

**РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ ПРАВОСУДИЯ
(СЕВЕРО-ЗАПАДНЫЙ ФИЛИАЛ)**

**МЕЖДУНАРОДНАЯ АССОЦИАЦИЯ СОДЕЙСТВИЯ ПРАВОСУДИЮ
(WWW.IUAJ.NET)**

**ПРИ УЧАСТИИ
УПРАВЛЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННЫХ ОСНОВ
УГОЛОВНОЙ ЮСТИЦИИ СЕКРЕТАРИАТА
КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

**КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

**СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ ВСЕРОССИЙСКОГО КРУГЛОГО СТОЛА
3 НОЯБРЯ 2011 Г.**

**Составитель
К.Б. КАЛИНОВСКИЙ**

20-летию
Конституционного Суда
посвящается

Калиновский Константин Борисович, заведующий кафедрой уголовно-процессуального права Северо-Западного филиала Российской академии правосудия, кандидат юридических наук, доцент.

ПРЕДИСЛОВИЕ

30 октября 2011 года юридическая общественность отметила юбилей Конституционного Суда Российской Федерации, судьи которого ровно 20 лет назад провели первое рабочее совещание. Конституционный Суд Российской Федерации не только является высшим судебным органом в России, но и, используя самые современные достижения юридической науки, принимает решения, которые оказывают непосредственное влияние на все законодательное поле. Не является исключением и законодательство об оперативно-розыскной деятельности, оценка которому давалась в почти 80 решениях Конституционного Суда Российской Федерации.

В юбилейный для Конституционного Суда Российской Федерации год 3 ноября в Санкт-Петербурге состоялся круглый стол "Конституционно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности". В центре научной дискуссии находилась конституционно-правовая оценка правового регулирования оперативно-розыскной деятельности и практики применения оперативно-розыскного законодательства, взаимосвязи этой деятельности с

уголовным судопроизводством и обеспечения в данной сфере защиты законных интересов и прав личности. Конституционно-правовой подход к анализу данных проблем предполагает их разрешение на основе норм высшей юридической силы, принципов права и правовых ценностей, имеющих универсальное значение для правовой системы в целом, что в определенной мере позволяет избежать правоприменительных ошибок, вызванных неверным пониманием отраслевого законодательства.

В работе круглого стола приняли участие известные специалисты, представляющие практически все существующие научные школы и направления теории оперативно-розыскной деятельности в России от Калининграда до Хабаровска. Среди участников круглого стола 11 докторов юридических наук, представители научной общественности Украины и Казахстана, работники судебной системы, Генеральной прокуратуры Российской Федерации, Следственного комитета Российской Федерации, адвокатуры и ведомств, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

Отметим, что данный круглый стол продолжает традиции предыдущих научных форумов, организованных Международной ассоциацией содействия правосудию совместно с Северо-Западным филиалом Российской академии правосудия и другими высшими учебными заведениями: "Школы и направления уголовно-процессуальной науки" (Санкт-Петербург, 5 - 6 октября 2005 г.), "Эволюция уголовного судопроизводства на постсоветском пространстве" (Киев, 22 - 23 июня 2006 г.), "Стратегии уголовного судопроизводства", "К 160-летней годовщине со дня рождения проф. И.Я. Фойницкого" (Санкт-Петербург, 11 - 12 октября 2007 г.), "Конституционно-правовые проблемы уголовного права и процесса" (Санкт-Петербург, 30 октября 2009 года), "Уголовная юстиция: связь времен" (Санкт-Петербург, 6 - 8 октября 2010 года), на которых обсуждались самые злободневные проблемы уголовной юстиции.

Настоящий сборник включает в себя доклады и научные сообщения участников круглого стола, посвященные актуальным проблемам оперативно-розыскной деятельности. По мнению организаторов круглого стола, его материалы будут интересны научным работникам, практикующим юристам, преподавателям, аспирантам и студентам юридических вузов, а также всем, кто интересуется проблемными вопросами теории правового регулирования оперативно-розыскной деятельности.

Организаторы круглого стола - Северо-Западный филиал Российской академии правосудия и Международная ассоциация содействия правосудию (МАСП/UAJ) - выражают благодарность Управлению конституционных основ уголовной юстиции Секретариата Конституционного Суда Российской Федерации за оказанную помощь в организации и проведении конференции, а также всем, кто принял участие в научной дискуссии.

Председатель Совета
Международной ассоциации

содействия правосудию,
д.ю.н., профессор
А.В.Смирнов

Директор Северо-Западного
филиала Российской академии
правосудия, к.ю.н., доцент
С.К.Дряхлов

Заведующий кафедрой
уголовно-процессуального права
Северо-Западного филиала Российской
академии правосудия, к.ю.н., доцент
К.Б.Калиновский

О.А. ВАГИН

**КОНСТИТУЦИОННЫЕ ПРОБЛЕМЫ
ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
(НАУЧНЫЙ ДОКЛАД)**

Вагин Олег Александрович, начальник Управления конституционных основ уголовной юстиции Конституционного Суда Российской Федерации, кандидат юридических наук, доцент, действительный государственный советник юстиции 3 класса, заслуженный юрист Российской Федерации.

1. Оперативно-розыскная деятельность (далее - ОРД) в силу ее преимущественного негласного характера, использования в ее осуществлении конфиденциального содействия отдельных лиц традиционно является предметом не только пристального внимания, но и дискуссий относительно допустимости ее средств и методов, нравственной состоятельности этой деятельности, а учитывая, что в процессе этой деятельности неизбежно затрагиваются права и свободы личности, вовлекаемой в процесс ее осуществления независимо от того, преследуются ли ее интересы при проведении оперативно-розыскных мероприятий (далее - ОРМ), носят ли эти мероприятия нейтральный характер или же они направлены на изобличение этого лица в совершении преступления, возникает вопрос и о соответствии нормативных правовых актов, ее регламентирующих, Конституции Российской Федерации.

Как следует из Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" (далее - Закон об ОРД), ограничение отдельных прав граждан в процессе ОРД преследует публичные интересы - защиту жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечение безопасности общества и государства от преступных посягательств (статья 1) - и обусловлено состоянием преступности, характером и опасностью

криминальных деяний, негласным противодействием правоохранительным органам, осуществляющим борьбу с преступностью, что в конечном счете делает неэффективным, а то и невозможным решение задач предупреждения и раскрытия преступлений иными средствами.

Тем самым ОРД ориентирована на защиту конституционно признанных ценностей, допускает ограничение в целях их защиты конституционных прав личности, и уже поэтому осуществление этой деятельности, ее правовое регулирование приобретают конституционно-правовой аспект.

Хотя интенсивность криминального воздействия на права личности и общественную безопасность предполагает повышенную ответственность за состояние и динамику преступности и активность реагирования исполнительной власти и ее силовых структур на преступные посягательства, это не снимает с них обязанности действовать в рамках правового поля, в пределах определенных полномочий, по основаниям и в порядке, которые установлены законом. Применительно к сфере тайной, негласной деятельности ввиду ее сопряженности с ограничениями прав граждан и их неочевидностью для объектов негласных мероприятий, а также обусловленной негласностью деятельности сложности восприятия и оценки наличия и степени ограничения субъективных прав, а потому и неопределенности оснований (предпосылок) для их защиты, соблюдение законности в сфере оперативно-розыскной деятельности имеет особые остроту и значение. При этом, поскольку ограничение прав всегда конкретно и касается определенных лиц, само состояние и динамика преступности не могут служить ни обоснованием допустимости, ни оправданием ограничения конституционных прав личности.

Поэтому использование в деятельности правоохранительных органов оперативно-розыскных средств и методов должно осуществляться лишь в силу обоснованной необходимости не в абстрактном, а в конкретном ее значении, в строгом соответствии с правовыми предписаниями - неукоснительным соблюдением законности. При этом, поскольку в любом демократическом правовом государстве первостепенную роль играет конституция, закрепляющая основы конституционного строя, правового статуса личности, ориентирующая и обеспечивающая успешное развитие личности, общества и государства, общественную, экономическую, государственную безопасность, безопасность личности, оценка конституционной законности оперативно-розыскной деятельности должна осуществляться не только путем формального сопоставления правоприменительных действий на предмет их соответствия отдельным правовым нормам, но и путем оценки самих юридических норм в системе правового регулирования и исходя из взаимосвязанных положений Основного Закона. В противном случае неизбежна полярность суждений относительно одних и тех же действий и регламентирующих их положений закона как соответствующих или не соответствующих Конституции Российской Федерации.

Свидетельство тому - множественные обращения в Конституционный

Суд Российской Федерации с требованиями о проверке на конституционность их положений. Учитывая, что все решения Конституционного Суда Российской Федерации, касающиеся оспаривания положений Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", являются определениями об отказе в рассмотрении жалоб заявителей ввиду их несоответствия требованиям Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации", в соответствии с которыми жалоба в Конституционный Суд Российской Федерации признается допустимой, в значительной степени это связано с необоснованностью обращений, неверным пониманием содержания оспариваемых норм, неправильным их применением или оценкой правоприменительных действий.

Именно неоднозначное восприятие учеными и практиками, профессионалами и дилетантами, должностными лицами и рядовыми гражданами существа оперативно-розыскной деятельности, содержание обращений в Конституционный Суд Российской Федерации, демонстрирующих понимание заявителями и их представителями сути тех или иных положений законодательных актов, сопровождение их документами, наглядно иллюстрирующими правоприменительную практику, дали почву для размышлений и послужили предпосылкой для подготовки настоящего доклада.

Представленный доклад есть лишь некая краткая иллюстрация, показывающая актуальность изучения и разрешения конституционных проблем оперативно-розыскной деятельности как для законодательства, так и для оперативно-розыскной практики. Проблемы ОРД не исчерпываются указанными ниже. В рамках доклада вряд ли возможно полно и всесторонне изложить все проблемы и все аспекты конституционности оперативно-розыскной деятельности. Автор не ставил такой задачи. Задача состояла лишь в том, чтобы обозначить основные, по мнению автора, болевые точки правового регулирования и осуществления ОРД.

2. Конституция закрепляет правовое основание современного цивилизованного государства, основанного на принципах демократии, разделения властей, приоритета прирожденных и неотчуждаемых прав и свобод человека и гражданина, правового закона. Тем самым государство введено в поле права. Оно должно действовать как правомерный субъект <1>. Следовательно, полномочия государственных органов в сфере правового регулирования и реализации ОРД, выполнение государством своих обязательств в этой сфере деятельности или обязательств, обусловленных ее осуществлением, также не могут не иметь конституционного оттенка.

<1> Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. М.: Норма; ИНФРА-М, 2011. С. 19 - 20.

В равной мере это относится к особенностям правового статуса лиц -

участников оперативно-розыскных правоотношений, будь то сотрудники оперативных подразделений или лица, оказывающие им содействие. Повышенный риск их деятельности предполагает и повышенные гарантии правовой безопасности, социальной и правовой защиты. Вместе с тем, применительно к оперативно-розыскной деятельности, эти проблемы остаются традиционно нерешаемыми, что ведет к отступлению от выполнения государством обязательств по выполнению конституционных требований, вытекающих из функций социального государства (часть первая статьи 7), где охраняются труд и здоровье людей, устанавливаются государственные пенсии, пособия и иные гарантии социальной защиты (часть вторая статьи 7), реализуется право на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности (часть третья статьи 37), гарантируется социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей и в иных случаях, установленных законом (статья 39).

Закон об ОРД содержит ряд бланкетных норм, прямо указывающих на реализацию определенных социальных гарантий (части первая и пятая статьи 16 <2>, части пятая, шестая, восьмая и девятая статьи 18 <3>), а потому и этот аспект оперативно-розыскного права требует осмысления с конституционно-правовых позиций.

<2> На должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, распространяются гарантии социальной и правовой защиты сотрудников тех органов, в штаты которых указанные лица входят. Время выполнения должностными лицами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, специальных заданий в организованных преступных группах, а также время их службы в должностях штатных негласных сотрудников указанных органов подлежат зачету в выслугу лет для назначения пенсии в льготном исчислении в порядке, определяемом Правительством Российской Федерации.

<3> Лица, сотрудничающие с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, либо оказавшие им помощь в раскрытии преступлений или установлении лиц, их совершивших, могут получать вознаграждения и другие выплаты. Полученные указанными лицами суммы вознаграждений и другие выплаты налогами не облагаются и в декларациях о доходах не указываются.

Период сотрудничества граждан по контракту с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, в качестве основного рода занятий включается в трудовой стаж граждан. Указанные лица имеют право на пенсионное обеспечение в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В случае гибели лица, сотрудничающего по контракту с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, в связи с его участием в проведении оперативно-розыскных мероприятий семье пострадавшего и лицам, находящимся на его иждивении, выплачивается

единовременное пособие в размере десятилетнего денежного содержания погибшего и в установленном законодательством Российской Федерации порядке назначается пенсия по случаю потери кормильца.

При получении лицом, сотрудничающим по контракту с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, травмы, ранения, контузии, увечья, наступивших в связи с его участием в проведении оперативно-розыскных мероприятий и исключающих для него возможность дальнейшего сотрудничества с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, указанному лицу выплачивается единовременное пособие в размере пятилетнего денежного содержания и в установленном законодательством Российской Федерации порядке назначается пенсия по инвалидности.

Предусмотренные Законом об ОРД меры социальной и правовой защиты реализуются в правоотношении, возникающем при наличии его юридического состава, под которым понимается совокупность юридических фактов (оснований, условий), с которыми связывается действие правовой нормы.

В качестве общего условия применения мер социальной и правовой защиты безотносительно к категории участника ОРД выступает правомерность выполнения им своего служебного или общественного долга, возложенных на него обязанностей. Только при таком условии правомерно и справедливо применять меры защиты к участникам ОРД. Данным положением законодатель подчеркивает, что только правомерная, т.е. осуществляемая в рамках закона, деятельность может быть социально одобряемой. Отклонение поведения в виде преступления или иного правонарушения исключает меры защиты к участникам ОРД, поскольку такие действия законодательно не санкционированы государством. Это положение направлено на исключение произвола в действиях участников ОРД.

Вместе с тем законодательное закрепление оперативно-розыскных мероприятий, установление их исчерпывающего перечня хотя и призваны обеспечить соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении ОРД, а также определить правомерность действий ее субъектов (должностных лиц и лиц, оказывающих им содействие), отличить их действия от противоправных, уголовно наказуемых деяний и тем самым обеспечить легитимность их деятельности, но тем не менее не исключают, а лишь минимизируют возможность (риск) привлечения их к ответственности, в том числе к уголовной.

Это связано с тем, что с объективной стороны ряд ОРМ имеет сходство с признаками отдельных составов преступлений. Спектр действий участников ОРД, напоминающих преступления, достаточно широк. В частности, оперативное внедрение имеет некоторое сходство с соучастием в преступлении, а применительно к внедрению в банду незаконное вооруженное формирование - с преступлениями, предусмотренными

статьями 208 и 209 УК Российской Федерации, объективная сторона которых - участие в банде или незаконном вооруженном формировании - квалифицируется законом в качестве окончательного состава преступления.

Осуществление действий, выходящих за рамки Закона об ОРД, в его нарушение, проведение оперативно-розыскных мероприятий с нарушением пределов полномочий, установленного порядка и (или) в целях, не предусмотренных законом, оперативно-розыскной деятельностью не являются, а могут образовывать признаки преступлений, например злоупотребления должностными полномочиями (ст. 285 УК), превышения должностных полномочий (ст. 286 УК), нарушения неприкосновенности частной жизни (ст. 137 УК), нарушения тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений (ст. 138 УК) и др.

Закон об ОРД, в частности, запрещает проведение ОРМ не уполномоченными на то физическими и юридическими лицами, а также использование ими специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации. Иначе говоря, оперативно-розыскные мероприятия не могут проводить несубъекты ОРД. Ограничены в проведении отдельных ОРМ и сотрудники оперативных подразделений, не относящиеся к специализированным подразделениям, службам и органам как внутри-, так и межведомственной оперативно-розыскной компетенции. Несоблюдение данного ограничения может рассматриваться как превышение должностных полномочий (статья 286 УК Российской Федерации).

Уголовный кодекс Российской Федерации (статья 138) предусматривает в качестве квалифицированного состава преступления нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений граждан, совершенное лицом с использованием своего служебного положения, что имеет некоторое объективное сходство с правомерными действиями сотрудников оперативных подразделений.

Безусловно, внешнего сходства признаков состава преступления с действиями должностных лиц, как и самого факта нарушения Закона об ОРД или отступлений от положений ведомственных нормативных правовых актов, регламентирующих организацию и тактику оперативно-розыскной деятельности при проведении ОРМ, явно недостаточно для их квалификации в качестве преступления. Здесь важно учитывать совокупность всех обстоятельств, причин, мотивов действий субъектов ОРД, которые чаще всего не образуют состава преступления. Вместе с тем при наличии таких отступлений и нарушений возникает вопрос об уголовном преследовании как должностных лиц, так и лиц, оказывающих им содействие.

Следует отметить, что ввиду сопряженности действий участников ОРД по объективным признакам с преступным поведением лиц, в целях выявления и раскрытия преступлений которых проводятся ОРМ, нередко граница в определении действий как правомерных либо неправомерных является размытой, нечеткой и может проходить лишь по субъективной стороне поведения, а потому установить ее крайне сложно даже в процессе

расследования, а тем более в процессе оперативно-розыскной деятельности, которая часто требует стремительных действий, безотлагательного реагирования на поведение объектов ОРД.

Действуя в преступной среде, выполняя социальную (оперативную) роль, внешне не отличающуюся от образа жизни лиц по взглядам, высказываниям, поступкам, схожую с лицами, представляющими оперативный интерес, оперативному работнику или содействующему ему лицу практически невозможно не соприкоснуться с деятельностью субъектов преступлений. Иной образ поведения, отличающийся от принятого в криминальной среде, ведет к отторжению таких лиц, а потому утрате ими доверительных отношений, снижению (устранению) их разведывательных возможностей и их оперативной бесполезности. Соответственно, лица, подготавливающие, совершающие или совершившие преступления, могут остаться вне контроля органов, осуществляющих ОРД. Следовательно, и задача обеспечения безопасности личности, общества и государства, выявления, предупреждения и пресечения преступлений на стадии неоконченного преступления останется нереализуемой, а предотвращение необратимых последствий преступлений, на которые направлены подготовительные действия, - невозможным. Тем самым создаются более благоприятные условия для совершения преступлений. Это особенно опасно применительно к отсутствию оперативных позиций в среде лиц, действия которых нацелены на насилие: бандитизм, терроризм, разбои, убийства, причинение вреда здоровью и др.

В подобных случаях по отношению к лицам, выполняющим негласную функцию, было бы справедливо вести речь о декриминализации их деяний, об обстоятельствах, исключающих их преступность и наказуемость. Однако нормы уголовного закона, определяющие такие обстоятельства, применимы далеко не всегда. Так, участие в преступлении под давлением внешних обстоятельств не исключает физического или психического принуждения. Однако признание данных обстоятельств в соответствии со статьей 40 "Физическое или психическое принуждение" УК Российской Федерации исключающими преступность деяния правомерно только по правилам непреодолимой силы либо крайней необходимости <4>. Если вследствие принуждения лицо не могло руководить своими действиями, то оно действовало под влиянием непреодолимой силы; в случае же сохранения возможности руководить своими действиями вопрос об уголовной ответственности решается по правилам крайней необходимости.

<4> См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Общая часть / Под ред. Ю.И. Скуратова и В.М. Лебедева. М., 1996. С. 115; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. А.В. Бриллиантова. М., 2010; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. А.И. Рарог. М., 2011.

Признание факта вынужденного участия в преступлении вследствие

участия в оперативно-розыскном мероприятии в качестве обстоятельства, исключающего уголовную ответственность, представляется недопустимым: общественная опасность деяния ставится в зависимость от выполнения полученного задания, а декриминализация деяния - в зависимость от воли не законодателя, а правоприменителя <5>.

<5> Такая попытка была сделана в одном из проектов Закона об организованной преступности.

Вместе с тем нельзя не учитывать, что, выполняя действия, вынужденно причиняющие определенный вред общественным отношениям, охраняемым законом, участники ОРМ руководствуются мотивами и целями, прямо противоположными тем, из которых исходят преступники. Необходимо различать действия участника оперативно-розыскного мероприятия, которые имеют внешнее сходство с криминальными, но таковыми не являются. Например, когда участник (исполнитель) оперативного внедрения, находящийся в составе группы, препятствует совершению преступления ее участниками, то он не выполняет объективную и субъективную стороны преступления и в его действиях отсутствует состав преступления, если, конечно, сами эти действия не содержат состава иного преступления.

В соответствии с принципом субъективного вменения правовая оценка действий участников ОРМ и действий разрабатывающих их лиц не может быть одинаковой. Положительная мотивация и преследование общественно полезных целей, как представляется, если не исключают субъективную сторону преступления, то как минимум должны учитываться в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность.

По отношению к участнику ОРМ не всегда правомерно ставить вопрос об освобождении от уголовной ответственности, которое применяется только по отношению к лицу, совершившему преступление. Оперативно-розыскная деятельность является разновидностью официальной правоохранительной деятельности; законодательно определена и санкционирована государством; законодательно установлен круг ее субъектов; ее содержание составляет проведение оперативно-розыскных мероприятий; она имеет законодательно определенное целевое назначение: защиту жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств. Следовательно, правомерные действия участников ОРМ не только теряют признаки, присущие преступлению, - общественную опасность, противоправность и виновность (поэтому и не могут быть наказуемы), но и являются законодательно допустимыми, социально оправданными и невиновными.

Несмотря на законодательные предпосылки для определения границ правомерности действий и их оценки с точки зрения допустимости, актуальность и острота проблемы опасности привлечения участников ОРМ к уголовной ответственности за совершение ими внешне противоправных действий не снижаются, а, наоборот, возрастают, особенно учитывая условия

высокого уровня коррупции, оценки деятельности преимущественно по количественным показателям отчетности, которые становятся важнее целей как осуществляемой, так и оцениваемой деятельности.

Парадокс в том, что судьи, отмечая важное значение для отправления правосудия результатов ОРМ <6>, тем не менее считают, что, например, использование в ОРМ предметов, ограниченных в гражданском обороте, документов, зашифровывающих личность участников ОРД, является уголовно противоправным (это отметили 21,4% респондентов-судей).

<6> По данным проведенного нами опроса судей, значимость результатов ОРМ распределилась следующим образом: проверочной закупки - 64,3%, оперативного внедрения - 50%, прослушивания телефонных переговоров - 38,1%, контролируемой поставки - 23,8%, оперативного эксперимента - 14,3%, иных ОРМ - 11,9%.

Применительно к сотрудникам оперативных подразделений органов внутренних дел, наиболее массово реализующих функцию ОРД, проблема обостряется еще и тем, что для них законодательно предусмотрена повышенная уголовная ответственность. Согласно статье 63 уголовного закона совершение умышленного преступления сотрудником органа внутренних дел признаетсяотягчающим обстоятельством (пункт "о" части первой).

Таким образом, условия осуществления оперативно-розыскной функции с точки зрения оценки правомерности действий субъектов ОРД далеко не всегда отвечают требованиям правовой безопасности. Оценка же действий по объективным признакам в качестве противоправных, а то и преступных ведет не только к увольнению сотрудников оперативных подразделений, но и привлечению их к уголовной ответственности. Как следствие, к лишению права на льготную пенсию, выплату пособия, снижению государственных гарантий социальной защиты, причинению морального вреда.

Такая практика не может не отразиться негативно на оперативной работе. Руководствуясь чувством самосохранения в своем стремлении избежать возникновения острых ситуаций, не исключено, что оперативные работники могут отказаться от осуществления активных действий, спорных с точки зрения права целевых мероприятий и их комбинаций, направленных не только на изобличение преступников, но и на защиту более значимых ценностей, охраняемых российской Конституцией. В итоге снижение уровня общественной безопасности, невыполнение государством обязательств создания безопасных условий жизни граждан, рост числа преступлений и их жертв, что подрывает конституционные основы правосудия и власти в целом, ведут к умалению ее авторитета.

Вместе с тем сказанное не означает безоговорочное оправдание допустимости противоправного или преступного поведения субъектов ОРД, противопоставление практической целесообразности требованиям закона. Любое отступление от закона, а тем более преступное, даже в интересах дела,

в ложном их понимании, не может быть допустимо. Это противоречило бы конституционным принципам и требованиям правового государства и выглядело бы цинично в докладе, посвященном конституционно-правовым проблемам и деятельности, которые прямо затрагивают (ограничивают) права личности, цель которого - формирование позитивного восприятия столь важной для любого государства негласной и неоднозначно воспринимаемой обществом деятельности. Не означает сказанное и провозглашения лозунга "Цель оправдывает средства", поскольку как минимум такое оправдание может быть допустимым лишь при соблюдении требований статьи 55 Конституции Российской Федерации. Высказанные суждения направлены на обозначение проблемы. Для ее решения необходимо сделать сбалансированный выбор в пользу наиболее социально значимого результата, а возможность его достижения теоретически обосновать и закрепить законодательно.

3. Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности" прямо относит Конституцию Российской Федерации к правовой основе этой деятельности (статья 4), законность, уважение и соблюдение прав и свобод человека и гражданина определяет в качестве ее принципов (статья 3), закрепляет ее целевое назначение: защиту жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств (статья 1), предписывает органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, при проведении оперативно-розыскных мероприятий обеспечить соблюдение прав человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции (часть первая статьи 5), прямо запрещает осуществление оперативно-розыскной деятельности для достижения целей и решения задач, не предусмотренных этим Федеральным законом (часть вторая статьи 5).

Положения данного Закона корреспондируют с конституционными требованиями о том, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина, являясь обязанностью государства (статья 2), определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием (статья 18).

Вместе с тем наряду с высшей ценностью человека, его прав и свобод под защитой Конституции находятся и другие ценности и принципы, такие как демократическое, правовое и социальное государство, верховенство права, справедливость и равенство, разделение властей. Эти и другие охраняемые Конституцией ценности прямо связаны и с оперативно-розыскной деятельностью, а потому ее реализация не может осуществляться и оцениваться вне иных положений Конституции, а не только определяющих основы конституционных прав личности.

Конституционные ценности образуют системное единство и находятся в

определенном иерархическом соподчинении. На основе Конституции, ее принципов и норм строятся отношения человека как носителя прав и свобод, с одной стороны, и государства - с другой. Важнейшей задачей при реализации Конституции Российской Федерации является поддержание баланса и соразмерности конституционно защищаемых ценностей, целей и интересов. При этом недопустимо умаление одной ценности за счет другой <7>, а соответственно, актуализируется вопрос о поддержании баланса конституционно защищаемых ценностей, соразмерности ограничения прав личности.

<7> Зорькин В.Д. Указ. соч. С. 6 - 7.

Конституция Российской Федерации допускает возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (часть 3 статьи 55). Соответственно, действуя в рамках предоставленных дискреционных полномочий, как федеральный законодатель, осуществляя правовое регулирование оперативно-розыскных правоотношений, так и органы - субъекты ОРД, реализующие закон и осуществляющие эту деятельность, связаны этими конституционными требованиями.

Как неоднократно указывал Конституционный Суд Российской Федерации, публичные интересы, перечисленные в статье 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации, оправдывают правовые ограничения прав и свобод, только если такие ограничения адекватны социально необходимому результату; недопустимо искажение в ходе правового регулирования самого существа конституционного права или свободы; цели одной рациональной организации деятельности органов власти не могут служить основанием для ограничения прав и свобод <8>.

<8> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 января 1998 года N 2-П "По делу о проверке конституционности положений частей первой и третьей статьи 8 Федерального закона от 15 августа 1996 года "О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию" в связи с жалобой гражданина А.Я. Аванова" // Собрание законодательства Российской Федерации. 26.01.1998. N 4. Статья 531; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 18 февраля 2000 года N 3-П "По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 5 Федерального закона "О прокуратуре Российской Федерации" в связи с жалобой гражданина Б.А. Кехмана" // Собрание законодательства Российской Федерации. 28.02.2000. N 9. Статья 1066; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 22 июня 2010 г. N 14-П "По делу о проверке конституционности подпункта "а" пункта 1 и подпункта

"а" пункта 8 статьи 29 Федерального закона "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации" в связи с жалобой гражданина А.М. Малицкого" // Собрание законодательства Российской Федерации. 05.07.2010. N 27. Статья 3552.

При этом вводимые ограничения права должны отвечать требованиям справедливости, быть соразмерными конституционно закрепленным целям и охраняемым интересам, а также характеру совершенного деяния; такие меры допустимы, если они основываются на законе, служат общественным интересам и не являются чрезмерными; в тех случаях, когда конституционные нормы позволяют законодателю установить ограничения закрепляемых ими прав, он, имея целью воспрепятствовать злоупотреблению правом, должен использовать не чрезмерные, а только необходимые и обусловленные конституционно признаваемыми целями меры <9>.

<9> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13 июля 2010 г. N 15-П "По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации, части 4 статьи 4.5, части 1 статьи 16.2 и части 2 статьи 27.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобами граждан В.В. Баталова, Л.Н. Валуевой, З.Я. Ганиевой, О.А. Красной и И.В. Эпова" // Собрание законодательства Российской Федерации. 19.07.2010. N 29. Статья 3983.

Защита жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств в полной мере соответствует конституционным ценностям, для защиты которых допускается на основании федерального закона возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина.

Учитывая повышенную общественную опасность преступлений, Закон об ОРД допускает ограничения прав и свобод человека и гражданина, прежде всего применительно к целям борьбы с преступностью, и по общему правилу не допускает целенаправленное проведение ОРМ по административным и иным правонарушениям, не являющимся уголовно наказуемыми деяниями.

Как указал Конституционный Суд Российской Федерации, из взаимосвязанных положений Закона об ОРД, определяющих цели, задачи, основания и условия проведения оперативно-розыскных мероприятий, в том числе связанных с ограничениями конституционных прав граждан, вытекает, что под противоправным деянием рассматриваемый Федеральный закон подразумевает лишь уголовно наказуемое деяние, т.е. преступление. Если в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия обнаруживается, что речь идет не о преступлении, а об иных видах правонарушений, то дело оперативного учета подлежит прекращению <10>.

<10> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 14

июля 1998 года N 86-О "По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" по жалобе гражданки И.Г. Черновой" // Собрание законодательства Российской Федерации. 24.08.1998. N 34. Статья 4368.

Вместе с тем это не означает, что федеральный законодатель не вправе установить допустимость ограничений прав личности и применительно к выявлению, предупреждению и пресечению иных фактов, обстоятельств и действий, хотя и не содержащих признаков уголовной противоправности, вместе с тем создающих или содержащих угрозу безопасности личности, обществу или государству.

В частности, Закон об ОРД в качестве оснований для проведения оперативно-розыскных мероприятий устанавливает ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведения не только о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, но и о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации; лицах, без вести пропавших, и об обнаружении неопознанных трупов (пункты 2 и 4 части первой статьи 7). Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, в пределах своих полномочий вправе также собирать данные, необходимые для принятия ряда решений, установленных в части второй его статьи 7.

Оперативные подразделения органов Федеральной службы безопасности вправе проводить оперативно-розыскные мероприятия и в целях определения факта установления иностранным инвестором или группой лиц, в которую входит иностранный инвестор, контроля над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также факта наличия между иностранным инвестором и третьими лицами соглашения и (или) их согласованных действий, направленных на установление такого контроля. Результаты оперативно-розыскной деятельности оперативных подразделений органов Федеральной службы безопасности могут использоваться в доказывании по указанным в статье 15 Федерального закона "О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства" судебным искам (статья 8.1).

Тем самым в сфере осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, ОРМ проводятся не только применительно к преступным посягательствам, но и по отношению к сделкам гражданско-правового характера, о чем свидетельствует и подчеркнутое законодателем направление использования результатов ОРД - доказывание по судебным искам, что нетипично для оперативно-розыскной

деятельности.

Соответственно, Закон об ОРД закрепляет некоторые исключения из общих правил проведения оперативно-розыскных мероприятий как составной части оперативно-розыскной деятельности, прежде всего применительно к целевому назначению проведения ОРМ.

Однако следует учитывать, что при осуществлении ОРД приоритетным ее направлением являются выявление и предупреждение преступлений, совершение которых не исключается и в сфере иностранных инвестиций в хозяйственные общества. При этом статья 8.1 Закона об ОРД прямо подчеркивает превентивный характер ОРМ, обеспечение хотя и гражданского процесса, но в целях государственной безопасности Российской Федерации. Тем самым некоторые расхождения с целями ОРД, которые связаны с защитой от преступных посягательств, а потому в конечном счете обеспечением уголовного процесса, не подвергают сомнению, учитывая презумпцию конституционности закона, вывод о том, что оперативно-розыскная деятельность, как направленная на обеспечение различных видов и сфер безопасности, положениям части третьей статьи 55 Конституции Российской Федерации не противоречит.

Вместе с тем наличие соответствующей установленной законом цели само по себе не оправдывает и не может оправдать правоограничения как таковые. Преследуя защиту неких ценностей и стремясь к какому-либо общественно полезному результату, необходимо руководствоваться требованием соразмерности ограничений, чтобы охраняемая (защищаемая) ценность была более значительна, чем та, которой приходится жертвовать. В ином случае общественная полезность преследуемого результата представляется сомнительной. Думается, что для достижения многого можно пожертвовать малым, но ни в коей мере не наоборот. При этом не любое право личности может быть подвергнуто ограничению (нарушению) или поставлено под угрозу нарушения.

Как прямо закреплено Законом об ОРД, при защите жизни и здоровья граждан, их конституционных прав и законных интересов, а также для обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств допускается вынужденное причинение вреда правоохраняемым интересам должностным лицом органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, либо лицом, оказывающим ему содействие, совершаемое при правомерном выполнении указанным лицом своего служебного или общественного долга (часть четвертая статьи 16).

Законодательно не конкретизированы случаи такой допустимости, достаточно лишь того, чтобы действия должностных лиц органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, либо оказывающих им содействие лиц были правомерными, вынужденными и направленными на защиту указанных в Законе ценностей. Вместе с тем такого соответствия вынужденного вреда формальным критериям его допустимости явно недостаточно.

Представляется, что правомерными должны считаться действия,

совершенные в соответствии с нормами Закона об ОРД либо иного нормативного правового акта, т.е. изначально основанные на нормах права, например участие в проведении оперативно-розыскных мероприятий либо совершение действий, вытекающих из прав и полномочий участников мероприятий.

Следует иметь в виду, что специфика ОРД предполагает причинение такого вреда, который является вынужденным исходя из содержания самого мероприятия. В частности, прослушивание телефонных переговоров предполагает ограничение права на их неприкосновенность как объектов мероприятий, так и иных лиц, в том числе не представляющих оперативного интереса, которые могут вести переговоры по телефону, поставленному на прослушивание.

Вынужденным, по нашему мнению, должно признаваться причинение вреда, когда иными средствами достижение целей и решение задач ОРД в конкретных условиях осуществить не представилось возможным.

Вред может считаться вынужденным, когда он причиняется как ответная мера либо мера направленная на пресечение противоправных действий, предотвращение их общественно опасных последствий. Вынужденным может считаться и вред, причиняемый объекту мероприятий в случаях реальной угрозы его криминальных действий, которые могут причинить ущерб охраняемым интересам личности, общества и государства, когда объективные обстоятельства ставят должностных лиц или лиц, оказывающих им содействие, в такие условия, при которых они причиняют такой вред с целью предотвращения более тяжких последствий, когда иными мерами (действиями) его предотвратить при конкретных обстоятельствах невозможно либо крайне затруднительно.

Причинение же вреда в виде нарушения общественной безопасности, угрозы жизни, причинения вреда здоровью человека, нанесения имущественного ущерба иным лицам в процессе осуществления ОРД исходя из содержания оперативно-розыскных мероприятий не предполагается, не допускается исходя из взаимосвязанных положений Закона об ОРД и УК Российской Федерации и не может быть оправданным. В противном случае деятельность, направленная на защиту прав от преступных посягательств, сопряженная с их же умышленным нарушением, вряд ли может относиться к правоохранительной. Такого рода практика решения правоохранительной задачи, направленной на защиту или восстановление нарушенного права одного лица, влекла бы несоразмерное ограничение прав другого лица, приводящее к нарушению конституционного принципа равенства перед законом, а также к отступлению от требования о недопустимости осуществления прав и свобод человека и гражданина в нарушение прав и свобод других лиц (часть третья статьи 17; часть первая статьи 19 Конституции Российской Федерации).

Таким образом, ограничения прав и свобод человека и гражданина при осуществлении ОРД как разновидности официальной, правоохранительной деятельности основаны на законе и исходя из целей и содержания этой

деятельности представляются допустимыми. Вместе с тем вопрос о том, является ли вред, причиненный в результате осуществления оперативно-розыскной деятельности, соразмерным, а его причинение - вынужденным, - это вопрос факта. Он должен решаться в каждом конкретном случае исходя из конкретных обстоятельств. Следовательно, вред, который причиняется в ходе осуществления ОРД, должен быть оправданным применительно к конкретной обстановке, учитывая, кому, какой и в связи с чем он причинен.

В этой связи представляется актуальным вопрос о критериях соразмерности ограничений прав личности применительно к осуществлению ОРД по отношению к действиям лиц, возникновению угроз безопасности и разрешения конфликтов, как криминальных, так и не носящих уголовной противоправности.

Учитывая, что Конституция Российской Федерации в статье 55 (часть 3) не дифференцирует значимость основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, представляя их в качестве ценностей как равноценные, в целях защиты которых на основании федерального закона допускается возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина, соответственно, в основе оценки ограничения прав личности в качестве соразмерного ее предметом должно служить именно ограничиваемое право личности в соотношении с конституционной целью его ограничения, а не отраслевой. В противном случае о соразмерности ограничения того или иного права личности, гарантированного непосредственно Конституцией, в принципе не может быть и речи, поскольку вытекающая из цели отраслевого закона охраняемая им ценность не может ставиться выше ценностей конституционных, к которым относятся права личности. Вместе с тем цели отраслевого закона не могут не приниматься во внимание при определении соразмерности ограничения прав личности. Иное приводило бы к неизбежной оправданности любых ограничений прав личности, если цели закона, в связи с реализацией положений которого допускаются такие ограничения, в общем виде вписываются в контекст положений части третьей статьи 55 Конституции Российской Федерации.

4. С развитием научно-технических средств, особенно компьютерных технологий, изменилось и качество преступности, вызванное расширяющимся применением в преступной деятельности указанных технологий и технических средств разведывательного назначения, чего в преступной среде по определению быть не должно. Эта особенность современной преступности требует адекватных мер реагирования со стороны правоохранительных органов, которые по определению не должны иметь меньшее техническое оснащение, чем преступники, лишаться средств преодоления криминальной конспирации. Использование специальных технических средств (СТС) при проведении оперативно-розыскных мероприятий объективно приводит к разнообразию оперативно-розыскной деятельности, применению неординарных приемов и способов добывания

оперативно значимой информации, что существенно повышает эффективность ОРД, делает ее более конспиративной.

Развитие технической мысли, использование достижений в научно-технической области для целей ОРД являются одним из приоритетных направлений повышения эффективности противодействия криминальной среде, создают значительные резервы и перспективы для развития оперативно-технических мероприятий. Именно развитие средств коммуникации, компьютерных технологий, иных технических средств послужило толчком к их использованию в оперативно-розыскной деятельности для добывания, обработки и анализа информации, предупреждения и нейтрализации противодействия правоохранительным органам, снятия информации с технических каналов связи, прослушивания телефонных переговоров, прерывания предоставления услуг связи и др.

Вместе с тем использование СТС, с одной стороны, способствует эффективному обеспечению и защите личности, общества и государства от преступных посягательств, общественной и государственной безопасности, а с другой - еще более ставит под угрозу конституционные права граждан на тайну телефонных переговоров, на неприкосновенность жилища, тайну корреспонденции, тайну частной жизни и др.

Специальные и иные технические средства, предназначенные (разработанные, приспособленные, запрограммированные) именно для негласного (тайного) получения информации, специально рассчитаны на сокрытие самого факта контроля (наблюдения) за лицом, прослушивания телефонных и иных переговоров, обследования жилища, контроля и перлюстрации корреспонденции и, следовательно, дают эффективную возможность серьезно вторгаться в уязвимую для внешнего вмешательства сферу частной жизни, в личное пространство и личные интересы индивида без его согласия.

Исходя из этих свойств данных технических средств, неконтролируемое и не обусловленное конституционно признаваемыми целями использование которых ведет к нарушению конституционных прав личности, федеральный законодатель прямо запретил использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации, не уполномоченными на то Федеральным законом "Об оперативно-розыскной деятельности" физическими и юридическими лицами (часть 6 статьи 6); отнес специальные технические средства, предназначенные для негласного получения информации, к числу продукции, свободная реализация которой запрещена (статья 129 ГК Российской Федерации, статья 17 Федерального закона от 8 августа 2001 года N 128-ФЗ "О лицензировании отдельных видов деятельности", статья 6 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", Указ Президента Российской Федерации от 22 февраля 1992 года N 179) <11>.

<11> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от

31 марта 2011 года N 3-П "По делу о проверке конституционности части третьей статьи 138 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.В. Капорина, И.В. Коршуна и других" // Собрание законодательства Российской Федерации. 11.04.2011. N 15. Статья 2191.

Учитывая, что права личности, гарантированные статьями 23 (части первая и вторая), 24 (часть первая) и 25, находятся под особой повышенной защитой Конституции, а потому их ограничение требует наличие предусмотренных федеральным законом оснований, отвечающих критериям, установленным статьей 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации, и (или) допускается только на основании судебного решения, вынесенного в соответствии с таким законом, Закон об ОРД конкретизировал указанные конституционные предписания.

В качестве официального вида деятельности, связанной с получением информации путем использования негласных методов и средств, в том числе с использованием информационных систем, видео- и аудиозаписи, кино- и фотосъемки, а также других технических и иных средств, данный Закон определил оперативно-розыскную деятельность, осуществление которой допускается только государственными органами, уполномоченными на то этим Федеральным законом, в пределах их полномочий, при наличии соответствующих оснований и условий (статьи 1, 3, 6 - 8, 13, 15). При этом возложил на органы (должностных лиц), осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, при проведении оперативно-розыскных мероприятий обеспечение соблюдения прав человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции, закрепил систему гарантий законности, порядок контроля и надзора за этими видами деятельности, в том числе предварительный и последующий судебный контроль за проведением оперативно-розыскных мероприятий, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина.

Следует отметить, что оперативно-розыскная деятельность по своему целевому назначению не предназначена для вторжения в частную жизнь. Закон об ОРД не допускает при осуществлении оперативно-розыскной деятельности сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни проверяемого лица, если это не связано с выявлением, предупреждением, пресечением и раскрытием преступлений, а также выявлением и установлением лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, и другими законными задачами и основаниями оперативно-розыскной деятельности, что согласуется с условиями ограничения прав федеральным законом, указанными в части 3 статьи 55 Конституции Российской Федерации. При этом органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается разглашать сведения, которые затрагивают неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, честь и доброе имя граждан и которые стали известными в процессе проведения оперативно-розыскных

мероприятий, без согласия граждан, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами (в данном случае если они относятся к преступному деянию) (часть восьмая статьи 5 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности") <12>.

<12> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 1998 г. N 86-О.

Данные положения выступают гарантиями соблюдения прав личности и Конституции Российской Федерации не противоречат. К тому же к числу гарантий относятся фактический законодательный запрет на использование в ОРД технических и иных средств, наносящих ущерб жизни и здоровью людей и причиняющих вред окружающей среде; ограничение круга субъектов ОРД, уполномоченных на проведение отдельных оперативно-технических мероприятий, связанных с контролем почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушиванием телефонных переговоров с подключением к стационарной аппаратуре предприятий, учреждений и организаций независимо от форм собственности, физических и юридических лиц, предоставляющих услуги и средства связи, со снятием информации с технических каналов связи; запрет на проведение ОРМ и использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации, не уполномоченными на то Законом об ОРД физическими и юридическими лицами (части 3 - 5 статьи 6).

Использование в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий СТС имеет целью фиксацию хода и результатов проведения оперативно-розыскных мероприятий и не является самостоятельным оперативно-розыскным мероприятием. Вместе с тем в ходе их применения возможна (не исключается) фиксация попутной информации, на получение которой не рассчитано целевое проведение конкретного ОРМ с использованием технических средств. Так, при осуществлении технического наблюдения с фиксацией его результатов на видео-, аудиозаписывающие устройства в качестве такой попутной информации могут выступать телефонный разговор, события, происходящие в помещении, информация, исходящая от лиц, или информация о лицах, не являющихся объектами этого мероприятия. В этой связи возникают множественные вопросы о том, допустимо ли проведение таких мероприятий без судебного решения; допустимо ли использование полученных данных против лиц, которые не являлись объектами ОРМ; применительно к техническому проникновению (обследованию) в какие помещения требуется судебное решение и др.

По смыслу Закона об ОРД применение технических средств, в том числе средств аудио- и видеозаписи, осуществляется в соответствии с общим порядком проведения оперативно-розыскных мероприятий для фиксации их хода и результатов. Применение технических средств фиксации наблюдаемых событий само по себе не предопределяет необходимость

вынесения о том специального судебного решения, которое признается обязательным условием для проведения отдельных оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права человека и гражданина <13>.

<13> Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 11 июля 2006 года N 268-О, от 16 ноября 2006 года N 454-О, от 20 марта 2007 года N 178-О-О, от 17 июля 2007 года N 597-О-О, от 21 октября 2008 года N 862-О-О, от 13 октября 2009 года N 1148-О-О, от 25 февраля 2010 года N 259-О-О.

Закон об ОРД допускает проведение без судебного решения оперативно-розыскных мероприятий, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища лишь 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, на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-розыскного мероприятия либо прекратить его проведение (части 2 и 3 статьи 8). Вместе с тем данные законоположения относятся только к ОРМ, изначально ориентированным на ограничение указанных конституционных прав, и не предусматривают такого порядка для иных ОРМ.

Соответственно, проведение иных ОРМ и фиксация в ходе их проведения попутной информации, касающейся, в частности, содержания телефонных переговоров, не могут рассматриваться в качестве противоправных, незаконных действий. Такое вторжение в тайну телефонных переговоров относится к обстоятельствам вынужденного причинения вреда, допустимого при проведении ОРМ. Вместе с тем при этом нельзя не учитывать, что в этом случае имеет место не санкционированное судом ограничение конституционного права на тайну телефонных переговоров.

Учитывая, что результаты оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционного права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также с проникновением в жилище против воли проживающих в нем лиц (кроме случаев, установленных федеральным законом), могут быть использованы в качестве доказательств по делам, лишь когда они получены

по разрешению суда на проведение таких мероприятий и проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством <14>, в зависимости от ценности полученной информации и перспектив ее использования в доказывании по уголовному делу, поскольку положения части 3 статьи 8 Закона об ОРД не препятствуют уведомлению суда о проведении и иных ОРМ, в результате которых было ограничено право на тайну телефонных переговоров, и получению соответствующего решения, необходимо (целесообразно) получить судебное решение, подтверждающее законность проведения оперативно-розыскного мероприятия с использованием СТС, в результате которого было ограничено право на тайну телефонных переговоров.

<14> Пункт 14 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 года N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия" (в ред. от 6 февраля 2007 года) // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1996. N 1.

Тем самым положения Закона об ОРД не освобождают органы и должностных лиц, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, от обязанности обеспечивать при проведении конкретных оперативно-розыскных мероприятий соблюдение законов, защиту прав и свобод граждан, равно как не исключают использование различных средств контроля, в том числе судебного, за законностью и обоснованностью проводимых мероприятий и использованием их результатов в уголовном судопроизводстве <15>.

<15> Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 20 марта 2007 года N 178-О-О и от 21 октября 2008 года N 862-О-О.

В равной мере это относится и к техническому проникновению в помещение. Вопрос о необходимости получения санкции суда должен рассматриваться с учетом вида и предназначения помещения. Так, учитывая, что право на неприкосновенность жилища может быть ограничено на основании судебного решения, для использования технических средств электронного слежения и (или) контроля, осуществляемого в жилом помещении, требуется санкция суда.

Таким образом, хотя использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) именно для негласного (тайного) получения информации, не образует самостоятельного оперативно-розыскного мероприятия, а их применение само по себе не предопределяет необходимости вынесения о том специального судебного решения, которое признается обязательным условием для проведения отдельных оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права человека

и гражданина, вместе с тем это обстоятельство не исключает судебного контроля за законностью и обоснованностью их использования органами и должностными лицами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность в случае ограничения права на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также права на неприкосновенность жилища. Закон об ОРД, в том числе применительно к СТС, содержит положения об ограничении, а также ведомственном контроле и прокурорском надзоре за законностью их применения, а потому законодательная регламентация их использования в ОРД сама по себе не может рассматриваться в качестве противоречия положениям Конституции Российской Федерации. Оперативно-розыскная же практика должна идти по пути дифференциации применения СТС исходя из обстоятельств, времени, места, способа, условий, объекта, конкретных результатов ОРМ и перспектив их использования в уголовном судопроизводстве.

