так, в ФЗ об ОРД, Приказе N 33 этот порядок не закреплен. УПК не предусматривает обязанности прокурора по

рассмотрению жалоб на действия органов, осуществляющих ОРД, в порядке ст. 124 УПК. Также не содержится указаний об этом и в Приказе Генерального прокурора РФ от 1 ноября 2011 г. N 373 "О порядке рассмотрения жалоб на действия (бездействие) и решения органа дознания, дознавателя, следователя, руководителя следственного органа и прокурора". Таким образом, указанные жалобы - это жалобы на нарушение федерального законодательства. При этом нельзя проводить аналогию с порядком рассмотрения жалоб, определенным для судей.

Освещая имеющиеся проблемы соблюдения законодательства в этой сфере, авторы выражают надежду, что предложенные возможные пути их решения найдут свое отражение в законодательных инициативах.

Пристатейный библиографический список

1. Бессчастный С., Малюков В. Опротестование незаконных судебных решений о даче разрешений органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, на проведение в отношении граждан оперативно-розыскных мероприятий // Законность. 2015. N 9.

2. Гусев В. Обжалование действий органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность // Законность. 2012. N 1.

3. Фатыхов Т. Надзор за соблюдением конституционных прав граждан при осуществлении ОРМ // Законность. 2013. N 12.

Для оформления ссылки на данную публикацию:

Волков А.А., Лошкарев В.В. Актуальные проблемы соблюдения законодательства при проведении ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан // Законность. 2016. N 4. С. 66 - 70.