5. Из принципов правового государства, равенства и справедливости (статьи 1, 18 и 19 Конституции Российской Федерации) вытекает обращенное к законодателю требование определенности, ясности, недвусмысленности правовых норм и их согласованности в системе действующего правового регулирования. Противоречащие друг другу правовые нормы порождают и противоречивую правоприменительную практику, возможность произвольного их применения, ослабляют гарантии государственной защиты конституционных прав и свобод <16>.

<16> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 6 апреля 2004 года N 7-П "По делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 87 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации" и Постановление Правительства Российской Федерации "О деятельности негосударственных организаций по лоцманской проводке судов" // Собрание законодательства Российской Федерации. 12.04.2004. N 15. Статья 1519; Постановление КС РФ от 29 июня 2004 года N 13-П "По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы" // Собрание законодательства Российской Федерации. 05.07.2004. N 27. Статья 2804; Постановление КС РФ от 31 мая 2005 года N 6-П "По делу о проверке конституционности Федерального закона "Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств" в связи с запросами Государственного Собрания - Эл Курултай Республики Алтай, Волгоградской областной Думы, группы депутатов Государственной Думы и жалобой гражданина С.Н. Шевцова" // Собрание законодательства Российской Федерации. 06.06.2005. N 23. Ст. 2311; и др.

Принцип формальной определенности закона, предполагающий точность и ясность законодательных предписаний, будучи, как указал

Конституционный Суд Российской Федерации, неотъемлемым элементом верховенства права, выступает и в законотворческой деятельности, и в правоприменительной практике необходимой гарантией обеспечения эффективной защиты от произвольных преследования, осуждения и наказания <17>.

<17> Указанное Постановление от 27 мая 2008 года N 8-П.

Вполне очевидно, что неопределенность норм закона не позволяет обеспечить их единообразное понимание и порождает противоречивую правоприменительную практику, что достаточно для их признания не соответствующими Конституции Российской Федерации, о чем неоднократно указывалось в постановлениях Конституционного Суда. Неточность, неясность и неопределенность закона порождают возможность неоднозначного истолкования и, следовательно, произвольного его применения, что противоречит конституционным принципам равенства и справедливости <18>.

<18> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29 июня 2004 года N 13-П "По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы" // Собрание законодательства Российской Федерации. 05.07.2004. N 27. Статья 2804; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 мая 2008 года N 8-П "По делу о проверке конституционности положения части первой статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки М.А. Асламазян" // Собрание законодательства Российской Федерации. 16.06.2008. N 24. Статья 2892; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13 июля 2010 года N 15-П "По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации, части 4 статьи 4.5, части 1 статьи 16.2 и части 2 статьи 27.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобами граждан В.В. Баталова, Л.Н. Валуевой, З.Я. Ганиевой, О.А. Красной и И.В. Эпова" // Собрание законодательства Российской Федерации. 19.07.2010. N 29. Статья 3983.

Таким образом, качество закона, определяемое точностью и недвусмысленностью правовых норм, их согласованностью в системе действующего правового регулирования, внутренней непротиворечивостью, точным отражением воли законодателя с соблюдением законодательной техники, правильно, адекватно и единообразно воспринимаемой правоприменительной практикой, выступает в числе критериев установления соответствия его норм положениям Конституции Российской Федерации и тем самым служит обеспечению верховенства права, высшей юридической

силы Основного Закона, его прямого действия, что вытекает из положений его статей 4 (часть 2) и 15 (часть 1).

Точность закона, его определенность - изначальное требование, предопределяющее его остальные качества. Такой позиции придерживается и Европейский суд по правам человека, который в ряде своих постановлений констатировал, что положения российского законодательства не соответствовали стандарту "качества закона", предусмотренному Конвенцией о защите прав человека и основных свобод <19>, и указывал, что положения Конвенции не просто отсылают к национальному законодательству, как и выражения "в соответствии с законом" и "предусмотрено законом", они также касаются "качества закона", требуя, чтобы он был совместим с верховенством права, концепцией, воплощенной во всех статьях Конвенции <20>. Требование "качества закона" подразумевает, что нормы национального законодательства должны быть в достаточной степени доступны, четко определены и предсказуемы в своем применении во избежание любой вероятности произвола <21>.

<19> Постановления Европейского суда от 11 октября 2007 г. по делу "Насруллоев против Российской Федерации" (Nasrulloev v. Russia), § 77; от 24 апреля 2008 г. по делу "Исмоилов и другие против Российской Федерации" (Ismoilov and Others v. Russia), жалоба N 2947/06, § 140; от 19 июня 2008 г. по делу "Рябикин против Российской Федерации" (Ryabikin v. Russia), жалоба N 8320/04, § 130; от 11 декабря 2008 г. по делу "Муминов против Российской Федерации" (Muminov v. Russia), жалоба N 42502/06, § 122; от 8 января 2009 г. по делу "Худякова против Российской Федерации" (Khudyakova v. Russia), жалоба N 13476/04, § 73.

<20> Постановления Европейского суда от 11 октября 2007 г. по делу "Насруллоев против Российской Федерации" (Nasrulloev v. Russia), жалоба N 656/06, § 66; по делу "Худоеров против Российской Федерации" (Khudoerov v. Russia), жалоба N 6847/02, § 125, ECHR 2005-X; по делу "Йечюс против Литвы" (Jecius v. Lithuania), жалоба N 34578/97, § 56; ECHR 2000-IX; по делу "Барановский против Польши" (Baranowski v. Poland), жалоба N 28358/95, § 50 - 52, ECHR 2000-III; от 12 февраля 2009 года по делу "Нолан и К. (Nolan and K.) против Российской Федерации", жалоба N 2512/04, § 98.

<21> Постановления Европейского суда по делу "Барановский против Польши" (Baranowski v. Poland), жалоба N 28358/95, § 50 - 52, ECHR 2000-III; от 08 ноября 2005 г. по делу "Худоеров против Российской Федерации" (Khudoerov v. Russia), жалоба N 6847/02, § 125, ECHR 2005-X; по делу "Кононцев (Konontsev) против Российской Федерации", жалоба N 19732/04, § 22.

На качество закона, требуя от него соответствия принципу верховенства права, обращал внимание Европейский суд, высказывая свою позицию применительно к специальным методам расследования. В частности, в

контексте негласного контроля со стороны публичных органов Европейский суд отмечал, что законодательство страны должно предусматривать гарантии от произвольного вмешательства в права лица, гарантированные статьей 8 Конвенции. Кроме того, закон должен быть сформулирован в достаточно ясных выражениях, чтобы давать адекватное представление об обстоятельствах и условиях, при которых публичные органы вправе прибегнуть к таким негласным операциям <22>.

<22> Постановления Европейского суда по делу "Хан против Соединенного Королевства" (Khan v. United Kingdom), жалоба N 35394/97, § 26, ECHR 2000-V; по делу "Быков (Буков) против Российской Федерации", жалоба N 4378/02, § 76.

Ратифицируя Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, Российская Федерация признала юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов (Федеральный закон от 30 марта 1998 года N 54-ФЗ). Таким образом, как и Конвенция о защите прав человека и основных свобод, решения Европейского суда по правам человека - в той части, в какой ими исходя из общепризнанных принципов и норм международного права дается толкование содержания закрепленных в Конвенции прав и свобод, включая право на доступ к суду и справедливое правосудие, - являются составной частью российской правовой системы, а потому должны учитываться федеральным законодателем при регулировании общественных отношений и правоприменительными органами при применении соответствующих норм права <23>.

<23> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 5 февраля 2007 года N 2-П "По делу о проверке конституционности положений статей 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Кабинета Министров Республики Татарстан, жалобами открытых акционерных обществ "Нижнекамскнефтехим" и "Хакасэнерго", а также жалобами ряда граждан" // Собрание законодательства Российской Федерации. 12.02.2007. N 7. Статья 932.

Соответственно, тем более нет оснований игнорировать решения Европейского суда по правам человека, вынесенные хотя и не в случаях предполагаемого нарушения или ненарушения Российской Федерацией положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, а потому не являющиеся составной частью российской правовой системы, но применительно к анализу оценки нормативно-правового регулирования общественных отношений.

Хотя Европейский суд неоднократно в своих решениях устанавливал,

что любое вмешательство в осуществление определенных основных прав человека должно быть предусмотрено законом и что оспариваемые ограничительные правовые нормы должны быть в достаточной степени доступны, четко определены и предсказуемы в своем применении во избежание любой вероятности произвола, вместе с тем он признавал и отмечал, что составление норм, подробно описывающих разные виды поведения, едва ли могло быть возможным <24>, формулировать нормы права с абсолютной точностью может быть трудной задачей, а потому и определенная степень гибкости нормы может быть даже желательной с тем, чтобы позволить национальным судам разрабатывать свое законодательство в свете своего мнения о том, какую меру подлежит применить в интересах правосудия <25>.

<24> Постановление Европейского суда от 19 декабря 1994 г. по делу "Ферайнигунг демократишер Зольдатен Остеррайхс и Губи против Австрии" (Vereinigung demokratischer Soldaten {Osterreichs} and Gubi v. Austria).

<25> Постановление Европейского суда от 27 марта 1996 г. по делу "Гудвин против Соединенного Королевства" (Goodwin v. United Kingdom).

То, что формулировка законов не всегда точна, является логическим следствием принципа, согласно которому законы должны иметь общее применение. Необходимость избегать излишней жесткости и соответствовать изменяющимся обстоятельствам означает, что многие законы неизбежно формулируются в терминах, которые, в меньшей или большей степени, являются неясными. Толкование и применение таких нормативных актов зависят от практики применения <26>.

<26> Постановления Европейского суда от 25 мая 1993 г. по делу "Коккинакис против Греции" (Kokkinakis v. Greece); от 26 апреля 1979 г. по делу "Санди Таймс" против Соединенного Королевства (N 1)" (The Sunday Times v. United Kingdom (N 1)); Постановление Большой палаты Европейского суда по делу "Реквеньи против Венгрии" ({Rekvenyi} v. Hungary), жалоба N 25390/94.

Необходимо также учитывать, что, как бы четко ни была составлена правовая норма, ее применение затрагивает неизбежный элемент судебного толкования, поскольку всегда будут иметь место необходимость разъяснения вызывающих сомнения вопросов и приспособление к конкретным обстоятельствам. Наличие сомнения в отношении пограничных фактов само по себе не делает правовую норму непредвиденной в ее применении. Подобным образом и тот факт, что такая правовая норма может иметь более чем одно толкование, не означает, что она не соответствует требованию предсказуемости по смыслу Конвенции. Возложенная на суды роль по рассмотрению дела заключается непосредственно в том, чтобы разъяснять такие интерпретационные сомнения, которые до сих пор имеют место,

принимая во внимание постоянные изменения в повседневной практике <27>.

<27> Постановление Европейского суда от 15 ноября 1996 г. по делу "Кантони против Франции" (Cantoni v. France).

Вместе с тем Конвенция особо отмечает требование точности закона при определении в уголовных законах запрещенного преступного поведения (закрепленная в статье 7 Конвенции доктрина "недействительный из-за неясности") <28> и при формулировании (определении) норм, которые затрагивают (позволяют вторгаться, вмешиваться, ограничивать) осуществление определенных основных прав человека (тех, которые закреплены в статьях 8 - 11 Конвенции). Очевидно, что необходимость требования точности повышается в уголовном контексте статьи 7 Конвенции <29>, применительно к определению преступности деяния, его наказуемости и иных уголовно-правовых последствий, а также действий, ограничивающих права личности.

<28> Постановление Европейского суда по делу "Коккинакис против Греции".

<29> Совместное особое мнение судей Дж. Бонелло, В. Стражнички, К. Бырсана, К. Юнгвирта и М. Дельтуфо по Постановлению Европейского суда по правам человека от 17.02.2004 по делу "Маестри (Maestri) против Италии".

Основания и условия ограничения основных прав человека в соответствии с внутригосударственным правом должны быть сформулированы с достаточной точностью, которая позволила бы лицу - с помощью совета, если это необходимо, - предвидеть в степени, разумной в конкретных обстоятельствах, последствия, которые может повлечь то или иное действие, с тем, чтобы позволить гражданам регулировать свое поведение <30>. Однако нет необходимости в том, чтобы эти последствия были предсказуемы с абсолютной точностью: опыт показывает, что это недостижимо <31>.

<30> Постановления Европейского суда по делу "Йечиус против Литвы" (Jecius v. Lithuania), жалоба N 34578/97; по делу "Барановски против Польши" (Baranowski v. Poland), жалоба N 28358/95.

<31> Постановление Большой палаты Европейского суда по делу "Реквенъи против Венгрии".

Степень точности, требуемой от национального законодательства, в значительной степени зависит от содержания оспариваемого закона, сферы, которую он предназначен охватывать, количества и статуса тех лиц, кому он адресован <32>. Следовательно, требование ясности и предсказуемости закона зависит от предмета его правового регулирования и от степени, до

которой возможно сделать такой предмет ясным и предсказуемым.

<32> Постановление Европейского суда от 25 августа 1993 г. по делу "Хорхерр против Австрии" (Chorherr v. Austria).

Нет необходимости в том, чтобы закон, предназначенный для экспертов (специалистов) права, был таким же ясным, как и закон, адресованный неспециалистам <33>.

<33> Совместное особое мнение судей Дж. Бонелло, В. Стражнички, К. Бырсана, К. Юнгвирта и М. Дельтуфо по Постановлению Европейского суда по правам человека от 17.02.2004 по делу "Маестри (Maestri) против Италии".

Учитывая, что основанием для проведения ОРМ (статья 7 Закона об ОРД) являются наличие возбужденного уголовного дела; ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведения о признаках криминального деяния; событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации; лицах, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда или уклоняющихся от уголовного наказания; лицах, без вести пропавших, и об обнаружении неопознанных трупов, именно эти противоправные и (или) угрожающие действия или обстоятельства (последствия), вызванные ими, обуславливают осуществление содержательной части оперативно-розыскной деятельности - оперативно-розыскных мероприятий. Соответственно, нормативные положения, регламентирующие правомерное поведение граждан, пересечение границ которого служит предпосылкой для проведения оперативно-розыскных мероприятий и, как следствие, ограничения прав граждан при их осуществлении, а также определяющие составы преступлений, являются предметом (лежат в основе) оценки их определенности или неопределенности с точки зрения возможности предвидения неблагоприятных последствий в виде ограничения прав при проведении ОРМ, которые может повлечь то или иное их действие.

Вместе с тем в сферу правового регулирования Закона об ОРД не входит упорядочение правоотношений субъектов такого поведения, а потому положения данного Закона даже гипотетически не могут рассматриваться в качестве неопределенных в той части, в которой лицо может или не может в конкретных обстоятельствах предвидеть неблагоприятный результат своих действий, регулировать свое поведение.

Закон об ОРД регламентирует деятельность органов - субъектов ОРД, и его положения направлены на решение задач этой деятельности (статья 2 Закона об ОРД), а именно на выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших; осуществление розыска лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда,

уклоняющихся от уголовного наказания, а также розыска без вести пропавших; добывание информации о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации, причем при сочетании гласных и негласных средств и методов. Следовательно, данный Закон и не предполагает, что лица, подготавливающие, совершающие или совершившие преступления, скрывающиеся от правосудия или создающие угрозу безопасности, должны и могли, исходя из конкретных обстоятельств, с достаточной четкостью предвидеть, какие действия должны быть предприняты для их изобличения, с тем, чтобы регулировать свое поведение так, чтобы избежать нежелательные для себя последствия, в том числе связанные с осуществлением их последующего уголовного преследования и применения уголовных санкций.

Положения Закона об ОРД регламентируют оперативно-розыскные правоотношения, осуществляемую гласно и негласно деятельность оперативных подразделений государственных органов, уполномоченных на то данным Федеральным законом, в пределах их полномочий. Соответственно, он рассчитан прежде всего на его правильное понимание и применение, на реализацию его положений профессионалами в соответствующей сфере деятельности, а потому именно для них его положения должны быть ясными, понятными с тем, чтобы определять свое правомерное поведение, осуществлять предусмотренные Законом действия, направленные на защиту жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

Следовательно, Закон, регламентирующий такие специфические правоотношения, должен быть достаточно ясным и понятным для должностных лиц органов - субъектов ОРД, но степень такой ясности закона не должна приравниваться к такой, какая требуется для уяснения его содержания любым лицом при прочтении данного Закона. Тем более что речь идет о преимущественно негласной деятельности, организация и тактика которой отнесены к государственной тайне.

Вместе с тем сказанное не означает, что Закон об ОРД обладает такими безупречными свойствами, исключающими всякие сомнения в качестве его нормативных положений, поскольку он понятен специальным субъектам, его применяющим. Ключевое значение имеют также и критерии качества закона, касающиеся гарантий от произвольного вторжения и (или) ограничения публичными органами конституционных прав личности. Соответственно, эта другая составляющая качества закона, касающаяся ограничиваемых прав личности, также требует пояснений.

Учитывая, что объективные критерии качества закона переплетаются с критериями субъективного свойства, положения закона должны быть достаточно понятными для осознания гражданами того, при каких основаниях и условиях может быть ограничено их право, не имея в виду лишь общую предпосылку для такого ограничения - совершение

преступления, поскольку оперативно-розыскные мероприятия могут затрагивать права и проводиться не только в отношении лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших.

В этой связи, когда идет речь о нормативных положениях, касающихся действий сотрудников правоохранительных органов, ограничивающих конституционные права личности, возникает вопрос об оценке их поведения как законного или противоправного для того, чтобы можно было оспорить такие действия в установленном порядке и защитить свои права. Следовательно, необходимо оценивать не только основания и условия для проведения ОРМ, которые достаточно четко определены в Законе (статьи 7 и 8 Закона об ОРД), но и соответствие содержания проводимых оперативно-розыскных мероприятий предписаниям Закона.

Вместе с тем содержание ОРМ Законом об ОРД не раскрывается, а дается в ведомственных нормативных правовых актах. Однако это обстоятельство само по себе не может рассматриваться в качестве свидетельства неопределенности Закона по основаниям, указанным выше. Это связано с тем, что в случае обжалования действий органов, осуществляющих ОРД, соответствующая их оценка, в том числе с учетом положений ведомственных нормативных правовых актов, может быть дана и соответствию проводимых мероприятий требованиям их нормативного содержания вышестоящим органом, осуществляющим ОРД, прокуратурой или судом.

Более того, Закон об ОРД связывает возможность обжалования незаконности действий на том лишь основании, что лицо полагает, а не располагает фактами, что действия органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, привели к нарушению его прав и свобод (часть третья статьи 5). При этом оно не должно доказывать и обосновывать нарушение своих прав, поскольку Закон презюмирует ограничение его прав исходя из специфики ОРД, а потому и бремя доказывания законности и обоснованности проведения ОРМ в отношении конкретного лица законодателем возлагается на органы, осуществляющие эту деятельность.

Соответственно, упрощенная для граждан процедура оспаривания правомерности действий органов - субъектов ОРД и их должностных лиц, обоснованности ограничения прав граждан компенсирует некоторую недоступность для них нормативных положений, регламентирующих ОРД, а потому и снижает значение определенности правовых положений в ее субъективном смысле для защиты нарушенного права.

Следует учитывать и то, что положения Закона об ОРД интерпретируются не только оперативно-розыскной, но и судебной практикой при осуществлении контроля за ОРД, использовании результатов этой деятельности в уголовном судопроизводстве, оценке правомерности действий субъектов ОРД при разрешении конкретных уголовных или гражданских дел, в рамках которых разрешаются ходатайства участников судопроизводства или жалобы граждан. Существенное толкование положений Закона об ОРД дано в решениях Конституционного Суда

Российской Федерации. При этом правовые позиции, сформулированные (выраженные) Конституционным Судом, в значительной мере устранили многие претензии лиц, обратившихся с жалобами на сомнительную, с их точки зрения, конституционность Закона, а также упорядочили правоприменительную практику, складывающуюся не всегда однозначно ввиду множественности органов - субъектов ОРД, специфики решаемых ими задач, выбора тактики оперативно-розыскных действий, обусловленной поведением объектов ОРМ. Не обошел стороной вопросы ОРД и Верховный Суд Российской Федерации в своих постановлениях Пленума.

Таким образом, элементы возможной неопределенности правовых положений устраняются с учетом практики их применения и судебного толкования.

Вместе с тем, чтобы объективно оценить действия участников ОРМ, определить пределы допустимого в их поведении, исключить их оценку как провокационных, а также недопустимую провокацию преступления как таковую, не допустить нарушения требований законности при осуществлении ОРД, обеспечить равное применение положений Закона об ОРД всеми органами - субъектами этой деятельности, именно в Законе об ОРД представляется целесообразным закрепить содержание каждого отдельно взятого оперативно-розыскного мероприятия, определить основные понятия, используемые в этом Законе. Это предложение соответствует позиции Европейского суда по правам человека, сформулированной в его решениях по делам "Ваньян (Vanuyan) против Российской Федерации" <34>, "Худобин (Khudobin) против Российской Федерации" <35>, "Быков (Bykov) против Российской Федерации" <36> и др.

<34> Постановление Европейского суда по правам человека от 15.12.2005 по делу "Ваньян (Vanuyan) против Российской Федерации" // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2006. N 7.

<35> Постановление Европейского суда по правам человека от 26.10.2006 по делу "Худобин (Khudobin) против Российской Федерации" // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2007. N 11.

<36> Постановление Европейского суда по правам человека от 10.03.2009 по делу "Быков (Bykov) против Российской Федерации" // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2009. N 6.

Законодательное закрепление содержания ОРМ и других понятий ОРД представляется необходимым и оправданным с точки зрения современной законодательной техники. Решение изложенных вопросов позволит укрепить законность ОРД, отграничить правомерное поведение участников ОРМ от противоправного, а следовательно, укрепить гарантии недопустимых ограничений прав граждан, более четко определить перспективы

использования результатов ОРД для защиты личности от противоправных посягательств, а также сократить степень оперативного риска, угрозу привлечения к ответственности участников ОРМ, которые связаны с субъективной оценкой их действий безотносительно к существу проводимых мероприятий. Это относится прежде всего к таким достаточно острыми с позиции права оперативно-розыскным мероприятиям, как оперативное внедрение, оперативный эксперимент, контролируемая поставка, проверочная закупка, в частности предметов и веществ, оборот которых запрещен либо ограничен.

Официальное толкование содержания каждого оперативно-розыскного мероприятия с методологической точки зрения позволит укрепить правовую основу ОРД, исключить неоднозначное толкование ОРМ, разграничить их между собой, обеспечить практическую потребность в определении и законодательном закреплении действий, не включенных в содержание ОРМ, уже установленных Законом об ОРД. Законодательное закрепление содержания ОРМ и других понятий ОРД представляется необходимым и оправданным с точки зрения современной законодательной техники, а также конституционных требований определенности правовых норм, обеспечения принципов равенства и верховенства права.

6. В силу статей 1, 2, 18, 21 Конституции Российской Федерации в Российской Федерации как демократическом правовом государстве человек, его права и свободы являются высшей ценностью, они определяют смысл, содержание и применение законов и обеспечиваются правосудием; признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина - обязанность государства.

Соответственно, правоприменительные органы, исходя из требований Конституции Российской Федерации, прежде всего закрепляющих конституционные основы правового государства, обеспечивая законность, правопорядок, общественную безопасность, обязаны исключать любой произвол в своей деятельности, применять лишь меры, устанавливаемые в законе, в том числе исключая необоснованное уголовное преследование, действия, провоцирующие преступления.

В оперативно-розыскной деятельности, как и в других сферах правоохранительной деятельности, провокация преступления запрещена и недопустима. В противном случае будет осуществляться не борьба с преступностью, а битва за показатели, отражающие мнимые результаты деятельности по обеспечению безопасности личности, общества и государства от преступных посягательств, а сама правоохранительная деятельность будет подменена ее имитацией.

Вместе с тем оценка оперативно-розыскной деятельности далеко не однозначна и не всегда объективна, о чем свидетельствуют публикации в научных изданиях и средствах массовой информации, интернет-форумы. Одни ученые и практики излишне идеализируют оперативно-розыскное право и практику его применения, считают его необходимым и незаменимым инструментом борьбы с преступностью; другие, наоборот, видят в нем угрозу

правам человека, национальным интересам, источник беззакония и произвола. Не преодолено представление граждан об этой деятельности как аморальной, цель которой - подлость, а метод - провокация, что наглядно демонстрируется в жалобах граждан, адресованных Конституционному Суду Российской Федерации, и прилагаемых к ним материалах, отражающих правоприменительную практику, в том числе судебную.

Экспертный опрос судей разных уровней - от районного до республиканского судов - также показал, что в судебном процессе защита, как правило, ставит вопрос о провокационности действий субъектов ОРД (69% ответов), при этом более половины (57,1%) респондентов отмечают, что представители защиты требуют привлечения участников ОРМ к ответственности, квалифицируя их действия как провокацию преступления (61,9%), как соучастие в преступлении (16,6%) либо как превышение должностных полномочий (11,9%).

По мнению некоторых ученых и практических работников, элементы провокации преступления присутствуют в таких ОРМ, как оперативный эксперимент, оперативное внедрение, проверочная закупка. Вместе с тем следует учитывать, что основная масса фактов взяточничества выявляется и раскрывается с помощью оперативного эксперимента, сбыта предметов и веществ, запрещенных в свободном обороте, - путем проверочной закупки, а многие групповые преступления пресекаются лишь при участии внедренных в такие группы лиц. Соответственно, применительно к выявленным и раскрытым путем осуществления ОРД преступлениям с проведением таких мероприятий фактически может быть поставлен вопрос об имевшей место провокации в отношении лиц - объектов таких ОРМ.

Не случайно вопрос о толковании ОРМ, об их отграничении от провокации преступления рассматривался Конституционным и Верховным Судами Российской Федерации.

С целью недопущения такого противоправного поведения, в Законе об ОРД закреплена норма, согласно которой органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (провокация) (часть восьмая статьи 5).

Вместе с тем данная норма лишь частично снимает проблему провокации, поскольку не определяет ее сути, рассматривая провокацию фактически в качестве формы соучастия в преступлении или в любом побуждении к противоправным действиям, что может рассматриваться чрезмерно широко. Соответственно, не снимает она и вопроса о разграничении противоправного поведения и правомерного.

Если рассматривать провокацию в качестве склонения, побуждения, подстрекательства к любому противоправному действию, а потому могущему влечь для такого лица вредные (неблагоприятные) последствия, проведение или активное участие в проведении оперативно-розыскных мероприятий, смысл и содержание некоторых или участие в которых

направлены на такую активизацию поведения лица, которая облегчает его же разоблачение, по существу, может рассматриваться как провокация. Если же провокацию рассматривать как склонение, побуждение, подстрекательство лица к определенному преступлению с целью его дальнейшего разоблачения, то провокатор будет отличаться от обычного подстрекателя лишь мотивами и целями подстрекательства <37>.

<37> По мнению, например, А.Г. Филатова, данное обстоятельство не влияет на квалификацию его действий, несмотря на то что он не преследует цель причинить вред объекту преступного посягательства. С этих позиций провокация преступления есть частный случай подстрекательства к нему с косвенным умыслом, когда подстрекатель (провокатор) не желает результата, но, склоняя исполнителя к совершению определенных действий, предвидит общественно опасные последствия и сознательно допускает возможность их наступления.

Вместе с тем с субъективной стороны подстрекательство характеризуется наличием прямого умысла <38>. При этом поскольку проведение ОРМ не преследует цель причинения вреда охраняемым уголовным законом общественным отношениям, то поведение лиц, в нем участвующих (его осуществляющих), нельзя рассматривать как противоправное, поскольку сами действия подстрекателя без связи с результатом преступных действий исполнителя не образуют состава преступления, тем более что они не конкретизируют объект посягательства. Следует учитывать, что нельзя склонять к совершению преступлений вообще без указания определенного объекта посягательства. Общие призывы и пожелания, не содержащие указания на конкретный объект, не имеющие в виду склонить определенное лицо к конкретному преступлению, еще не создают решимости у данного лица на его осуществление, а потому не являются непосредственным условием совершения преступления.

<38> См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Общая часть / Под ред. Ю.И. Скуратова и В.М. Лебедева. М., 1996. С. 86.

Не содержат единообразного понимания и не вносят ясность в отграничение провокации преступления от оперативно-розыскного мероприятия содержание статьи 304 УК Российской Федерации, согласно которой провокация взятки либо коммерческого подкупа есть попытка передачи должностному лицу либо лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческих или иных организациях, без его согласия денег, ценных бумаг, иного имущества или оказания ему услуг имущественного характера в целях искусственного создания доказательств совершения преступления либо шантажа, а также Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2000 г. N 6 "О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе" <39>, согласно пункту

25 которого не является провокацией взятки или коммерческого подкупа проведение предусмотренного законодательством оперативно-розыскного мероприятия в связи с проверкой заявления о вымогательстве взятки или имущественного вознаграждения при коммерческом подкупе.

<39> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2000. N 4.

Представляется недостаточным связывать разграничение действий на правомерные и неправомерные в зависимости от наличия заявления о вымогательстве взятки, поскольку не во всех случаях ОРМ проводятся по заявлениям. К тому же наличие заявления как такового не исключает провокационных действий. Помимо этого, Пленум Верховного Суда Российской Федерации в своем Постановлении не учитывает возможную двойственность ситуации, когда одни и те же действия можно рассматривать и в качестве провокации взятки, например со стороны заявителя, и как правомерные действия органов - субъектов ОРД по проверке заявления.

Согласно статье 304 УК Российской Федерации провокацией взятки признается попытка передачи должностному лицу без его согласия денег, ценных бумаг, иного имущества или оказания ему услуг имущественного характера в целях искусственного создания доказательств совершения преступления или шантажа.

Признаки провокации взятки, выраженные в словосочетаниях "без его согласия" и "в целях искусственного создания доказательств совершения преступления", существенно осложняют оценку действий как правомерных или провокационных и позволяют толковать содержание статьи произвольно.

Сама формулировка "без его согласия" может означать, что лицо не знает о том, что ему будут передаваться деньги или иное имущество либо оказываться услуги имущественного характера, или не давало на то ни предварительного согласия, ни какого-либо согласия вообще. А можно толковать ее и как попытку передачи взятки без согласия должностного лица, когда оно явно отказалось от нее, а виновный тем не менее пытается передать взятку, например уговаривает должностное лицо ее принять, угрожает и т.п.

На наш взгляд, согласие не обязательно должно быть предварительным. Оно может иметь место и в момент получения взятки, быть молчаливым согласием. В практике возможны случаи, когда непосредственная связь между лицами отсутствует и может ограничиваться предположением или осведомленностью о согласии на выполнение действий, что обычно устанавливается в момент развития преступного поведения. Когда одно лицо без предварительной договоренности передает предмет взятки, а другое его принимает, о провокации или подстрекательстве речи быть не может, поскольку для оценки действий как провокационных необходим признак "отсутствие согласия лица", а, принимая предмет взятки, оно тем самым соглашается на ее получение.

Следует отметить, что доказать согласие должностного лица на получение взятки, в частности опровергнуть его показания об отсутствии

такого согласия, на практике крайне сложно и в большинстве случаев практически невозможно <40>. Получение/дача взятки по понятным причинам не осуществляется прилюдно, и свидетельская база по таким делам, как правило, крайне ограничена. Соответственно, и взяткодатель, и взяткополучатель будут давать противоречащие друг другу показания. Даже застигнутые с поличным взяткополучатели не признают себя виновными в совершении преступления, а в подавляющем большинстве категорически отрицают вину и поясняют, что предмет взятки им подкинули, незаметно и без их согласия оставили в кабинете конверт с деньгами, передали посылку от знакомого, содержимое которой им было неизвестно, вернули долг, не знают, как это у них оказалось, и т.п. В итоге лицо, передавшее взятку, можно представить в качестве провокатора.

<40> Исключение составляют случаи, когда до проведения оперативного эксперимента предварительно проводились иные ОРМ, направленные на собирание информации о коррупционном поведении объекта мероприятия, запись его переговоров со взяткодателем, в ходе которой могут быть зафиксированы факт согласия на получение взятки либо ее вымогательство, в том числе и завуалированное.

Все оперативно-розыскные мероприятия, в ходе которых вручается взятка, преследуют цель выявления преступления и получения данных, свидетельствующих о совершении преступления. Более эффективных способов доказывания коррупционных преступлений, чем задержание взяточников с поличным, практика, к сожалению, не выработала. Вместе с тем, учитывая, что искусственность создания доказательств совершения преступления является понятием оценочным, признание их как искусственно созданных или естественно сложившихся также представляется весьма проблематичным и может зависеть не от содержания материалов уголовного дела, а от уровня должностного положения лица, его связей, в том числе с работниками правоохранительных органов <41>.

<41> См., например: Гаухман Л. Коррупция и коррупционное преступление // Законность. 2000. N 6; Ситковец О.Н. Ответственность за получение и дачу взятки // Российский следователь. 2005. N 1.

Не достиг такого состояния и незаконный оборот запрещенных предметов, средств и веществ, при котором инициатива сбыта принадлежала бы лицам, их реализующим. Специфика их сбыта такова, что покупатель преимущественно сам подыскивает необходимые ему предмет, средство или вещество у уже знакомого или известного в определенных кругах лица или же находит таких лиц, преодолевая некоторые используемые ими приемы конспирации. Соответственно, и инициатива в приобретении исходит от покупателя (закупщика) товара, а не сбытчика. Соответственно, при формальном и буквальном толковании положения статьи 5 Закона об ОРД

проведение проверочной закупки почти всегда может рассматриваться в качестве подстрекательства, склонения, побуждения в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий по сбыту запрещенных в свободном обороте предметов, средств или веществ, а потому оцениваться в качестве провокации - запрещенной в ОРД формы поведения.

Главное в вопросе о правомерности проведения ОРМ, исключающего провокацию, заключается не только в том, от кого исходит инициатива дачи/получения взятки, приобретения/сбыта оружия, наркотического средства или психотропного вещества либо иного запрещенного предмета, вещества или средства, но и в наличии объективной и субъективной готовности (предрасположенности) лица - объекта мероприятия к совершению конкретных противозаконных действий.

Так, если должностное лицо само требует, тем более вымогает взятку (в том числе завуалированно), без какого-либо внешнего побуждения совершает конкретные действия, направленные на ее получение, то последующая деятельность оперативных работников по его разоблачению - правомерное оперативно-розыскное мероприятие <42>. Объект, который сам предлагает различные противозаконные варианты достижения преступной цели и который высказывает собственные мысли и идеи относительно способов достижения цели, несомненно демонстрирует предрасположенность к совершению преступления в большей степени, чем тот, кто просто соглашается на предложенное, хотя и последнее не исключает предрасположенности к совершению преступления. Лицо, систематически выполняющее однородные противоправные действия, тем самым демонстрирует устойчивую объективную и субъективную направленность своего поведения на совершение преступлений. Соответственно, пресечение такого поведения, хотя и связанное с инициативными действиями органов - субъектов ОРД, не может рассматриваться в качестве подстрекательства, склонения или побуждения к совершению преступления, поскольку и объективно, и субъективно лицо уже не просто предрасположено, а готово к преступному поведению. Для такого лица остается открытым лишь вопрос о времени и месте его совершения. Следовательно, пресечение такого преступления оперативно-розыскным путем не может рассматриваться как провокация преступления.

<42> Гармаев Ю.П. Внешнеэкономические преступления, связанные с коррупцией в таможенных органах: Практический комментарий законодательства // СПС "КонсультантПлюс".

Нельзя не учитывать и то, что ОРМ проводятся при наличии законных целей и оснований. Как неоднократно отмечал Конституционный Суд Российской Федерации, проведение оперативно-розыскных мероприятий возможно, во-первых, лишь в целях выполнения задач, предусмотренных статьей 2 названного Федерального закона, и, во-вторых, только при наличии оснований, указанных в его статье 7; в частности, не допускается проведение

оперативно-розыскного мероприятия, если это не связано с выявлением, предупреждением, пресечением и раскрытием преступлений, а также с выявлением и установлением лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших. При этом положения Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", регламентирующие проведение оперативно-розыскных мероприятий, должны применяться в системной связи с положениями части восьмой статьи 5 этого Закона <43>.

<43> Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 6 марта 2001 г. N 58-О, от 21 октября 2008 г. N 640-О-О, от 28 мая 2009 г. N 641-О-О, от 27 января 2011 г. N 56-О-О.

Так, к основаниям для проведения ОРМ относятся ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведения о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Соответственно, проведение ОРМ допускается при наличии соответствующих сведений, указывающих на признаки преступного деяния либо на лиц, в какой-либо форме проявивших преступные намерения, которые свидетельствуют о готовности лица к совершению преступления.

Такой позиции придерживаются и зарубежные правоохранительные органы. Определенная позиция по данному вопросу сформулирована и Европейским судом по правам человека.

Так, Европейский суд по правам человека в деле "Тейшера де Кастро против Португалии" установил несправедливым суд над заявителем с процессуальной точки зрения из-за того, как планировалась и как была проведена операция по его задержанию при сбыте наркотика, а также относительно его виновности. Суд принял во внимание тот факт, что сотрудники действовали не в рамках какой-либо операции по борьбе с наркотиками, а по приказу и под надзором судьи, когда не было особых оснований подозревать заявителя и проводить в отношении его специальные мероприятия. Что касается виновности, то суд, по-видимому, счел, что это преступление было фактически спровоцировано полицией и что без ее вмешательства оно не было бы совершено. Суд отметил, что нет доказательств предрасположенности заявителя к совершению этого преступления и того, что он обладал большим количеством наркотиков, чем продал негласным агентам.

В деле же "Луи против Швейцарии", где заявитель был осужден за предложение продать кокаин негласному агенту, суд не нашел нарушений Конвенции, поскольку негласный агент скорее выявлял преступление, а не подстрекал к нему. Очевидно, что речь идет о разнице между тем, что в одном случае полиция создает преступное намерение, которого первоначально не было, а в другом полиция выявляет преступление,

совершенное обвиняемым, который уже был замешан в его совершении или по крайней мере был предрасположен к его совершению.

Именно по признаку подстрекательства и того, могло ли совершиться преступление без вмешательства полиции, проведено различие между делами "Тейшера де Кастро против Португалии" и "Шазад против Соединенного Королевства". В последнем было решено, что заявитель долгое время занимался торговлей героином и был готов и согласен совершить преступление и без вмешательства негласных агентов <44>.

<44> Комментарий к Федеральному закону "Об оперативно-розыскной деятельности". С приложением решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека / Вступ. ст. В.Д. Зорькина. М.: Норма, 2006. С. 437 - 439.

Таким образом, разрешение вопроса о разграничении правомерного поведения при проведении ОРМ и противоправного поведения - провокационного - заключается не только в том, от кого исходит инициатива дачи/получения взятки, сбыта наркотического средства, оружия или иных предметов и веществ, изъятых из оборота, но и в том, совершило бы лицо такое деяние при других обстоятельствах или же исключительно поведение лица, участвовавшего в ОРМ, созданная им ситуация способствовали или вызвали решимость совершения им преступления. Если же лицо без какого-либо внешнего побуждения замыслило, совершало и совершает конкретные преступные действия, то последующая деятельность оперативных работников по его разоблачению - правомерное оперативно-розыскное мероприятие <45>.

<45> Гармаев Ю.П. Внешнеэкономические преступления, связанные с коррупцией в таможенных органах: Практический комментарий законодательства // СПС "КонсультантПлюс".

С практической точки зрения представляется, что большая убежденность обоснованности проведения таких содержащих элементы провокации ОРМ, как оперативный эксперимент, проверочная закупка, и подтверждения имеющего место преступного намерения или имевших место преступных действий лиц, в отношении которых такие ОРМ проводятся, может быть придана результатами проведенных, предшествующих им иных ОРМ, в том числе сопряженных с использованием технических средств фиксации информации. В этом случае возможно получение более убедительных сведений (данных) не только о самом факте совершения преступления, но и умысле, мотиве и психологическом состоянии его преступного участника, его готовности (предрасположенности) к совершению преступления. Проведенное при этом документирование различных действий объекта ОРМ усиливает доверие к результатам мероприятий.

Что касается нормы Закона об ОРД, содержащей запрет на провокацию

(статья 5), то ее целесообразно изложить в следующей редакции: "При проведении оперативно-розыскных мероприятий запрещается провокация преступления, то есть склонение к его совершению лиц, не обнаруживших противоправных намерений".

7. Конституция Российской Федерации (статьи 2, 45 (ч. 1), 48) гарантирует государственную защиту прав и свобод человека и гражданина, предоставляет каждому право на получение квалифицированной юридической помощи, а также закрепляет право каждого задержанного, заключенного под стражу, подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента, соответственно, задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения.

Гарантируя подозреваемому и обвиняемому указанные права, Конституция Российской Федерации исходит из особого статуса данных субъектов уголовно-процессуальных отношений и необходимости установления дополнительных гарантий защиты их прав и законных интересов. При этом, как подчеркнул Конституционный Суд Российской Федерации, соответствующие гарантии предусмотрены в уголовно-процессуальных нормах, специально определяющих статус обвиняемого и имеющих приоритет перед нормами, регулирующими какие-либо общие правила <46>.

<46> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 1 декабря 1999 года N 211-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Барковского Константина Олеговича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 127 УПК РСФСР, пунктом 1 части первой статьи 6 и пунктом 3 части первой статьи 7 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" // Собрание законодательства Российской Федерации. 06.03.2000. N 10. Статья 1164.

Как указал Конституционный Суд Российской Федерации Федеральным законом "Об оперативно-розыскной деятельности", определяющим содержание оперативно-розыскной деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации, и устанавливающим систему гарантий законности при проведении оперативно-розыскных мероприятий (в том числе его статьей 6, закрепляющей перечень таких мероприятий), задержание как мера принуждения, обеспечения подготовки и проведения оперативно-розыскных мероприятий или достижения каких-либо целей оперативно-розыскной деятельности не предусмотрено; оно может иметь место в порядке и по основаниям, установленным Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях (статьи 27.3 и 27.4) или Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации (статьи 91 и 92) <47>. Не регламентирует названный Федеральный закон и порядок уголовного судопроизводства, а соответственно, и правовое положение подозреваемого, обвиняемого. В этой связи, а также в силу преимущественно негласного

характера и безотлагательности проводимых оперативно-розыскных мероприятий, Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности" не предусматривает и участие в оперативно-розыскной деятельности адвоката <48>.

<47> Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 15 апреля 2008 г. N 312-О-О, от 22 апреля 2010 г. N 533-О-О, от 27 мая 2010 г. N 704-О-О и от 23 сентября 2010 г. N 1210-О-О // СПС "КонсультантПлюс".

<48> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 апреля 2011 г. N 580-О-О // СПС "КонсультантПлюс".

Вместе с тем нельзя не учитывать, что результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы для проведения оперативно-розыскных мероприятий по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений, выявлению и установлению лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, а также для розыска лиц, скрывшихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения наказания и без вести пропавших, имущества, подлежащего конфискации; могут служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела, представляться в орган дознания, следователю или в суд, в производстве которого находятся уголовное дело или материалы проверки сообщения о преступлении, а также использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств; для подготовки и осуществления следственных и судебных действий (части первая и вторая статьи 11 Закона об ОРД).

Проведение оперативно-розыскных мероприятий имеет и уголовно-процессуальные основания, к которым относятся наличие возбужденного уголовного дела; поручения следователя, руководителя следственного органа, органа дознания или определения суда по уголовным делам и материалам проверки сообщений о преступлении, находящимся в их производстве (пункты 1 и 3 части первой статьи 7 Закона об ОРД). При этом после направления уголовного дела руководителю следственного органа орган дознания может производить по нему следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия только по поручению следователя (часть 4 статьи 157 УПК Российской Федерации).

Соответственно, осуществление оперативно-розыскной деятельности может предшествовать деятельности уголовно-процессуальной, осуществляться одновременно и согласованно с ней либо самостоятельно и независимо от нее, а потому и возникновение права на помощь адвоката (защитника), а также обязанность по его обеспечению дифференцируются в зависимости от фактических обстоятельств, уголовно-процессуального статуса лица и характера правоотношений, в качестве субъекта которых выступает лицо, в отношении которого проводятся оперативно-розыскные

мероприятия с его участием.

Оперативно-розыскные же мероприятия, обеспечивающие (сопровождающие) уголовное судопроизводство, не теряя своей самостоятельности, вместе с тем в таком случае могут рассматриваться в качестве составной части уголовно-процессуальных правоотношений, а потому и подозреваемому, обвиняемому как субъекту этих правоотношений должны быть гарантированы его права, предусмотренные уголовно-процессуальным законом, но лишь в контексте соотношения содержательного сходства со следственными действиями проводимых с его участием оперативно-розыскных мероприятий.

Так, подозреваемый, обвиняемый вправе давать объяснения и показания по поводу имеющегося в отношении его подозрения или по предъявленному ему обвинению либо отказаться от дачи объяснений и показаний. При согласии обвиняемого дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и при его последующем отказе от этих показаний, за исключением случая, предусмотренного пунктом 1 части второй статьи 75 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации; он вправе пользоваться помощью защитника и иметь свидание с ним наедине и конфиденциально до первого допроса подозреваемого, до первого допроса обвиняемого, без ограничения их числа и продолжительности; знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием, и подавать на них замечания (статьи 46, 47 УПК Российской Федерации).

Исходя из уголовно-процессуального положения подозреваемого, обвиняемого, Конституционный Суд Российской Федерации указал, что нормы, определяющие права и обязанности следователя и осуществляющих оперативно-розыскную деятельность органов, в том числе регламентирующие проведение по поручению следователя опросов граждан, не подлежат применению к обвиняемому без учета положений Уголовно-процессуального кодекса, закрепляющих гарантии прав этого особого участника судопроизводства. При этом Конституционный Суд Российской Федерации исходил из того, что проведение оперативно-розыскных мероприятий, сопровождающих производство предварительного расследования по уголовному делу, не может подменять процессуальные действия, предусмотренные уголовно-процессуальным законом <49>.

<49> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 1 декабря 1999 года N 211-О.

Вместе с тем оперативно-розыскная деятельность осуществляется далеко не всегда в отношении подозреваемых и обвиняемых. Значительная часть ОРМ проводится еще до возбуждения уголовного дела, а также до возникновения уголовно-процессуальных правоотношений. В процессе ее осуществления еще только предстоит установить тех лиц, которые соответствуют признакам таких субъектов уголовно-процессуальных

правоотношений, а потому и нормы оперативно-розыскного закона не могут быть ориентированы на положения, вытекающие, в частности, из предписаний статей 48 (часть 1), 49 и 51 Конституции Российской Федерации. Следует учитывать, что гарантированное Конституцией Российской Федерации право на защитника (адвоката) не тождественно праву на получение квалифицированной юридической помощи, которое сформулировано как субъективное право, подлежит реализации исключительно по воле самого правообладателя и не предполагает обязанности государственных органов, во всяком случае, обеспечить такое право, как, впрочем, не допускает и его ограничения.

В частности, при проведении гласного оперативно-розыскного мероприятия или негласного мероприятия, перешедшего при его завершении в гласную стадию, не исключается (Закон об ОРД не содержит запрета) допуск к оказанию квалифицированной юридической помощи лицу, в отношении которого такое мероприятие проводилось, приглашенного им (явившегося) адвоката. При этом на орган, осуществляющий ОРД, не возлагается обязанность по требованию такого лица обеспечить ему реализацию данного права, прежде всего ввиду неотложного характера ОРМ.

Поскольку вопрос об участии защитника в ОРД неоднократно ставился в ряде жалоб, адресованных Конституционному Суду Российской Федерации, рассматривался в научных публикациях, а также попытка урегулировать данный вопрос была сделана и законодателем в проекте Федерального закона N 187670-5 "О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности", представляется целесообразным рассмотреть гипотетическую возможность разрешения в Законе об ОРД вопроса о допуске адвоката к участию в оперативно-розыскных мероприятиях и тем самым реализации в этом Законе положений статьи 48 Конституции Российской Федерации.

Учитывая, что порядок уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации устанавливается Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации (часть 1 статьи 1), соответственно, уголовное преследование, правовое положение подозреваемого, обвиняемого, обязательное участие защитника, приглашение, назначение и замена защитника, оплата его труда определяются также этим Кодексом.

Следовательно, включение в Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности" положений об обязательном участии защитника при проведении ОРМ в отношении подозреваемого или обвиняемого вело бы к регулированию уголовно-процессуальных отношений в законе иной отраслевой принадлежности, а потому к их несоответствию общим положениям как уголовно-процессуального закона, так и Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности".

Отвечая на вопрос о гипотетической возможности законодательного закрепления участия адвоката в ОРМ, необходимо учитывать, что оперативно-розыскная деятельность - вид деятельности, основанный на принципах конспирации, сочетания гласных и негласных методов и средств.

Соответственно, введение участия защитника при осуществлении ОРД, а тем более обязательного, как это предлагалось в указанном законопроекте, не согласуется с данными положениями, поскольку в этом случае ни о какой конспирации, негласном или зашифрованном проведении мероприятий, по существу, не может быть и речи, а следовательно, дополнение Закона об ОРД положением об участии защитника в проведении оперативно-розыскных мероприятий, хотя и лишь отдельных, привело бы к его противоречию фундаментальным принципам Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", исключило бы негласность ОРМ, а потому приводило бы и к их бессмысленности, что представляется недопустимым, о чем фактически сказал Конституционный Суд Российской Федерации в своем Определении от 14 июля 1998 года N 86-О <50>.

<50> Определение Конституционного Суда РФ от 14 июля 1998 года N 86-О "По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" по жалобе гражданки И.Г. Черновой" // Собрание законодательства Российской Федерации. 24.08.1998. N 34. Статья 4368.

Невозможным представляется обеспечение защитником объекта ОРМ и в силу безотлагательности проводимых оперативно-розыскных мероприятий.

Вместе с тем оперативно-розыскная деятельность и Закон, ее регламентирующий, не предполагают и не определяют основания и порядок задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения, а потому и положения Конституции Российской Федерации, закрепляющие право каждого задержанного, заключенного под стражу, подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления пользоваться помощью адвоката (защитника), не имеют прямого отношения к оперативно-розыскной деятельности. Соответственно, данное право не может быть ограничено на основании норм оперативно-розыскного Закона, возникает по иным (не оперативно-розыскным) основаниям и подлежит обеспечению по основаниям и в порядке, которые определяются нормами иной отраслевой принадлежности.

В этой связи представляется, что право на защиту подозреваемого, обвиняемого как участника уголовно-процессуальных правоотношений при проведении гласных ОРМ при оперативно-розыскном сопровождении расследования с их участием по поручению следователя может быть обеспечено в рамках положений УПК Российской Федерации, что, собственно, и следует из правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации. Поскольку, согласно Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации, подозреваемым является лицо, застигнутое при совершении преступления или непосредственно после его совершения; когда потерпевшие или очевидцы укажут на данное лицо как на совершившее преступление; когда на этом лице или его одежде, при нем или в его жилище будут обнаружены явные следы преступления (часть первая

статьи 91), на основании положений уголовно-процессуального закона возможно разрешить и вопрос об участии защитника, в том числе применительно к случаям задержания лица с поличным при проведении ОРМ, поскольку с момента его фактического задержания он наделяется правом пользоваться помощью защитника (пункт 3 части четвертой статьи 46, пункт 3 части третьей статьи 49).

Как указал Конституционный Суд Российской Федерации, конституционное право на получение квалифицированной юридической помощи возникает у конкретного лица с того момента, когда управомоченными органами власти в отношении этого лица предприняты меры, которыми реально ограничиваются его свобода и личная неприкосновенность, включая свободу передвижения <51>.

<51> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 июня 2000 года N 11-П "По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова" // Собрание законодательства Российской Федерации. 03.07.2000. N 27. Статья 2882.

Положения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, наделяя подозреваемого правом на помощь защитника (пункт 3 части четвертой статьи 46), прямо предусматривают и участие защитника в уголовном деле с момента начала осуществления процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления (пункт 5 части третьей статьи 49). Данные нормы не могут применяться без учета предписаний статьи 48 Конституции Российской Федерации, не лишают лицо права на обращение к адвокату (защитнику) за юридической помощью с момента фактического задержания или иного реального ограничения его прав и не исключают участие явившегося адвоката (защитника) в производстве следственных действий, проводимых с участием такого лица <52>.

<52> Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 17 ноября 2011 года N 1543-О-О // СПС "КонсультантПлюс".

8. Конституция Российской Федерации, гарантируя каждому судебную защиту его прав и свобод (часть первая статьи 46), устанавливает, что никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом (часть первая статьи 47).

По смыслу конституционных положений, право каждого на судебную защиту, обеспечиваемое путем рассмотрения его дела законным, независимым и беспристрастным судом, означает, в частности, что рассмотрение дел должно осуществляться законно установленным, а не

произвольно выбранным судом; признание же суда законно установленным требует, чтобы его компетенция по рассмотрению данного дела определялась законом <53>.

<53> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 февраля 2004 года N 4-П "По делу о проверке конституционности пункта 10 статьи 75 Федерального закона "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации" и части первой статьи 259 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Верховного Суда Российской Федерации" // Собрание законодательства Российской Федерации. 01.03.2004. N 9. Статья 831.

Согласно Закону об ОРД, рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, на неприкосновенность жилища при проведении оперативно-розыскных мероприятий осуществляется судом, как правило, по месту проведения таких мероприятий или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении. Указанные материалы рассматриваются уполномоченным на то судьей единолично и незамедлительно (часть первая статьи 9). Тем самым данная норма определяет подсудность рассмотрения материалов и состав суда, т.е. законный суд.

Подсудность рассмотрения дел данной категории предопределяется публичными целями и интересами, а потому в процедуре предварительного судебного контроля обеспечивается право на судебную защиту согласно гарантиям, вытекающим из требований статьи 46 Конституции Российской Федерации.

В процедуре же последующего судебного контроля обеспечивается реализуемая по воле правообладателя защита его права. Лицо, полагая, что его право нарушено, вправе защищать его в судебном порядке либо воздержаться (отказаться) от такой защиты. В этом случае оно является стороной процесса, в котором разрешается именно его спор. Именно тогда, участвуя в такой судебной процедуре, оно и реализует свое право, вытекающее из статьи 47 Конституции Российской Федерации, т.е. в своем деле, где оно защищает свое нарушенное право и (или) решает судьбу своего дела.

Аналогичной позиции придерживается и Европейский суд по правам человека. Так, в Постановлении от 6 сентября 1978 года по делу "Класс (Klass) и другие против Федеративной Республики Германия" <54> Европейский суд по правам человека указал, что, при наличии адекватных и эффективных гарантий против злоупотреблений органов власти при применении средств негласного наблюдения за гражданами, вопрос о том, распространяются ли гарантии судебной защиты, закрепленные в статье 6

Конвенции о защите прав человека и основных свобод, на решения о введении мер наблюдения, должен быть рассмотрен с разграничением между двумя этапами: до и после уведомления о прекращении наблюдения. Пока решение подвергнуть кого-либо наблюдению остается тайным по законным основаниям, оно не подлежит судебному контролю по инициативе заинтересованного лица в смысле статьи 6; как следствие, оно с необходимостью выходит за рамки требований этой статьи. Решение может подпасть под действие вышеуказанного положения только после прекращения наблюдения. В соответствии с информацией, полученной от правительства, заинтересованное лицо, как только оно было уведомлено о таком прекращении, имеет в своем распоряжении различные правовые средства против возможных нарушений его прав; эти средства правовой защиты должны удовлетворять требованиям статьи 6.

<54> Европейский суд по правам человека. Избранные решения. М.: Норма, 2000. Т. 1. С. 168 - 186.

В Постановлении от 9 июня 2005 года по делу "Вохмина (Vokhmina) против Российской Федерации" Европейский суд по правам человека отметил, что статья 6 Конвенции как таковая, гарантируя право на справедливое судебное разбирательство судом, созданным на основании закона, не устанавливает право на рассмотрение дела конкретным судом. При этом соблюдение требований статьи 6 Конвенции оценивается Европейским судом применительно к справедливости разбирательства дела в целом, включая соблюдение правил подсудности дела, способы получения доказательств и другие обстоятельства <55>.

<55> Постановление Европейского суда по правам человека от 10 марта 2009 года по делу "Быков (Bykov) против Российской Федерации".

Как неоднократно отмечал Конституционный Суд Российской Федерации, процедура независимого одобрения оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничениями конституционных прав граждан, - это не судебное разбирательство и даже не подготовительные действия к судебному заседанию. В данных правоотношениях еще нет сторон, что характерно для уголовного процесса в тех случаях, когда, например, уголовное дело возбуждено по факту и неизвестно, можно ли считать деяние преступлением, кто его совершил или совершает. В процедуре, в которой испрашивается судебное разрешение на проведение оперативно-розыскных мероприятий, открытости, гласности и состязательности сторон быть не может. Проверяемое лицо не является участником этого процесса <56>.

<56> Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 1998 года N 86-О, от 24 ноября 2005 года N 448-О, от 21 декабря 2006 года N 590-О, от 8 февраля 2007 года N 1-О и N 128-О-П и др. // СПС

"КонсультантПлюс".

Из приведенных выше правовых позиций следует, что правоотношения, возникающие при осуществлении предварительного судебного контроля за оперативно-розыскной деятельностью, в которых еще нет сторон, а проверяемое лицо - не участник процесса и знать о нем не должен, носят особый, специфический характер и на определенном этапе исключают из своей сферы лиц, в отношении которых проводятся оперативно-розыскные мероприятия. Поскольку лица, в отношении которых суд рассматривает материалы об ограничении их конституционных прав, не являются участниками правоотношений, то они не приобретают и возникших по этому поводу субъективных прав <57>, в том числе права каждого на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом. Субъектами этого конституционного права они становятся лишь при осуществлении последующего судебного контроля и обжаловании судебных решений и действий органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также при использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве.

<57> Такой вывод подтверждается Определением Конституционного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2011 года "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Кучеркова Олега Павловича, Гладкого Юрия Александровича, Чупрова Олега Михайловича на нарушение их конституционных прав положениями частей третьей и четвертой статьи 354 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации".

При этом нельзя не учитывать, что предварительный судебный контроль за оперативно-розыскной деятельностью имеет своей целью обеспечение защиты конституционных прав и свобод личности, а потому сам по себе не может рассматриваться как ограничивающий права граждан.

Таким образом, при осуществлении предварительного судебного контроля за ограничением конституционных прав граждан на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, неприкосновенность жилища у лица, в отношении которого принимается решение об ограничении указанных конституционных прав, еще не возникает право, предусмотренное статьей 47 Конституции Российской Федерации, которое сформулировано как субъективное.

Соответственно, правила подсудности при осуществлении такого предварительного судебного контроля подчинены публичным интересам обеспечения справедливого, объективного, беспристрастного и независимого суда, гарантирующего охрану права всей совокупностью соответствующих процессуальных средств и процедур.

Исходя из сущности оперативно-розыскных мероприятий необходимостью их безотлагательного проведения обусловлены

безотлагательное обращение в суд с ходатайством о санкционировании проведения оперативно-розыскных мероприятий и незамедлительность рассмотрения соответствующих материалов судом. Ввиду неотложного характера оперативно-розыскных мероприятий и учитывая, что место их проведения и место нахождения органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, могут не совпадать, проведение оперативно-розыскных мероприятий одними органами по запросам других, когда территориальное расположение и проведение таких мероприятий также могут не совпадать, Федеральным законом органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, наделены правом обратиться с ходатайством о санкционировании оперативно-розыскных мероприятий в ближайший к ним суд - по месту проведения мероприятия или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении.

Тем самым обеспечиваются доступ к правосудию, а также права граждан, на защиту которых направлено проведение ОРМ.

Учитывая, что оперативно-розыскная деятельность невозможна без значительной степени секретности, конспирации, сочетания гласных и негласных методов и средств при ее осуществлении, соответственно, и в процедуре решения вопроса о получении судебного разрешения на проведение оперативно-розыскных мероприятий обеспечение тайны информации о планируемых оперативно-розыскных мероприятиях в отношении конкретного лица приобретает безусловное значение.

По смыслу статей 23, 25, 46 (часть 1), 118, 120 и 123 Конституции Российской Федерации, суд как орган правосудия призван обеспечить справедливую процедуру принятия решения, в том числе и на дачу санкции на проведение оперативно-розыскных мероприятий. Обращение же за судебным разрешением в конкретный суд, при наличии угрозы разглашения сведений о подготовке оперативно-розыскных мероприятий в отношении конкретного лица, делает принятое решение, независимо от его существа (получена санкция или отказано в ней), не отвечающим принципам равенства и справедливости, а в конечном счете - неправосудным.

Соответственно, обоснованные опасения (достаточные основания полагать) в разглашении сведений о подготовке оперативно-розыскных мероприятий в отношении конкретного лица являются основанием недопустимости рассмотрения соответствующих материалов конкретным судом. Иное заведомо приводило бы к невозможности и (или) бессмысленности проведения оперативно-розыскных мероприятий, ставило бы под угрозу жизнь, здоровье, права и свободы человека и гражданина, собственность, обеспечение безопасности общества и государства от преступных посягательств, на защиту которых направлена оперативно-розыскная деятельность, противоречило бы принципам справедливого, объективного, беспристрастного и независимого суда.

Следовательно, в ситуации угрозы рассекречивания планируемого оперативно-розыскного мероприятия, когда совпадают место его проведения и место нахождения органа, ходатайствующего о его проведении, возникает

необходимость обращения с ходатайством о проведении оперативно-розыскного мероприятия к другому (неуполномоченному) судье и (или) в другой равнозначный суд.

Однако такое обращение не может быть произвольным и не предполагает обращение в любой равнозначный суд. Учитывая неотложный характер оперативно-розыскных мероприятий, безотлагательность их проведения, обусловленную объективными обстоятельствами дела, временем и местом совершения деяния лицом, в отношении которого планируется проведение оперативно-розыскных мероприятий, промедление в проведении которых может привести к совершению преступления, наступлению необратимых общественно опасных последствий, соответственно, таким судом, согласно общему правилу, может быть лишь суд, ближайший к месту проведения мероприятия или к месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении. Тем самым обеспечиваются доступ к правосудию, судебный контроль за законностью и обоснованностью ограничения прав лица - объекта ОРМ.

При этом, разрешая вопрос о санкционировании ОРМ, ограничивающего конституционные права граждан, судья принимает соответствующее решение, исходя из анализа всего комплекса обстоятельств. В равной мере уполномоченный судья (суд) может проверить и оценить наличие оснований для обращения за разрешением этого вопроса именно в этот суд и обосновать свое решение в том числе в части, касающейся оснований для рассмотрения материалов конкретным судом (судьей).

По буквальному смыслу части первой статьи 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" и в ее взаимосвязи с положением части шестой данной статьи повторное обращение по этому же вопросу к другому судье или в другой равнозначный суд не допускается. Если же судья (суд) отказал в проведении оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права гражданина, орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, вправе обратиться по этому же вопросу лишь в вышестоящий суд.

Иное, по смыслу указанных положений, приводило бы к злоупотреблению правом, нарушению закрепленного статьей 6 Федерального конституционного закона "О судебной системе Российской Федерации" требования об обязательности судебных постановлений.

Заинтересованное же лицо (объект ОРМ), даже если оно только полагает, что действия органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, привели к нарушению его прав и свобод, имеет право на судебную защиту и обжалование соответствующих действий и решений (часть 3 статьи 5 Закона об ОРД).

Соответственно, Закон об ОРД не содержит нормативных предпосылок для нарушения закрепленных Конституцией Российской Федерации принципов и положений, относящихся к осуществлению правосудия, - права каждого на судебную защиту (части 1 и 2 статьи 46), в том числе на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно

отнесено законом (часть 1 статьи 47), равенства всех перед законом и судом (часть 1 статьи 19), осуществления правосудия только судом (статья 118), самостоятельности и независимости суда (статья 10 и часть 1 статьи 120).

Иной подход законодательного закрепления разрешения вопроса о подсудности санкционирования ОРМ, учитывая, что органы, осуществляющие ОРД, руководствуются принципом конспирации, не ограничены в проведении ОРМ территорией их дислокации, но ограничены пределами их функциональной компетенции, а потому территориальность проведения ОРМ и нахождения органа, осуществляющего ОРД, может не совпадать, в том числе при потребности в проведении ОРМ по поручению других органов - субъектов ОРД, представляется неприемлемым. Наделение органов - субъектов ОРД правом на санкционирование ОРМ только по месту их проведения или же только по месту нахождения органа, осуществляющего ОРД, особенно учитывая масштабы страны, может привести к бессмысленности получения судебного решения, ввиду упущенного времени, когда возникает необходимость в проведении соответствующего оперативно-розыскного мероприятия в конкретное время и в конкретном месте, когда данный вопрос должен быть разрешен безотлагательно. Безусловно, вопрос о санкционировании ОРМ может быть разрешен и путем получения необходимого судебного решения, например, прибегая к помощи иных органов - субъектов ОРД, дислоцированных на другой территории, проводя оперативно-розыскные мероприятия по их заданию и с санкции, полученной судом по их территориальной расположенности. Вместе с тем это приведет к потере времени, связанной, например, с необходимостью представления, а потому пересылки (доставления) соответствующих материалов, служащих основаниями для проведения конкретного мероприятия в отношении конкретного лица, в случаях необходимости безотлагательного проведения ОРМ, а потому и к возможной безрезультатности конкретных мероприятий. Такой порядок разрешения вопроса о судебном санкционировании ОРМ приводит и к нарушению принципов конспирации, поскольку разглашаются не только данные о планируемом оперативно-розыскном мероприятии в отношении конкретных лиц, но и, возможно, источники информации, а также оперативности реагирования на криминальные проявления.

Вопрос же об особенностях рассмотрения материалов о проведении оперативно-розыскных мероприятий в отношении отдельных категорий лиц, наделенных иммунитетом, требует отдельного рассмотрения и анализа взаимосвязанных положений как Закона об ОРД, так и определяющих особый статус таких лиц иных законодательных актов, образующих единую правовую норму. Такая норма подлежит оценке с точки зрения ее формальной определенности, соблюдения при ее применении конституционного принципа равенства перед законом и судом, допустимости ограничения прав таких особых субъектов с позиции требований статьи 55 Конституции Российской Федерации, соотношения защищаемых ценностей и тех, которыми необходимо поступиться.

9. Оперативно-розыскная деятельность достаточно специфична и

многогранна, а потому и конституционно-правовые аспекты этой деятельности также множественны, специфичны и достаточно разнообразны. Различные проблемы, оценки и суждения об этой деятельности предполагают решение вопросов различного характера, которые связаны с разными отраслями права и законодательства, что делает необходимой комплексную проработку проблем ОРД. Вместе с тем назрела именно острая потребность в научном осмыслении положений Закона об ОРД и его смысла, придаваемого правоприменительной практикой, которая руководствуется ими как инструментом для решения конкретных задач, вытекающих как из этого Закона, так и из обусловленных функций органов, чьи оперативные подразделения наделены правом на осуществление этой деятельности.

Специализация теории оперативно-розыскной деятельности в качестве самостоятельной юридической науки обеспечила благоприятные условия для ее развития. Вместе с тем узкоспециализированное и замкнутое изучение проблем ОРД делает его функциональным и прикладным, однако односторонним, а потому и разрешение этих проблем лишь частичным, нередко ограниченным интересами конкретного ведомства. Если же учесть, что оперативно-розыскная деятельность включает проблемы правовые, психологические, морально-этические, финансовые, уже поэтому узконормативная, специализированная трактовка положений Закона об ОРД, непосвящение в существо проблем ОРД широкого круга специалистов других научных дисциплин обедняют развитие теории оперативно-розыскного права и практики его применения. Именно из-за этого наблюдается узкий, не всегда объективный подход к толкованию и применению как отдельных норм, так и Закона об ОРД в целом. Соответственно, успешная разработка проблем ОРД, смежных с другими отраслями права, сходных с теми, которые вынуждены разрешать различные органы - субъекты ОРД, вряд ли возможна без привлечения специалистов соответствующего профиля и различной ведомственной принадлежности.

Только диалог, корректная дискуссия и конструктивные обоснованные предложения и идеи могут не только обогатить теорию ОРД, но и послужить развитию оперативно-розыскного права и практики, отвечающих требованиям Конституции Российской Федерации. Именно из положений Основного Закона должны быть выведены идеи и предложения, развивающие эту деятельность, априори основанную на Конституции Российской Федерации, служащую защите основ конституционного строя и основ правового статуса личности в Российской Федерации.

Представляется, что проведение научных и научно-практических мероприятий и участие в них представителей различных научных специальностей, лиц, реализующих различные правовые функции разных сфер деятельности, позволят более разносторонне и детально осветить проблемы ОРД с позиций положений российской Конституции.

Представленный доклад, безусловно, отражает лишь некоторые конституционные проблемы ОРД, не содержит исчерпывающих предложений по их разрешению и аргументации, их обосновывающих. Автор

сознает дискуссионность, а также некоторую противоречивость изложенных суждений или же их недосказанность. Далеко не все решения Конституционного Суда Российской Федерации проанализированы, критически оценены и положены в основу доклада. Автор будет признателен за высказанные по докладу отзывы, критические замечания и пожелания, которые будут обязательно учтены при дальнейшей разработке этой темы.

В.М. АТМАЖИТОВ

**О СУЩНОСТИ И ПРАВОВОЙ ОСНОВЕ
ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
(НАУЧНЫЙ ДОКЛАД)**

Атмажитов Валерий Михайлович, профессор кафедры организации оперативно-розыскной деятельности Академии управления МВД России, кандидат юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации.

20 лет прошло с момента принятия первого в современной истории нашей страны <1> специального Закона "Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации" <2>. Период его действия был непродолжителен - всего три года.

<1> После Закона от 6 июля 1908 г. "Об организации сыскной части" каких-либо специальных законодательных актов в области сыска ни в царской России, ни в Советском Союзе не принималось.

<2> Указанный Закон был принят 13 марта 1992 г.

В 1995 г. парламентом России был принят в новой редакции Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности" <3>. После его вступления в действие в него неоднократно вносились изменения.

<3> Далее - Закон, Федеральный закон об ОРД.

Принятие специальных законов об оперативно-розыскной деятельности (ОРД) явилось важным шагом на пути построения правового государства в России. Как известно, вплоть до 1992 г. эта деятельность преимущественно регулировалась подзаконными, в основном ведомственными (межведомственными), нормативными правовыми актами, отдельные нормы действовавшего до этого времени законодательства определяли лишь общие положения применения оперативно-розыскных мер, не регламентируя в деталях порядок их осуществления <4>.

<4> См., например: Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик (ст. 29), УПК РСФСР (ст. ст. 118, 119 и др.), Законы

СССР и РСФСР "О милиции".

Предпосылками для реализации остро возникшей в российском обществе в конце 1980 - начале 1990 г. потребности в законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности стали научные труды А.Ф. Возного, Д.В. Гребельского, И.М. Гуткина, Л.Н. Калининича, А.Г. Лекаря, В.А. Лукашова, В.В. Сергеева, Г.К. Синилова, В.К. Шульца и некоторых других авторов. В них были сформулированы принципиальные положения, касающиеся определения сущности названной деятельности и ее правовой основы. Без преувеличения можно сказать, что именно результаты проведенных к тому времени научных исследований сделали возможными разработку и принятие специальных оперативно-розыскных законов <5>.

<5> Подробно об этом см.: Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. О законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности: Научный доклад. М., 2003; Они же. К вопросу о законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности // Государство и право. 2004. N 11.

С принятием указанных Законов оперативно-розыскная деятельность стала легитимной. Впервые нормативные правовые акты высшей юридической силы открыто регламентировали во многом тайную (негласную) работу правоохранительных органов и спецслужб России. В относительно небольших по объему законодательных актах (преамбула и 20 статей в первом Законе и 23 статьи во втором) были нормативно закреплены некоторые важные унифицированные положения (правила), определяющие содержание оперативно-розыскной работы всех государственных органов, наделенных правом на ее осуществление. В них были закреплены правовой статус оперативно-розыскной деятельности, ее содержание, задачи и принципы; сформулированы основные положения, устанавливающие правомерность, условия и пределы проведения оперативно-розыскных мероприятий, использования их результатов в решении задач по борьбе с преступностью; установлены права и обязанности лиц, связанных с осуществлением ОРД, их социальная и правовая защита.

В Законах официально была закреплена возможность реализации гражданами своего права на оказание помощи органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в решении задач по борьбе с преступностью путем гласного и негласного их содействия и предоставлено этим органам право на его использование. Тем самым был положен конец систематическим нападениям прессы и других средств массовой информации (СМИ) на лиц, оказывающих (оказывавших) содействие, ибо были признаны его правомерность и с социальной точки зрения оправданность.

В Законах определялся круг лиц, с которыми органы, осуществляющие ОРД, могут устанавливать отношения сотрудничества, в том числе на контрактной основе, предусматривалась социальная и правовая защита таких

лиц и вместе с тем возлагалась на них обязанность "сохранять в тайне сведения, ставшие им известными в ходе подготовки или проведения оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ), и не представлять заведомо ложной информации соответствующим органам" (ст. 17 ФЗ об ОРД).

Указанные Законы регулировали принципиальное решение также многих других вопросов организации и тактики осуществления оперативно-розыскной деятельности. С их принятием, по существу, началось формирование оперативно-розыскного законодательства. Его анализ позволил в 1997 г. видному ученому в сфере уголовно-процессуальной деятельности А.А. Чувилеву сделать такой вывод: "Есть все основания полагать, что в системе российского права появилась новая отрасль - оперативно-розыскное право" <6>.

<6> Подробно об этом см.: Чувилев А.А. Соотношение оперативно-розыскного и уголовно-процессуального права // Право. 1997. N 1. С. 26 - 29.

Комплексный и систематизированный характер Законов об ОРД позволил рассматривать их в качестве основополагающих отраслевых нормативных правовых актов. В соответствии с ними государственные органы, уполномоченные осуществлять оперативно-розыскную деятельность, обязаны были детализировать правила, касающиеся особенностей организации и тактики решения возложенных на них задач, в специальных ведомственных нормативных правовых актах.

Принятие названных, а впоследствии и других законов, в определенной степени регулирующих оперативно-розыскную деятельность <7>, активизировало научную разработку ее правового регулирования. В последние годы было опубликовано большое количество научных статей, учебных пособий и других изданий, посвященных правовой основе оперативно-розыскной деятельности. Более того, по данной тематике защищено две докторские диссертации (К.В. Сурков, А.В. Шумилов).

<7> В настоящее время оперативно-розыскные отношения регулирует еще более 20 законодательных актов (кодексов, федеральных законов, законов РФ), в том числе УК, УПК, УИК, Законы РФ от 1 апреля 1993 г. N 4730-1 "О Государственной границе Российской Федерации", от 11 марта 1992 г. N 2487-1 "О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации", от 26 июня 1992 г. N 3132-1 "О статусе судей в Российской Федерации", от 21 июля 1993 г. N 5473-1 "Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы", от 21 июля 1993 г. N 5485-1 "О государственной тайне", от 17 января 1992 г. N 2202-1 "О прокуратуре Российской Федерации", от 3 апреля 1995 г. N 40-ФЗ "О Федеральной службе безопасности", от 20 апреля 1995 г. N 45-ФЗ "О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов", от 15 июля 1995 г. N 103-ФЗ "О содержании под стражей подозреваемых в совершении преступлений", от 10 января 1996 г. N

5-ФЗ "О внешней разведке", от 27 мая 1996 г. N 57-ФЗ "О государственной охране", от 8 января 1998 г. N 3-ФЗ "О наркотических средствах и психотропных веществах", от 25 июля 1998 г. N 128-ФЗ "О государственной дактилоскопической регистрации в Российской Федерации", от 31 мая 2002 г. N 63-ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации", от 7 июля 2003 г. N 126-ФЗ "О связи", от 27 ноября 2010 г. N 311-ФЗ "О таможенном регулировании в Российской Федерации", от 7 февраля 2011 г. N 3-ФЗ "О полиции" и др.

Вместе с тем нельзя не отметить, что современное правовое регулирование ОРД не отвечает потребностям сегодняшней практики и нуждается в совершенствовании. Такой вывод разделяют как практические работники, так и научные сотрудники, занимающиеся решением вопросов в сфере ОРД.

В связи с этим 21 ноября 2002 г. состоялось заседание секции по государственной и общественной безопасности научного совета при Совете Безопасности Российской Федерации, посвященное проблемам совершенствования правового регулирования названной деятельности.

В ходе заседания секции было отмечено, что действующий Федеральный закон об ОРД не в полной мере адекватен состоянию и тенденциям развития криминальной ситуации в стране, а в отдельных случаях не согласуется с правоприменительной практикой.

Секцией было принято решение о создании при МВД России межведомственной рабочей группы для разработки предложений по совершенствованию законодательства в сфере оперативно-розыскной деятельности. В состав группы были включены представители практических и научных подразделений МВД, ФСБ, ГТК (ФТС), Минюста, ФСО России и Генеральной прокуратуры Российской Федерации.

В 2004 г. межведомственной рабочей группой был подготовлен проект новых изменений и дополнений в указанный Закон. Авторы проекта в рамках структуры действующего Закона предлагали внести изменения буквально в каждую его статью. По сути, они разработали проект Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" в новой редакции.

В сентябре 2004 г. Советом Безопасности Российской Федерации данный проект был поддержан и направлен в МВД России для согласования с заинтересованными ведомствами.

Проект также рассматривался в ФСО, ФТС, СВР, ФСКН, ФСБ России, Генеральной прокуратуре Российской Федерации, Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Он обсуждался на закрытом семинаре в Комитете Совета Федерации по обороне и безопасности Федерального Собрания Российской Федерации 24 марта 2005 г. <8>. Однако необходимой поддержки данный законопроект не получил.

<8> О совершенствовании правового регулирования оперативно-

розыскной деятельности правоохранительных органов и специальных служб Российской Федерации: Материалы семинара (Москва, 24 марта 2005 г.). М., 2005.

Впоследствии при указанном Комитете Совета Федерации была создана новая межведомственная рабочая группа по разработке законодательных предложений по совершенствованию правового регулирования оперативно-розыскной деятельности. Но до настоящего времени членам группы не удалось подготовить соответствующий законопроект.

Причин тому много. Одна из них, на наш взгляд, самая главная, связана с отсутствием среди специалистов единого мнения о **сущности** оперативно-розыскной деятельности. К рассмотрению сущности ОРД обращались многие авторы. Она определялась ими по-разному.

Мы не будем анализировать их точки зрения, полагая, что они хорошо известны специалистам. Отметим лишь, что отдельные идеи различных авторов впоследствии в какой-то мере нашли отражение в законодательной дефиниции названной деятельности в действующем Законе (ст. 1). Ее содержание буквально следующее: **оперативно-розыскная деятельность - вид деятельности, осуществляемой гласно и негласно оперативными подразделениями государственных органов, уполномоченных на то настоящим Федеральным законом, в пределах их полномочий посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.**

В законодательном понятии ОРД закреплены определенные признаки (положения), отражающие ее сущность:

- является разновидностью государственной деятельности;
- осуществляется гласно или негласно;
- ее субъектами выступают только оперативные подразделения государственных органов, уполномоченных на ее осуществление Федеральным законом об ОРД;
- осуществляется определенными субъектами только в соответствии с их полномочиями;
- осуществляется только посредством оперативно-розыскных мероприятий, перечисленных в Законе;
- целевое назначение связано с защитой перечисленных в Законе объектов от преступных посягательств.

Рассмотрим некоторые из перечисленных признаков ОРД, раскрывающих ее сущность, более подробно.

1. В законодательном понятии "оперативно-розыскная деятельность" закреплено традиционное представление о ней как о государственно-правовой форме борьбы с преступностью <9>. Такой вывод прежде всего связан с правовой трактовкой цели данной деятельности. В ст. 1 Закона сказано, что она осуществляется в "целях защиты жизни, здоровья, прав и

свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от **преступных посягательств**" (выделено мной. - В.А.).

<9> Обоснование вывода о том, что оперативно-розыскная деятельность является одной из государственно-правовых форм борьбы с преступностью, было сделано еще в конце 60-х - начале 70-х гг. прошлого столетия в работах А.Г. Лекаря, Д.В. Гребельского, В.А. Лукашова, Г.К. Синилова.

Эта же цель была сформулирована и в проекте нового Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", подготовленном межведомственной рабочей группой в 2004 г. Она также указана А.Ю. Шумиловым в опубликованном им в 2004 г. авторском проекте новой редакции Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" <10>.

<10> Шумилов А.Ю. Новая редакция оперативно-розыскного закона России: открытый проект: Научно-справочное пособие. М., 2004.

На наш взгляд, эта цель должна быть сформулирована по-иному <11>.

<11> Более подробно об этом см. также: Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. Указ. соч.

Борьба с преступностью действительно является важнейшей, но не единственной составляющей цели такой деятельности. В процессе ее осуществления нередко решаются также задачи, выходящие за рамки непосредственно борьбы с преступностью. К таким задачам, в частности, относятся:

- розыск лиц, пропавших без вести, без признаков их криминального исчезновения;
- установление личности больных и детей, не могущих сообщить сведения о себе;
- установление личности граждан, не имеющих документов и скрывающих подлинные сведения о себе;
- персонификация (идентификация) неопознанных трупов;
- розыск граждан Российской Федерации, утративших связь с родственниками;
- розыск лиц, уклоняющихся от административного наказания;
- розыск должников (ответчиков) по гражданским делам (о взыскании алиментов; о возмещении вреда, причиненного увечьем или иным повреждением здоровья, а также смертью кормильца; о взыскании средств с граждан в пользу государственных учреждений, предприятий и иных организаций в случаях, установленных законодательством Российской Федерации);

- сбор данных, необходимых для принятия решения о допуске определенных лиц к определенным сведениям (составляющим государственную тайну и др.) и видам деятельности (оперативно-розыскной, частной детективной, охранной и др.);

- поддержание в исправительных учреждениях режима, установленного уголовно-исполнительным законодательством;

- обеспечение охраны государственных секретов и др.

Из этого следует, что **путем осуществления оперативно-розыскной деятельности помимо непосредственно борьбы с преступностью решаются также многие другие социально значимые задачи, не связанные с такой борьбой.**

Таким образом, эта деятельность является разновидностью **государственной правоохранительной деятельности**, цель которой - защита жизни, здоровья, прав и свобод человека, собственности, обеспечения безопасности общества и государства в самом **широком смысле** этого слова.

Следует заметить, что еще в 60-х - 70-х годах прошлого столетия В.А. Лукашов определял оперативно-розыскную деятельность органов внутренних дел как особый вид правоохранительной деятельности. Однако цели и задачи такой деятельности он, по сути, как и другие авторы, сводил к борьбе с преступностью <12>.

<12> Лукашов В.А. Введение в курс "Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел". Киев, 1976. С. 23.

2. Другим важным признаком, уяснение которого необходимо для установления сущности оперативно-розыскной деятельности, является определение ее субъектов. Субъекты ОРД в Законе определены противоречиво. Из ст. 1 и ч. 1 ст. 13 Закона следует, что названная деятельность осуществляется **оперативными подразделениями** уполномоченных на то государственных органов. В других же статьях Закона определяются права и обязанности самих **органов** (ст. ст. 14, 15 и др.), регулируются отдельные вопросы осуществления оперативно-розыскной деятельности **должностными лицами** этих органов (ст. ст. 5, 6 и др.) и т.д.

Согласно проекту, подготовленному межведомственной рабочей группой, оперативно-розыскная деятельность осуществляется государственными **органами** и их **должностными лицами**. Не оперативными подразделениями названных органов, как это значит в действующем Законе, а именно **органами** и **должностными лицами** таких **органов**. Эта же идея сформулирована и в других нормах проекта, в частности в статьях, определяющих обязанности (ст. 14) и права (ст. 15) **органов**, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и их **должностных лиц**, а также регулирующих содействие граждан названным **органам** (ст. ст. 17, 18). Из этого следует, что субъектами ОРД в соответствии с предписаниями проекта являются не только оперативные подразделения соответствующих государственных органов и должностные

лица таких подразделений, но и иные (неоперативные) подразделения этих органов и их должностные лица. На наш взгляд, эти положения проекта в целом заслуживают поддержки, но и нуждаются в некотором уточнении.

К субъектам оперативно-розыскной деятельности мы относим: органы, осуществляющие названную деятельность; оперативные подразделения этих органов; должностных лиц названных органов и подразделений; другие подразделения указанных органов и их должностных лиц, физических лиц, содействующих органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, и иных субъектов.

В этой связи считаем, что в Законе необходимо предусмотреть специальные нормы, закрепляющие отдельные положения о субъектах оперативно-розыскной деятельности, четко урегулировать обязанности и права **всех** субъектов такой деятельности, вопросы их социальной и правовой защиты, а также ответственности <13>.

<13> Подробно об этом см.: Атмажитов В.М., Бобров В.Г. Об основных направлениях дальнейшего развития теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Актуальные вопросы теории и практики оперативно-розыскной деятельности: Труды / Академия управления МВД России. М.: Академия управления МВД России, 2001. С. 16 - 18; Бобров В.Г. О некоторых вопросах законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (десять лет российскому оперативно-розыскному закону): Вневедомственный сборник научных работ. М., 2002. Вып. 5. С. 44; Атмажитов В.М., Бобров В.Г. О законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности. С. 9, 10; Они же. К вопросу о законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности // Государство и право. 2004. N 11. С. 26 - 27; и др.

3. Следующим признаком, отражающим специфическую сущность оперативно-розыскной деятельности, является положение, определяющее механизм осуществления этой деятельности. Согласно Федеральному закону "Об оперативно-розыскной деятельности" (ст. 1) она осуществляется путем проведения оперативно-розыскных мероприятий. Такой подход к решению данного вопроса, на наш взгляд, **явно несостоятелен**.

Надо признать, что оперативно-розыскные мероприятия являются одним из основных элементов (частей) оперативно-розыскной деятельности, составляют ее сердцевину. Именно путем их проведения органы, осуществляющие эту деятельность, во многом решают задачи по выявлению преступлений, их предупреждению, пресечению, раскрытию, розыску скрывшихся преступников и лиц, пропавших без вести, и т.д. Однако оперативно-розыскные мероприятия далеко не исчерпывают всего содержания названной деятельности. Наряду с ними органы дознания (указанные в п. 1 ч. 1 ст. 40 УПК РФ) для решения задач по борьбе с преступностью используют также **оперативно-розыскные методы**,

проводят другие действия, не включенные в перечень оперативно-розыскных мероприятий (оперативные переговоры, облаву, засаду и др.), и т.д.

Более того, в содержание ОРД входят также меры организационно-управленческого и организационно-тактического характера (ее информационное обеспечение, аналитическая работа, прогнозирование, планирование в названной сфере деятельности, организация взаимодействия и т.д.). Однако эти содержательные аспекты рассматриваемой деятельности в ее законодательной дефиниции не отражены. Из этого можно сделать ошибочный вывод, что названные меры к оперативно-розыскной деятельности не относятся.

Другим аспектом механизма осуществления указанной деятельности является режим ее проведения. Как уже отмечалось, согласно действующему Закону (ст. 1) она осуществляется гласно и негласно. Однако в ранее упомянутом нами проекте нового Закона, подготовленном межведомственной рабочей группой, определен только негласный режим этой деятельности. **На наш взгляд, это концептуально неправильно.**

Во-первых, в органах внутренних дел и некоторых других органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, только отдельные оперативные подразделения функционируют в условиях полной негласности <14>.

<14> Например, в органах внутренних дел в таком режиме работают оперативно-поисковые подразделения и подразделения специальных технических мероприятий.

Во-вторых, как указывалось выше, часть задач оперативно-розыскной деятельности не связана с решением вопросов борьбы с преступностью. Их решение не вызывает необходимость осуществления такой деятельности в условиях какой-либо закрытости.

В-третьих, решение отдельных задач по борьбе с преступностью в ряде случаев предопределяет необходимость придания гласности проводимым оперативно-розыскным действиям. Так, при розыске лица, совершившего преступление, до населения доводятся информация о его приметах, возможных местах нахождения, способах передвижения, а также другие сведения. Гражданам даются рекомендации о том, как себя вести в случае обнаружения лица, кому сообщить об этом и т.д. Аналогично могут осуществляться оперативно-розыскные мероприятия по выявлению лиц, совершающих мошенничество и другие преступления.

В-четвертых, в ряде случаев проведение определенных оперативно-розыскных действий по объективным причинам скрыть практически невозможно (оперативная работа на месте происшествия на улице и в других местах, где нередко скапливаются люди).

Можно привести и иные аргументы в пользу того, что оперативно-розыскная деятельность в определенных случаях носит гласный характер.

Помимо названных признаков оперативно-розыскной деятельности присущи также некоторые другие черты, которые в совокупности с ранее рассмотренными определяют ее сущность. К ним следует отнести преимущественно негласный, разведывательно-поисковый характер такой деятельности и ее осуществление на основе не только законодательных и подзаконных нормативных правовых актов, но и определенных принципов.

На основании изложенного нами для обсуждения была предложена дефиниция оперативно-розыскной деятельности <15>. Эта деятельность определяется как **базирующаяся на правовой основе и определенных принципах государственная правоохранительная деятельность, преимущественно негласно осуществляемая уполномоченными на то субъектами путем проведения специальных организационных мер, а также оперативно-розыскных действий разведывательно-поискового характера в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека, собственности, обеспечения безопасности общества и государства.**

<15> Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. Указ. соч. С. 27.

Данное определение носит научный характер. На законодательном же уровне оно может быть сформулировано более кратко.

Таковы, на наш взгляд, основные признаки оперативно-розыскной деятельности, которые в совокупности при их рассмотрении отражают ее сущность <16>.

<16> См. также: Аتماжитов В.М. О сущности оперативно-розыскной деятельности // Актуальные вопросы теории и практики оперативно-розыскной деятельности: Труды / Академия управления МВД России. М.: Академия управления МВД России, 2008. С. 66 - 70.

С учетом изложенного, как уже было отмечено, в современных условиях очевидна необходимость совершенствовать правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности. Это нужно делать на основе системного подхода к названной проблеме. Она предполагает решение следующих задач:

- надо определить необходимую совокупность нормативных правовых актов, требующих внесения в них соответствующих изменений и дополнений, а также предусмотреть разработку новых актов;
- нужно установить регулятивную значимость таких актов и приоритетность их подготовки;
- следует определить структуру и содержание каждого из таких актов;
- требуется определить разработчиков этих актов и сроки их подготовки.

Каждая из названных задач нуждается в предметном рассмотрении. Здесь же будут изложены ключевые положения, касающиеся только первой из этих задач и в основном относящиеся к вопросам **законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности специальным**

Федеральным законом.

В настоящее время, с учетом острых потребностей практики, целесообразно внести изменения и дополнения лишь в отдельные статьи Закона, в частности в ст. ст. 1, 2, 6, 7, 8, 13, 16, 17, 18.

Вместе с тем Закон нуждается в радикальной переработке. Она должна быть связана с существенными изменениями как его содержания, так и структуры. Таким образом, оптимальным решением данного вопроса являются **разработка и принятие Закона в новой редакции**.

При разработке проекта нового Закона, а также в процессе решения вопросов, связанных с внесением изменений и дополнений в ныне действующий Закон, на наш взгляд, необходимо учитывать следующие основные положения.

1. Нужно уточнить определение оперативно-розыскной деятельности. Оно должно отражать новый современный уровень понимания сущности такой деятельности.

2. Следует более полно и четко сформулировать задачи ОРД с учетом потребностей современной практики и правоохранительной деятельности. В ст. 2 действующего Закона эти задачи перечислены не все.

3. Нужно предусмотреть нормы, регулирующие действие Закона в пространстве и во времени, а также определяющие язык, применяемый в сфере оперативно-розыскной деятельности.

4. Необходимо дать основные понятия, используемые в Законе.

5. Надо расширить перечень и раскрыть содержание принципов оперативно-розыскной деятельности.

6. В Законе необходимо предусмотреть отдельные нормы, закрепляющие важные положения о субъектах оперативно-розыскной деятельности.

7. Следует внести существенные изменения в нормы, регулирующие вопросы содействия граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность.

8. Нужно сформулировать специальные нормы, посвященные оперативно-розыскным средствам.

9. Необходимо внести существенные изменения в нормы, регулирующие оперативно-розыскные мероприятия, основания и условия их проведения.

10. Необходимо ввести в Закон новое понятие - "оперативно-розыскное производство".

11. Предусмотреть в Законе нормы, определяющие основные положения организации оперативно-розыскной деятельности.

12. Более четко урегулировать деятельность соответствующих субъектов по проведению ими контроля и прокурорского надзора за оперативно-розыскной деятельностью.

13. На законодательном уровне (Федеральным законом "Об оперативно-розыскной деятельности" и УПК РФ) нужно решить вопрос о придании результатам названной деятельности статуса доказательств в уголовном процессе <17>.

<17> Подробно о перечисленных положениях см.: Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. О законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности: Научный доклад. М., 2003; Они же. К вопросу о законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности // Государство и право. 2004. N 11; Они же. Об основных направлениях дальнейшего развития теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Актуальные вопросы теории и практики оперативно-розыскной деятельности: Труды / Академия управления МВД России. М.: Академия управления МВД России, 2001. С. 16 - 18; Аتماжитов В.М. О правовом регулировании общих положений оперативно-розыскной деятельности // О совершенствовании правового регулирования оперативно-розыскной деятельности правоохранительных органов и специальных служб Российской Федерации: Материалы семинара (Москва, 24 марта 2005 г.). М., 2005. С. 82 - 100; Бобров В. Результатам оперативно-розыскной деятельности - статус доказательств в уголовном процессе // Российская юстиция. 2004. N 4; и др.

С учетом изложенного предлагается следующая структура **специального** Федерального закона, регулирующего оперативно-розыскную деятельность.

ПРЕАМБУЛА

Раздел I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Глава 1. ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ, ЕЕ ЗАДАЧИ, ПРАВОВАЯ ОСНОВА И ИНЫЕ ИСХОДНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

- Статья 1. Оперативно-розыскная деятельность
- Статья 2. Задачи оперативно-розыскной деятельности
- Статья 3. Правовая основа оперативно-розыскной деятельности
- Статья 4. Действие настоящего Закона в пространстве
- Статья 5. Действие настоящего Закона во времени
- Статья 6. Язык, применяемый в сфере оперативно-розыскной деятельности
- Статья 7. Основные понятия, применяемые в настоящем Законе

Глава 2. ПРИНЦИПЫ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

- Статья 8. Соблюдение законности
- Статья 9. Уважение и соблюдение прав и свобод человека (вариант: Соблюдение прав и свобод личности)
- Статья 10. Прогнозирование и планирование
- Статья 11. Подконтрольность и поднадзорность оперативно-розыскной деятельности

Статья 12. Сочетание централизованного руководства и инициативы местных органов

Статья 13. Повседневная связь с населением

Статья 14. Разделение полномочий и компетенции субъектов оперативно-розыскной деятельности

Статья 15. Соблюдение конспирации

Статья 16. Сочетание гласных и негласных начал

Статья 17. Оперативная готовность и наступательность

Статья 18. Адекватность применения оперативно-розыскных мер решаемым задачам

Раздел II. СУБЪЕКТЫ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, ИХ КОМПЕТЕНЦИЯ, ОТВЕТСТВЕННОСТЬ, СОЦИАЛЬНАЯ И ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА

Глава 1. СУБЪЕКТЫ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, ИХ КОМПЕТЕНЦИЯ И ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

Статья 19. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, их компетенция и ответственность

Статья 20. Оперативные подразделения органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, их компетенция и ответственность

Статья 21. Должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и их оперативных подразделений, компетенция и ответственность таких субъектов

Статья 22. Другие подразделения органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и их должностные лица, компетенция таких субъектов в сфере указанной деятельности и ответственность

Статья 23. Физические лица, содействующие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, их компетенция и ответственность

Статья 24. Иные субъекты оперативно-розыскной деятельности, их компетенция и ответственность

Глава 2. СОЦИАЛЬНАЯ И ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА СУБЪЕКТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Статья 25. Общие положения социальной и правовой защиты субъектов оперативно-розыскной деятельности

Статья 26. Социальная и правовая защита отдельных категорий субъектов оперативно-розыскной деятельности

Раздел III. СОДЕЙСТВИЕ ЛИЦ ОРГАНАМ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИМ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Статья 27. Привлечение лиц к оказанию содействия органам,

осуществляющим оперативно-розыскную деятельность

Статья 28. Использование лиц, содействующих органам,
осуществляющим оперативно-розыскную деятельность

Раздел IV. ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫЕ СРЕДСТВА

Статья 29. Оперативно-розыскной учет

Статья 30. Оперативная техника

Статья 31. Розыскные собаки

Раздел V. ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫЕ МЕРОПРИЯТИЯ

Глава 1. ОСНОВАНИЯ И УСЛОВИЯ ПРОВЕДЕНИЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ

Статья 32. Основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий

Статья 33. Условия проведения оперативно-розыскных мероприятий

Глава 2. ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫЕ МЕРОПРИЯТИЯ, САНКЦИОНИРУЕМЫЕ СУДОМ

Статья 34. Общие положения проведения оперативно-розыскных мероприятий, санкционируемых судом

Статья 35. Оперативный осмотр жилых помещений

Статья 36. Оперативный контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений

Статья 37. Прослушивание телефонных и иных переговоров, а также снятие информации с других технических каналов связи

Глава 3. ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫЕ МЕРОПРИЯТИЯ, САНКЦИОНИРУЕМЫЕ РУКОВОДИТЕЛЯМИ ОРГАНОВ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИХ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Статья 38. Общие положения проведения оперативно-розыскных мероприятий, санкционируемых руководителями органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность

Статья 39. Оперативная закупка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен

Статья 40. Контролируемая поставка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен

Статья 41. Долговременное и отдельные виды кратковременного оперативного внедрения

Статья 42. Оперативный эксперимент

Глава 4. ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫЕ МЕРОПРИЯТИЯ, ПРОВОДИМЫЕ БЕЗ САНКЦИИ

Статья 43. Общие положения проведения оперативно-розыскных мероприятий без санкций

Статья 44. Оперативный опрос

Статья 45. Оперативное наведение справок

Статья 46. Сбор образцов для оперативного исследования

Статья 47. Оперативное исследование предметов, документов и иных объектов

Статья 48. Оперативное наблюдение

Статья 49. Оперативное отождествление личности и иных объектов (вариант: Установление сходства личности и иных объектов)

Статья 50. Личный сыск

Статья 51. Использование экстраординарных психофизиологических возможностей человека

Статья 52. Составление оперативного психологического портрета (вариант: Составление психологического портрета лица, причастного к совершению преступления, и иных граждан)

Статья 53. Оперативные переговоры (вариант: Переговоры с лицом, совершившим преступление, и с другими гражданами)

Раздел VI. ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЕ ПРОИЗВОДСТВО

Статья 54. Оперативная проверка

Статья 55. Документирование действий, фактов и обстоятельств, представляющих оперативный интерес

Статья 56. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности

Раздел VII. ОСНОВЫ ОРГАНИЗАЦИИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Статья 57. Информационно-аналитическое обеспечение оперативно-розыскной деятельности

Статья 58. Планирование оперативно-розыскной деятельности

Статья 59. Координация и взаимодействие в оперативно-розыскной деятельности

Статья 60. Оценка результатов оперативно-розыскной деятельности

Статья 61. Финансовое и материально-техническое обеспечение оперативно-розыскной деятельности

Раздел VIII. КОНТРОЛЬ И ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР ЗА ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ

Статья 62. Контроль за оперативно-розыскной деятельностью

Статья 63. Прокурорский надзор за оперативно-розыскной деятельностью.

Содержание норм предлагаемой структуры Закона, возможно, будет носить в известной степени общий характер. Поэтому целесообразно **уточнить наименование этого специального нормативного правового акта, назвав его "Основы оперативно-розыскной деятельности"**.

Специалистами в сфере указанной деятельности высказано мнение о необходимости разработки Оперативно-розыскного кодекса (Кодекса оперативно-розыскной деятельности). По их мнению, должно существовать два специальных законодательных акта, регламентирующих названную деятельность: Закон и Кодекс. Мы же занимаем другую позицию. **Потребности в наличии двух специальных законов, на наш взгляд, нет.**

Мы также считаем, что такой Кодекс должен быть, но с учетом реальных возможностей (в частности, состояния научной разработки и т.д.), полагаем, что его подготовка в современных условиях маловероятна. Это дело будущего. Сейчас же **основное внимание следует уделить подготовке в новой редакции проекта Федерального закона "Основы оперативно-розыскной деятельности"**.

Разработку и принятие такого Закона нужно рассматривать в качестве очередного этапа законотворческой деятельности **по подготовке Оперативно-розыскного кодекса.**

Кодексом должны быть более предметно регламентированы положения, сформулированные в предлагаемом Законе, с учетом их апробирования на практике, урегулирован механизм реализации этих положений и т.д. Кроме того, в Кодексе могут найти отражение также иные вопросы, не регламентированные Законом.

Принятие Кодекса предполагает отмену Федерального закона "Основы оперативно-розыскной деятельности".

В.В. АБРАМОЧКИН

ИЗМЕНЕНИЕ ТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ ПОДСУДНОСТИ ПРИ ДАЧЕ РАЗРЕШЕНИЯ НА ПРОВЕДЕНИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ В ОТНОШЕНИИ СУДЬИ

Абрамочкин Виктор Вячеславович, кандидат юридических наук, доцент кафедры криминалистики Московского областного филиала Московского университета МВД России.

В ч. 1 ст. 8 ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности" заложена принципиально значимая основа для всей оперативно-розыскной деятельности (далее - ОРД). Конституционный принцип равенства всех перед законом трансформирован в ОРД путем закрепления возможности

проведения оперативно-розыскных мероприятий (далее - ОРМ) в отношении любых лиц независимо от их гражданства, национальности, пола, места жительства, имущественного, должностного и социального положения, принадлежности к общественным объединениям, отношения к религии и политических убеждений. При этом рассматриваемая норма содержит важную для правоприменителя оговорку "если иное не предусмотрено Федеральным законом", благодаря которой предполагается возможность проведения ОРМ в каком-то ином, особом порядке в отношении отдельных категорий должностных лиц. Положения ФЗ об ОРД не расшифровывают сущности называемого рядом исследователей особого порядка и не содержат перечня лиц, в отношении которых он применяется, что вполне оправданно. Универсальность законодательной конструкции ч. 1 ст. 8 позволяет ей быть актуальной независимо от учреждения каких-либо должностей либо изменения статуса существующих. В то же время ее отсылочный характер создает для правоприменителя некоторые трудности.

Анализ нормативно-правовых актов, закрепляющих гарантии деятельности отдельных категорий должностных лиц, позволяет утверждать, что в большинстве из них отсутствуют нормы, определяющие (конкретизирующие) порядок проведения ОРМ. Исключением являются нормы Закона РФ "О статусе судей в РФ" <1>.

<1> ФЗ "Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов РФ" и ФЗ "О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в РФ" содержат указания на распространение на арбитражных и присяжных заседателей в период осуществления ими правосудия гарантий неприкосновенности судей.

Неприкосновенность судьи обеспечивается рядом гарантий, закрепленных в Конституции РФ, УПК РФ, Законе РФ "О статусе судей в РФ", ФЗ об ОРД и других нормативно-правовых актах. Поскольку судья сам дает разрешение на проведение ряда ОРМ, ограничивающих конституционные права и свободы граждан, при необходимости проведения ОРМ в отношении судьи законодатель закрепляет еще большие гарантии законности. На основании п. 7 ст. 16 Закона РФ "О статусе судей в РФ" решение об ограничении гражданских <2> прав лица, занимающего должность мирового судьи, судьи районного и равнозначного суда, либо о нарушении его неприкосновенности в связи с необходимостью проведения в отношении его ОРМ принимается судебной коллегией в составе трех судей, соответственно, верховного суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа.

<2> Термин "гражданских", используемый законодателем в абзаце 1 пункта 7 статьи 16 Закона РФ "О статусе судей в РФ", планируется заменить на "конституционных". См.: пояснительная записка к проекту Федерального

закона "О внесении изменений в статью 16 Закона РФ "О статусе судей в РФ" и статью 9 ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности", разработанного во исполнение поручения Правительства РФ от 24 июня 2011 г. N ВВ-П4-4280".

Установление специального судебного порядка получения разрешения на проведение ОРМ в отношении судей служит дополнительной гарантией, предоставленной в целях обеспечения их независимости, а также самостоятельности судебной власти в системе разделения властей и справедливости правосудия как конституционно значимых ценностей.

Пункт 7 ст. 16 Закона РФ "О статусе судей в РФ" определяет родовую подсудность вопроса о даче разрешения на проведение ОРМ в отношении судьи. Определение территориальной подсудности производится с учетом положений ФЗ об ОРД, закрепляющего задачи, принципы, правовые основы, гарантии соблюдения прав и свобод человека и гражданина при ее осуществлении, основания и условия проведения ОРМ. Часть 1 ст. 9 ФЗ об ОРД указывает на рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, на неприкосновенность жилища при проведении ОРМ судом, как правило, по месту проведения таких мероприятий или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении. То есть законодатель, определяя в качестве надлежащего субъекта рассмотрения материалов суд, расположенный в месте проведения ОРМ или в месте нахождения ходатайствующего органа, предполагает и иной суд, который также может разрешить проведение ОРМ. При этом, как верно замечает Н.А. Колоколов, авторы ФЗ об ОРД ни словом не обмолвились ни о причинах направления дела в иной суд, ни о принципах определения иного суда <3>.

<3> Колоколов Н.А. Защита прав судьи: пределы действия принципа неприкосновенности // Уголовный процесс. 2011. N 10. С. 60 - 61.

Законодательная конструкция исследуемой нормы, с одной стороны, эффективна для решения задач ОРД, с другой, по мнению судьи Конституционного Суда РФ М.И. Клеандрова <4>, - не согласуется с российским процессуальным законодательством и не позволяет определить конкретный суд, которому следует рассмотреть материал.

<4> Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ М.И. Клеандрова на Постановление Конституционного Суда РФ от 09.06.2011 N 12-П "По делу о проверке конституционности положений пункта 7 статьи 16 Закона Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации" и части первой статьи 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" в связи с жалобой гражданина И.В. Аносова" // Собрание законодательства РФ. 27.06.2011. N 26. Ст. 3858.

Часть 1 ст. 9 ФЗ об ОРД существует в неизменном виде с 1995 года <5> и не вызывала особой дискуссии, однако в 2009 году Управление ФСБ России по Ростовской области применило исключение из правила и обратилось за разрешением на проведение ОРМ в отношении судьи районного суда г. Ростова-на-Дону И.В. Аносова в Краснодарский краевой суд (не по месту проведения ОРМ и не по месту нахождения ходатайствующего органа). Обращение в Краснодарский краевой суд УФСБ мотивировало тем, что "у И.В. Аносова имелись обширные связи в судебных органах Ростовской области, где он работал длительное время <6>, а потому получение в Ростовском областном суде санкции на проведение ОРМ могло привести к нарушению режима секретности" <7>.

<5> В настоящей работе рассматривается редакция ст. 9 ФЗ об ОРД на 03.11.2011.

<6> "Длительным" УФСБ посчитало 6-годовалый срок нахождения И.В. Аносова в должности судьи районного суда.

<7> Постановление Конституционного Суда РФ от 09.06.2011 N 12-П "По делу о проверке конституционности положений пункта 7 статьи 16 Закона Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации" и части первой статьи 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" в связи с жалобой гражданина И.В. Аносова" // Собрание законодательства РФ. 27.06.2011. N 26. Ст. 3858.

И.В. Аносов обжаловал постановление о проведении ОРМ в Верховный Суд РФ, однако его жалобы, в том числе кассационная и надзорная, остались без удовлетворения. Неизменность решений всех судебных инстанций по рассматриваемому делу была подвергнута критике со стороны судьи Конституционного Суда РФ М.И. Клеандрова, указавшего в п. п. 3, 4 особого мнения к Постановлению КС РФ N 12-П следующее: "С таким незаконным и внесудебным решением вопроса об изменении территориальной подсудности дела де-юре - своими решениями - согласился Верховный Суд РФ"; "Верховный Суд РФ своими актами от 07.04.2010 и от 07.06.2010 создал в этом вопросе прецедент". Однако вопрос о том, могло ли быть принято другое решение, является довольно дискуссионным. По мнению большинства респондентов из числа судей, опрошенных в период подготовки данной работы, другого решения быть не могло, поскольку рассмотрение материала о проведении ОРМ в Краснодарском краевом суде формально соответствовало действующей законодательной норме, а значит, как утверждает ВС РФ, "нарушением закона не является" <8>.

<8> Кассационное определение СК по уголовным делам ВС РФ от 07.04.2010 N 8-О10-8.

В 2011 году И.В. Аносов обратился в Конституционный Суд РФ с

жалобой на нарушение его конституционных прав положениями ст. 16 Закона РФ "О статусе судей в РФ" и ст. 9 ФЗ об ОРД. По мнению заявителя, положения оспариваемых норм противоречат статьям 10, 47 (часть 1) и 118 (часть 1) Конституции РФ в той мере, в какой они допускают возможность рассмотрения вопроса о проведении в отношении судьи районного суда ОРМ, связанных с ограничением его гражданских прав и судебской неприкосновенности, в любом суде уровня верховного суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа - независимо от его местонахождения и территориальной подсудности дела - по усмотрению органа, осуществляющего ОРД.

Жалоба была рассмотрена Конституционным Судом РФ 25 апреля 2011 года, а 9 июня 2011 года провозглашено решение. Следует отметить, что впервые решение, в котором оспариваются нормы ФЗ об ОРД, было принято в форме Постановления, концептуальность и глубина которого фактически определяют дальнейшее направление развития оперативно-розыскного законодательства.

Работа по жалобам И.В. Аносова, адресованным Верховному Суду РФ и Конституционному Суду РФ, показала наличие по исследуемому вопросу трех диаметральных точек зрения. Вместе с тем такой разброс мнений вовсе не оказал негативного влияния. Как отмечает Н.А. Колоколов, "различие в подходах к толкованию одних и тех же норм права, продемонстрированных в данном примере высшими судами... индикатор реальной независимости данных судов" <9>.

<9> Колоколов Н.А. Указ. соч. С. 64.

Сущность первой позиции в том, что по данному факту не усматривается нарушений закона и противоречий Конституции РФ. Она нашла свое отражение в решениях Верховного Суда РФ.

Противоположную точку зрения изложил в особом мнении к Постановлению 12-П судья Конституционного Суда РФ М.И. Клеандров, усмотрев соглашательскую позицию Верховного Суда РФ и Конституционного Суда РФ с "незаконными и внесудебными разрешениями вопроса об изменении территориальной подсудности". По его мнению, решение КС РФ по данному делу должно было быть идеологически иным; "нельзя ставить превыше всего потребность органа, осуществляющего ОРД, в создании доказательственной базы совершаемого судьей преступления", - отмечается в особом мнении.

М.И. Клеандров обращает внимание на два ключевых аспекта в рассматриваемой ситуации, которые подвергает критике:

а) возможность органа, осуществляющего ОРД самостоятельно, в явочном порядке и произвольно, по собственному усмотрению и во внепроцессуальной форме изменять подсудность;

б) фактически высказанное всему судебскому корпусу Ростовского

областного суда недоверие со стороны УФСБ, что отчасти проецируется на всю судебную систему РФ.

Мнение М.И. Клеандрова основывается в том числе на толковании им ч. 1 ст. 9 ФЗ об ОРД. Указание "как правило" он относит к первому адресату - суду "по месту проведения таких мероприятий"; соответственно, исключение из этого правила относится к суду "месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении". При этом утверждать, что дискуссия сводится исключительно к исследуемой формулировке, нельзя. Широта и глубина данного вопроса простираются на общие принципы, регулирующие судебную деятельность, определяющие фундаментальные процессуальные гарантии, и берут свое начало в сущности закрепленного в ст. 47 Конституции РФ права на законный суд.

Третья точка зрения, сформулированная в принятом 9 июня 2011 года Конституционным Судом РФ Постановлении 12-П, фактически вобрала в себя элементы двух предыдущих позиций и, по мнению большинства правоприменителей, является уникальной в плане оптимизации разрешения возникшей ситуации.

Прежде всего в пункте 4 мотивировочной части Постановления указано: "Оговорка "как правило" предполагает, таким образом, возможность исключения из общего порядка определения подсудности, предусмотренного данной нормой" (т.е. правило относится к обоим адресатам, а исключения из правила находятся за пределами обоих адресатов). Такое утверждение, формально свидетельствующее об обоснованности позиции ВС РФ, изначально не предполагает отказа КС РФ от правила, предусмотренного законодателем в ст. 9 ФЗ об ОРД.

В то же время КС РФ категорически высказывается о недопущении возможности произвольного изменения подсудности, о чем также говорится в особом мнении судьи КС РФ М.И. Клеандрова. В абзаце 4 пункта 6.1 Постановления говорится, что определение компетентного суда для получения разрешения на проведение ОРМ в отношении судьи по усмотрению органа, осуществляющего ОРД, при наличии у него обоснованных подозрений в том, что режим секретности этих мероприятий может быть нарушен, и при совпадении места их проведения и места нахождения ходатайствующего об этом органа означало бы вмешательство исполнительной власти в деятельность власти судебной, что несовместимо с принципом разделения властей и самостоятельности органов законодательной, исполнительной и судебной власти.

Называя в абзаце 2 пункта 6 деятельность суда по рассмотрению вопроса о проведении ОРМ одной из форм предварительного судебного контроля, КС РФ постепенно выстраивает логическую цепочку, суть которой - проецирование положений уголовно-процессуального закона на оперативно-розыскную деятельность.

В абзаце 5 пункта 6.2 обращается внимание на общность публично-правовых отношений по поводу проверки информации о подготавливаемом, совершаемом или совершенном преступлении, которые подпадают под

действие как УПК РФ, так и ФЗ об ОРД, что предполагает и общность процедур судебного контроля за действиями органов, осуществляющих такую проверку, в том числе в случаях, когда необходимость соблюдения режима секретности, не предусмотренная УПК РФ непосредственно в качестве уголовно-процессуального основания изменения территориальной подсудности, требует передачи материалов о проведении в отношении судьи ОРМ в другой (равнозначный) суд, помимо прямо указанного в законе.

Таким образом, КС РФ приходит к выводу о том, что изменение территориальной подсудности вопроса о даче разрешения на проведение ОРМ в отношении судьи должно осуществляться по правилам уголовного судопроизводства, на основании п. 7 ст. 16 Закона РФ "О статусе судей в РФ" и ч. 1 ст. 9 ФЗ об ОРД.

Таковыми правилами КС РФ называет ч. 3 ст. 35 УПК РФ, согласно которой вопрос об изменении территориальной подсудности уголовного дела разрешается председателем вышестоящего суда или его заместителем в порядке, предусмотренном ч. ч. 3, 4, 6 ст. 125 УПК РФ, добавляя, что этот общий порядок изменения подсудности подлежит применению и при решении вопроса о проведении в отношении судьи ОРМ, в том числе в случае, когда уголовное дело еще не возбуждено.

Исходя из того, что вышестоящим судом в этом случае является Верховный Суд РФ, изменение территориальной подсудности и определение равнозначного суда, правомочного рассматривать материалы, с учетом неотложного характера ОРМ, должны осуществляться в процедуре, учитывающей особенности проведения ОРМ по решению Председателя ВС РФ либо его заместителя.

Реакция отдельных представителей научной общественности по этому поводу более чем пессимистична. Указание на ВС РФ при решении таких вопросов не вызывает оптимизма и у представителей оперативных подразделений. Однако такое критичное отношение к предложенному алгоритму не всегда обоснованно. Периодичность обращений с подобными ходатайствами столь мала, что ВС РФ, в том числе с учетом реформирования его функций после 01.01.2013, вполне способен оперативно разрешить все просьбы органов, осуществляющих ОРД, об изменении подсудности. Другое дело - территориальное расположение этих органов. Например, тех, чья юрисдикция распространяется на районы Крайнего Севера, Дальнего Востока. Прибытие представителей этих органов в ВС РФ для решения вопроса о месте рассмотрения материалов действительно может оказать негативное воздействие.

В то же время иное разрешение исследуемой ситуации могло привести либо к сужению предоставленных Конституцией РФ гарантий, и означало "бы вмешательство исполнительной власти в деятельность власти судебной", либо к признанию рассматриваемых законоположений противоречащими Конституции РФ, а значит, пересмотру дела И.В. Аносова, что в конечном счете, вероятно, отразилось бы на эффективности решения задач ОРД.

Отдельное внимание следует уделить резолютивной части и п. 7

мотивировочной части Постановления, поскольку именно в этих элементах сформулирована позиция КС РФ, адресованная исполнительной и законодательной власти.

Во-первых, КС РФ указывает на то, как необходимо действовать в подобной ситуации органам, осуществляющим ОРД. При этом признание взаимосвязанных положений п. 7 ст. 16 Закона РФ "О статусе судей в РФ" и ч. 1 ст. 9 ФЗ об ОРД не противоречащими Конституции РФ не исключает правомочие федерального законодателя внести в регулирование правил подсудности вопроса о даче разрешения на проведение ОРМ в отношении судьи соответствующие изменения. Во-вторых, в резолютивной части отсутствует указание на пересмотр дела И.В. Аносова, что не только вполне логично и соответствует выявленному конституционно-правовому смыслу, но и еще раз подкрепляет позицию КС по рассматриваемой ситуации.

На волне повсеместной борьбы с коррупцией в кратчайшие сроки был разработан соответствующий законопроект во исполнение поручения Правительства РФ от 24 июня 2011 г. N ВВ-П4-4280, который сейчас находится на рассмотрении в Государственной Думе РФ.

Завершая рассмотрение исследуемой ситуации, автор настоящей работы, несомненно, поддерживающий выводы, сделанные Конституционным Судом РФ в Постановлении 12-П, все же не склонен считать ОРД элементом уголовного процесса, а значит, приемлемым сращивание норм уголовно-процессуального закона с оперативно-розыскным. Именно поэтому принятие соответствующего законопроекта является необходимым элементом, способствующим завершению какой-либо дискуссии по данному вопросу.

А.С. АЛЕКСАНДРОВ, Д.С. КУЧЕРУК

К ВОПРОСУ О ДОПУСТИМОСТИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ, ПОЛУЧЕННЫХ СТОРОНОЙ ОБВИНЕНИЯ В ХОДЕ ДОСУДЕБНОГО ПРОИЗВОДСТВА

Александров Александр Сергеевич, профессор кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД РФ, доктор юридических наук.

Кучерук Дмитрий Сергеевич, адъюнкт кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД РФ.

Предметом этой статьи главным образом будет обсуждение новых критериев для стандарта допустимости уголовно-процессуальных доказательств. Но попутно мы попытаемся определиться по вопросу о допустимости использования в доказывании некоторых результатов негласных оперативно-розыскных мероприятий, которые на Западе называют Entrapment Evidence <1>.

<1> Entrapment переводится как провокация преступления с целью его

изобличения. См.: Большой англо-русский юридический словарь / А.Г. Пивовар. М., 2003. С. 288.

На наш взгляд, может быть два подхода к определению стандарта допустимости: абсолютный и относительный. Абсолютная правовая доктрина идет по пути формализации требований к допустимости, она не только стремится ограничить правоусмотрение судьи в вопросе о допустимости доказательства, но и ставит в жесткие, формальные рамки следователя, оперативника, обставляя детальными правилами получение, документирование доказательств, под предлогом обеспечения прав личности (что на практике приводит к обратному результату - повсеместному и постоянному игнорированию искусственно созданных преград, мешающих выявлять и раскрывать преступления, усиливая пресловутый правовой нигилизм). Сторонник абсолютного подхода С.И. Пашин писал, что правовая форма работы (с доказательствами) всеобща, обязательна и самоценна <2>. Такого рода суждения в русле доктрины отравленного дерева получили популярность среди наших правоведов. Впрочем, жизнь скорректировала идеалы приверженцев доктрины плодов отравленного дерева. Хроническая слабость обвинения, издержки следственной формы, возведенной в абсолют либеральными доброхотами, которые создавали УПК РФ (в виде запрета, содержащегося в ст. 89 УПК РФ), привели к обратному результату: строгость нормативных требований к допустимости доказательств радикально была ослаблена повсеместным их игнорированием на практике. Законодатель создал такую правовую рамку доказывания, что ее несостоятельность очевидна всем, в том числе и судье (с его обвинительным/государственническим уклоном), и адвокату, который зачастую просто отыгрывает свой гонорар перед доверителем, симулируя защиту. Паразитирование адвокатов-защитников на доказательственном материале, полученном органами предварительного расследования, формирует стратегию, которую мы называем процедурной деконструкцией, когда придираются к каждой опечатке, каждому слову в протоколе, заваливают ходатайствами о признании недопустимости доказательств обвинения. А у судей, в свою очередь, сформировались стереотип отторжения подобного рода инициатив защитников, недоверие к стандартным доводам защиты по поводу допустимости доказательств.

<2> См.: Пашин С.А. Пояснительная записка // Проект УПК РФ. М., 1994. С. 3.

В судебном дискурсе проблематика допустимости доказательств вращается вокруг проблемы существенности (фундаментальности) нарушений уголовно-процессуального закона и их последствий для утраты силы доказательства. Сама по себе постановка этой проблемы вводит критерий оценочности, т.е. относит разрешение вопроса о допустимости судебного доказательства к дискреционному усмотрению суда. А значит, на

наш взгляд, выводит на повестку дня обсуждение критерия справедливости при оценке допустимости доказательства.

В научных публикациях с недавнего времени сформировался новый тренд в обсуждении проблем допустимости: развивается тезис о передаче на усмотрение суда вопроса о допустимости доказательства, с учетом всех конкретных обстоятельств дела и ситуации, в которой было получено это доказательство <3>. Формируется более продуктивный подход к стандарту допустимости, основанный на понятии справедливости судебного разбирательства. Сюда можно отнести доктрину серебряного блюда <4>.

<3> Гармаев Ю.П. Устранение сомнений в допустимости доказательств // Законность. 2011. N 5. С. 29 - 33.

<4> Доктриной серебряного блюда в США именуется способ легализации в качестве доказательств данных, которые были первоначально добыты субъектом с нарушением закона, однако впоследствии приняты судом из рук другого, неопороченного, субъекта доказывания. Иными словами, незаконно полученные данные - подобно плодам отравленного дерева, помещенным на серебряное блюдо, - как бы санируются и становятся приемлемыми для правосудия. См. об этом: Боруленко Ю.П. Юридическое познание в процессуальной, оперативно-розыскной и частной детективной деятельности. Владимир: ВГГУ, 2009. С. 364 - 365.

В общем, как представляется, созрели предпосылки для признания новой доктрины относительной допустимости доказательств, получаемых обеими сторонами в любой не запрещенной законом форме. Это более адекватный нашим реалиям подход, который позволяет суду применять не только формальный критерий допустимости, но и общепризнанный в мировой юридической практике стандарт справедливости.

В пользу этого подхода говорят и некоторые недавние решения ЕСПЧ, Конституционного Суда РФ. Так, если обратиться к Постановлению Конституционного Суда РФ от 9 июня 2011 г. N 12-П "По делу о проверке конституционности положений пункта 7 статьи 16 Закона Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации" и части первой статьи 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" в связи с жалобой гражданина И.В. Аносова", в ряде пунктов прослеживается позиция КС по вопросу о дискреции. В пункте втором данного Постановления дискреция упоминается как вынужденная мера, которой восполняется неопределенность закона. Затем, в пункте 6.1, подтверждается значение вытекающей из Конституции России гарантии недопущения произвольного вмешательства в охраняемую ею сферу частной жизни лиц, в отношении которых проводятся оперативно-розыскные мероприятия. Но, по сути, своим окончательным решением КС оправдал проявление усмотрения не только со стороны суда, но и со стороны органа обвинительной власти, т.е. органа, уполномоченного осуществлять ОРД <5>.

<5> Именно в этом суть особого мнения судьи Клеандрова, не согласного с идеологией данного решения: нельзя ставить превыше всего (прав человека) потребность органа, осуществляющего ОРД, в создании доказательственной базы по делу.

Значит, косвенно КС признал, что ради изобличения опасного преступника в совершении преступления можно ограничить права личности. Воспользуемся часто используемой КС для обоснования своих суждений категорией справедливости, под прикрытием которой проводится идея о балансе ценностей, а фактически - приоритет публичного начала (Постановление от 5 февраля 2007 г. N 2-П).

Европейский суд <6> ставит вопрос о допустимости доказательства в увязке со справедливостью судебного разбирательства. Суть этого решения состоит в выводе, что судебное разбирательство может быть справедливым (как того требует статья 6 Конвенции), если виновность лица в совершении любого преступления была установлена с помощью доказательства, полученного в нарушение тех или иных положений ст. 8 Конвенции <7>. Получается, что недопустимость или сомнительная допустимость некоторых средств доказывания, при соблюдении права на защиту и состязательности, сама по себе не подрывает справедливости судебного разбирательства и обвинительного приговора.

<6> См.: Постановление ЕСПЧ по делу "Быков (Bykov) против Российской Федерации" (Страсбург, 10 марта 2009 года) // СПС "КонсультантПлюс".

<7> В данном решении ЕСПЧ, с одной стороны, в очередной раз подчеркнул важность формальной определенности закона, регулирующего получение доказательства в связи с вмешательством в права личности. Публичный интерес не может оправдывать меры, затрагивающие существо прав заявителя на защиту (п. 93 Постановления). Европейский суд пришел к выводу, что вмешательство в право заявителя на уважение его личной жизни не было "предусмотрено законом", как того требует пункт 2 статьи 8 Конвенции (п. 82). По мнению Европейского суда, заявитель пользовался весьма незначительными гарантиями, если они вообще имелись, в процедуре организации и реализации ОРМ. Правовая дискреция властей при организации прослушивания не была ограничена никакими условиями, объем и способ его исполнения не были определены; иные конкретные гарантии отсутствовали (п. 80). В отсутствие конкретных и подробных правил использование техники контроля в качестве части оперативного эксперимента не сопровождалось адекватными гарантиями против различных возможных злоупотреблений. Соответственно, ее использование допускало произвол и было несовместимо с требованием законности (п. 81). Соответственно, имело место нарушение статьи 8 Конвенции (п. 83). Однако, с другой стороны, исследовав гарантии, сопровождавшие оценку допустимости и достоверности указанных доказательств, природу и степень

предполагаемого принуждения и характер использования материала, полученного при негласной операции, Европейский суд пришел к выводу, что в целом разбирательство по делу заявителя не противоречило требованиям справедливого судебного разбирательства (п. 104). Соответственно, по делу требования пункта 1 статьи 6 Конвенции нарушены не были (п. 105).

Мы полагаем, что правовая регламентация судебного доказательства не должна ставить искусственных ограничений для использования средств познания истины. Наблюдаемые издержки формализма, усиление догматизма в доказательственном праве на практике дают обратный эффект: привычку закрывать глаза на нарушения требований закона к порядку получения доказательств; снижение эффективности уголовной политики; реальное снижение обеспеченности прав личности.

Следует прислушаться к мнению авторитетов, всегда выступавших за деформализацию доказательственного права. Так, скажем, И. Бентам критиковал правила, несправедливо ограничивающие способности субъекта, устанавливающего факты, достичь логического решения путем выведения рациональных выводов из наиболее полного сильного доказательства. Он, в частности, писал: "Если на основании правил судопроизводства судья оправдывает обвиняемого, которого он считает виновным; если он присуждает гражданина к потере такого права, которое по его убеждению закон желал сохранить ему; словом, если дело разрешается противно тому, как бы оно было разрешено по правде свободным от формальных стеснений судьей, можно быть уверенным, что правила судопроизводства нехороши" <8>. Представитель новой школы доказательств Руперт Кросс заявил: "Если мы придем к ликвидации исключительно юридических правил о доказательствах, если мы в результате уйдем от доказательственного права, что останется? Ответ, разумеется, будет тот, что останутся доказательства. Для всех, кто работает с доказательствами, кроме юристов, этот ответ кажется очевидным. Уберите закон, и тогда останется то, что составляет учение о доказательствах в собственном смысле: относимость, выводы, обобщения, стандарты доказательства, вес, вероятность" <9>.

<8> Bentham J. Rationale of Judicial Evidence. London: Hunt&Clarke, 1827. P. 13.

<9> Цит. по: Murphy P. An Introductory Essay / Evidence, Proof, and Facts. A Book of Sources. Oxford, 2003. P. 18.

В США, Великобритании разрешение вопроса о допустимости доказательства, в частности доказательства, полученного спецслужбами путем проведения различного рода негласных операций, относится к дискреционному усмотрению суда. Суды учитывают различные обстоятельства, но главным критерием является критерий справедливости, критерий соразмерности, с одной стороны, средств, используемых публичной

властью для получения доказательств, и, с другой стороны, тяжести преступления, опасности преступника, того ущерба, который претерпевают права личности и ценности правового государства. Англо-саксонская система правосудия в целом оставляет на усмотрение судьи разрешение вопроса о возможности получения полицией доказательств, в том числе посредством провокации, ловушки, введения в заблуждение преступника. Так, английский судья лорд Диплок постановил в деле "Санг", что судья "не может по своему усмотрению отказать в признании допустимым относящееся к делу доказательство на том только основании, что оно было получено неправильными и несправедливыми средствами. Суд не озабочен тем, как оно было получено... Если оно было получено незаконным путем, то на то есть средства правовой защиты, предусмотренные действующим законодательством, а если оно было получено легально, но в нарушение правил поведения, установленных для полиции, то дело соответствующих дисциплинарных властей бороться с этим" <10>.

<10> Robertson G.Q.C. Entrapment Evidence: Manna from Heaven, or Fruit of the Poisoned Tree? // Criminal Law Review. 1996. P. 809.

Насколько широко трактуют судьи допустимость доказательств, свидетельствуют современные методы деятельности спецслужб США. Они таковы, что подстрекательство, которое вызывает такие протесты отечественных доброхотов, кажется детской шалостью. Сейчас у американцев в ходу операции под названием "жало" (sting), которые разрабатывают и реализуют в течение нескольких месяцев или даже лет тайные агенты различных спецслужб, часто во взаимодействии с зарубежными коллегами, чтобы убедить, уговорить и подстрекать к совершению преступлений лиц, связанных с незаконным оборотом наркотиков, торговлей оружием, отмыванием денег, торговлей людьми и пр. Из последних примеров можно привести дело Бута, который был заманен в ловушку в Таиланде и вывезен для суда в США; дело летчика Ярошенко <11>. В обоих случаях агенты американских спецслужб, действуя на территории других государств, выступали в качестве контрагентов от лица подставных организаций в мнимых сделках. В ходе этих операций агенты в штатском проявили большую активность, которую наши юристы считают провокацией.

<11> Оба случая широко освещались в отечественных СМИ и были поводом для обвинения США в бесчестных провокациях, попрании суверенитета других государств, объективном вменении в вину деяний, субъективная сторона которых не была доказана.

При определении entrapment Верховный суд Канады различает грязные приемы (которые общество находит возмутительными) и простые уловки и приходит к выводу: "Поведение (властей), которое возмущает

общество, должно энергично пресекаться. Если полицейский притворяется тюремным священником и выслушивает признания подозреваемого, это является поведением, которое возмущает общество; такой же вывод можно сделать, если он притворяется адвокатом по назначению, пытаясь получить показания у подозреваемых и обвиняемых; впрыскивание пентотала подозреваемому-диабетику под видом дневной дозы инсулина и использование его заявлений в качестве доказательства также возмутили бы общество; но в целом изображение сильной наркозависимости в целях разрушения канала поставки наркотиков не возмутило бы общество; также допустимо притворяться водителем грузовика в целях осуждения наркоторговца" <12>.

<12> См.: Судья Леймер, особое мнение по делу "Обвинение против Ротмана" (R. v. Rothman), (1981) 1 SCR 640; одобрено большинством Верховного суда по делам "Обвинение против Коллинза" (R. v. Collins), (1987) 1 SCR 265, § 52 и "Обвинение против Ойкля" (R. v. Oickle), (2000) 2 SCR 3, § 66.

Цит. по: Постановление ЕСПЧ по делу "Быков (Bykov) против Российской Федерации" (Страсбург, 10 марта 2009 года) // СПС "КонсультантПлюс".

Аналогичен и ход рассуждений судьи К. Баррето, чье особое мнение совпало с мнением большинства судей при разрешении дела А. Быкова: "Я считаю целесообразным противопоставить нарушения, вытекающие из несоблюдения материально-правовых положений, тем, которые вытекают из несоблюдения процессуальных правил. В данном случае, что касается незаконных доказательств, я хотел бы подчеркнуть различие, на которое указывают отдельные правоведы, между запрещенными доказательствами, что имеет отношение к материальному праву, и ненадлежащими доказательствами, что относится к процессуальным правилам. Мы должны отличать то, что направлено на самую суть справедливого разбирательства, что потрясает чувства демократического общества, что расходится с фундаментальными ценностями, воплощенными в государстве, основанном на верховенстве права, от нарушений процессуальных правил при сборе доказательств. Например, нарушение права свободно совещаться со своим адвокатом представляется совершенно отличным от нарушения, вытекающего из отсутствия судебного разрешения на прослушивание телефонного разговора подозреваемого, если это нарушение впоследствии устраняется. Если запись разговора обвиняемого с его адвокатом используется в качестве основания для его осуждения, допускается более серьезное нарушение, которое требует более настойчивого вмешательства со стороны Европейского суда, который, например, может потребовать нового судебного рассмотрения дела с исключением использования указанных доказательств и присудить соответствующую сумму за причиненный ущерб. При иных упомянутых обстоятельствах установление нарушения было бы

само по себе достаточной компенсацией" <13>.

<13> См.: Там же.

По-видимому, доктрина относительной допустимости доказательств может быть основана на двух базовых предпосылках: во-первых, на оставлении окончательного решения вопроса о допустимости доказательства на дискреционное усмотрение судьи; во-вторых, вводятся справедливость и относительная ценность допустимости. Следовательно, предлагается отказ от формализма доказательственного права в пользу деформализации порядка получения доказательств стороной обвинения в ходе досудебного производства: материалы, полученные в любой правовой форме, могут допускаться к исследованию в суде.

Мы считаем, что система правил, определяющих допустимость доказательств, должна быть пересмотрена с акцентом на судебный порядок удостоверения фактов, доказательства которых представляются обеими сторонами. Судебное доказывание, уголовно-процессуальное доказывание в собственном смысле должны начинаться с момента предъявления обвинения обвиняемому в суде, тогда же обвинитель представляет свои доказательства (в виде конкретных источников), содержание которых он развивает в доводы, призванные убедить суд. Когда, где и поскольку агент обвинительной власти получает сведения о преступлении, изобличающее обвиняемого, тогда, там и постольку он может сделать это посредством наблюдения, опроса, эксперимента; зафиксировать любым средством, в том числе негласно, тайно. При этом сведения, лично им полученные, могут быть представлены суду путем дачи показаний либо представлены иным образом (через воспроизведение аудио-, видеозаписи и пр.). Контроль суда за получением доказательств необходим тогда, когда это сопряжено с ограничением прав личности.

В основе критериев допустимости тех средств, к которым могут прибегать власти для установления юридической истины, в конечном счете лежат общепризнанные представления о том, что можно считать соразмерным в использовании силы публичной власти против преступности.

На наш взгляд, если проведение ОРМ не сопряжено с нарушением конституционных прав гражданина и осуществлено в соответствии с действующим законом, то его результат можно допустить в качестве источника, из которого в судебно-следственном порядке может быть получено доказательство. Доктрина серебряного блюда должна применяться при оценке допустимости результатов ОРМ следующим образом: любые относящиеся к делу сведения, полученные сотрудником оперативного аппарата в ходе негласных ОРМ, могут стать доказательством, если при их получении не были нарушены конституционные права лиц и в последующем они были проверены в условиях состязательности, обеспечивающей справедливость судопроизводства.

При проверке допустимости доказательств обвинения, происходящих из

результатов ОРД, важнейшей гарантией справедливости являются обеспечение права обвиняемого/подсудимого на защиту, доступ к исследованию первоисточников этих обвинительных доказательств. Каждое оспариваемое доказательство должно быть надлежащим образом проверено и оценено в условиях состязательной судебной процедуры, важнейшим элементом которой является **перекрестный допрос**.

Наличие состязательных гарантий проверки доказательств обвинения, большое количество доказательств, подвергнутых оценке судом, проведение справедливого судебного разбирательства могут обезвредить сомнительное доказательство (или его части) путем поглощения. Суд как арбитр в уголовно-правовом споре является последней инстанцией в решении вопроса о соблюдении принципа справедливости при получении доказательств и в первую очередь при проведении негласных ОРМ.

Представления о справедливости объединяют людей в единое общество. Без фундаментальной доктрины справедливости невозможно определить критерии допустимости используемых обвинительной властью средств изобличения преступников. Задача государства состоит в том, чтобы уголовная политика, в том числе в сфере борьбы с коррупцией, воспринималась обществом как справедливая. Публичная власть должна пользоваться мандатом доверия со стороны общества на ведение войны с коррупцией, и тогда используемые меры будут встречать поддержку и считаться справедливыми, а значит, допустимыми. Но, если социальный договор между обществом и государством поставлен под сомнение (прежде всего спорна легитимность верховной власти), и суды, и правоохранительные органы вынуждены имитировать противодействие коррупции, перемалывая бытовое взяточничество.

Нравственный императив требует от оценочного суждения судьи учета всех обстоятельств, характеризующих способ получения доказательства, его источник, возможность надлежащей проверки и оценки в рамках надлежащей состязательной судебной процедуры. Основной вопрос для судьи заключается в том, будет ли для обвиняемого и для общества справедливым, чтобы произошло осуждение на основании доказательств обвинения, полученных с этой целью. Суд должен исключить доказательство обвинения, полученное в результате ОРМ, если придет к выводу, что его использование подрывает справедливость суда, противоречит ценностям, защищаемым системой уголовного правосудия, не соответствует назначению судопроизводства. Судья, представляя себе обычного человека с такими же характеристиками и в том же положении, что подсудимый, должен спросить себя, соизмеримы ли использованные органами обвинительной власти средства, например провокация взятки, со степенью общественной опасности преступления и моральными издержками, что терпит правосудие. Судья должен исходить из того, что любой разумный член общества посчитал бы несправедливым в использовании данного обвинительного доказательства.

Пришло время допустить использование результатов ОРД для доказывания виновности обвиняемого после их проверки в судебном

порядке; пора закрепить в кодексе унифицированный порядок получения и представления результатов негласных ОРМ в качестве материала для формирования судебного доказательства; включить в часть 2 статьи 74 УПК пункт следующего содержания: "Материалы, полученные в ходе ОРД".

Общий принцип проведения отдельных негласных ОРМ и их комбинаций состоит в том, что несправедливо подвергать человека уголовному преследованию, а тем более наказанию за действия, которые он никогда бы не совершил, если бы не предпринимались настойчивые попытки склонить его к этому со стороны правительственных агентов. Каждый случай в этой области индивидуален и требует оценки всех факторов, влияющих на соблюдение баланса между заинтересованностью общества в том, чтобы велась эффективная наступательная тайная война с коррупционерами, и тем, чтобы получение этого результата не достигалось слишком высокой ценой - совершением преступлений самим государством.

По-видимому, допустимость можно трактовать как систему самоограничений государства на использование средств доказывания обвинения, которые вытекают из обязательства вести борьбу с преступностью исключительно в правовой форме. В формировании стандартов допустимости доказательств выражается политическая целесообразность в выборе приемов социальной защиты от преступности. Если политический класс, который в идеале должен уметь выразить чаяния всего общества, считает приемлемым использование пыток для раскрытия преступления и возмездия преступникам, даже пытка становится допустимым/справедливым средством выявления истины. В стабильных условиях реакция общества на общественно опасные проявления смягчается, что влечет ужесточение требований к допустимости обвинительных доказательств, которыми обосновывается необходимость применения уголовной репрессии. В конечном итоге, на наш взгляд, правила допустимости есть элемент адаптации конкретного общества к определенным условиям его существования. Это один из социальных (закрепленный в юридической форме) фильтров информации.

Знание о преступлении - это реконструкция, понимание реального события адекватно правовым условиям существования общества. Уголовно-процессуальное доказывание (познание) - это приобретение и переработка субъектом по определенным схемам, моделям информации как из внешней, так и внутренней среды с целью **адаптации к реальности**.

Следует говорить не об истинности судебного решения, а о его способности выполнять функцию урегулирования правового конфликта, стабилизации системы. Если судебный приговор разрушает солидарность общества, раскалывает его, противопоставляет власть народу, то содержащееся в нем знание является неверным. Суд устанавливает объективную истину, а вместе с тем (вместо этого) он находит оптимальное решение в заданных обстоятельствах, такое решение, которое объединяет нацию на чувстве общности, справедливости.

Справедливым будет считаться то правосудие, в котором обвинительные

власти используют для уголовного преследования обвиняемого те средства, которые общество считает допустимыми в борьбе с преступностью. Поскольку коррупция стала одной из главных угроз национальной безопасности, постольку следует считать оправданным расширение пределов вторжения государства в сферу *privacy*, справедливо радикализировать меры борьбы с этим социальным злом.

Справедливость, вероятно, есть морально-юридическое выражение требования адаптации общества к условиям окружающей среды. Если истина познается, то справедливость воспринимается интуитивно, чувствуется людьми - это иное, не вполне рациональное измерение правильности судебного решения.

Поскольку правила допустимости регулируют оправданный, легальный набор средств борьбы с преступностью, постольку они должны быть адекватны уровню угрозы со стороны преступности. В противном случае все происходит по павловской формулировке "хотели как лучше, а получилось как всегда": взятие на себя повышенных обязательств по применению информационного фильтра допустимости приводит, во-первых, к массовому нарушению на практике этих обязательств, а во-вторых, к превращению борьбы с преступностью в имитацию борьбы.

Таким образом, сложившийся порядок противоречит п. 20 Основных принципов независимости судебных органов (ООН), согласно которому решения о дисциплинарном взыскании или увольнении должны быть предметом независимой проверки, а также способствует установлению прямой или косвенной зависимости судей от председателей судов и не позволяет обеспечить действительно независимое осуществление правосудия всеми судьями.

Председатели судов не должны вмешиваться в процесс принятия судебных решений другими судьями и не должны участвовать в процедурах отбора судей. У них могут быть представительские и административные функции, включая контроль за несудебным персоналом судов. Причем административные решения, которые могут иметь влияние на содержательную сторону судопроизводства, не должны находиться в исключительной компетенции председателя суда. Одним из таких примеров является распределение дел, которое должно проходить по жребию, так как даже компьютерное распределение дел не избавляет судью от возможности поручения ему рассмотрения конкретного дела. По мнению П. Соломона, "телефонное право сохранится в России до тех пор, пока председатели судов остаются полновластными хозяевами в своих вотчинах и в то же время подвергаются влиянию внешних сил" <14>.

<14> Проблема независимости и подотчетности судей в российской Конституции 1993 г. Экспертное мнение Питера Х. Соломона-мл. // <http://www.rfcr.ru/downloads>.

Известно, что на практике некоторые судьи, получив должность

председателя или заместителя, так увлекаются руководящей работой, что почти или вовсе не рассматривают дел. В российской провинции это массовое явление. Это положение недопустимо, так как их главной функцией, как и любого члена судейского сообщества, является осуществление правосудия. Руководители судов - это прежде всего судьи, а затем уже лица, осуществляющие административные функции.

Решение обозначенных проблем видится в установлении выборности председателей (их заместителей) судов всех уровней самими судьями на срок не более трех лет. Только в таком случае председатель суда сможет стать выразителем интересов профессионального сообщества и гарантом независимости коллег, оказавших ему доверие стать первым среди равных. Административную зависимость судей от своих руководителей позволит снизить и сужение полномочий последних до исключительно организационных.

Представляется разумным предложение Г. Резника о создании Совета по совершенствованию правосудия для рассмотрения кандидатур на должности судей, в который входили бы представители и правоохранительных органов, и научного сообщества, и правозащитных организаций <15>.

<15> См.: Резник Г. Судьи берут реже. Но по-крупному // Новая газета. 2009. 6 мая.

Помимо названных в числе нерешенных вопросов остаются вопросы ответственности судей, а также полномочий квалификационных коллегий судей. Ряд важнейших вопросов правового положения судей регулируется не законодательными, а корпоративными актами, принятыми или утвержденными органами судейского сообщества. В связи с этим существует опасность эгоистических, кастово-корпоративных интересов, которые довольно часто свойственны профессиональным группам и вполне вероятны в судейской среде.

Из всего сказанного можно сделать вывод, что, несмотря на десятилетия реформ, принцип независимости правосудия не был полностью реализован в Российской Федерации. Судебная система в современных российских условиях превратилась в мощный политический фактор, своего рода социальный регулятор. Тот, кто имеет возможность влиять на нее, получает в руки инструмент, явно превышающий по своей значимости ресурсы политической партии. И это объективно делает достижение реальной независимости судей вопросом отдаленного будущего <16>.

<16> См.: Бунин И. Прокуратура и суд как социально-политические регуляторы // <http://www.mfit.ru/index.html>.

В.В. ВАНДЫШЕВ

ПРОБЛЕМЫ ВЗАИМОСВЯЗИ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

И ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Вандышев Валерий Васильевич, профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин Межрегионального института экономики и права (Санкт-Петербург), доктор юридических наук, профессор.

Проблемы оперативно-розыскной деятельности и использования ее результатов всегда были предметом постоянного внимания специалистов в сферах оперативного и уголовно-процессуального познания <1>. Актуальность исследования указанных проблем в современный период обусловлена глобализацией развития мирового сообщества, в результате которой появились региональные, межрегиональные и транснациональные организованные преступные группы, практически монополизировавшие наиболее прибыльные виды преступной деятельности. Очевидно, что контроль над этими организованными группами и преступными сообществами невозможен без привлечения к нему оперативных сотрудников и использования результатов их деятельности в качестве доказательств. Данный вывод представляется бесспорным, поскольку указанная деятельность осуществляется не для удовлетворения любопытства соответствующих государственных органов, их руководителей и сотрудников, а для решения задач борьбы с преступлениями.

<1> Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М., 1991; Гапанович Н.Н., Мартинович И.И. Основы взаимодействия следователя и органа дознания при расследовании преступлений. Минск, 1983; Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 1996; Земскова А.В. Правовые проблемы использования результатов оперативно-розыскных мероприятий в уголовно-процессуальном доказывании. Волгоград, 2000; Зникин В.К. Оперативно-розыскная деятельность как система добывания и собирания уголовно-процессуальных доказательств. Кемерово, 2000; Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности. Нижний Новгород, 2001; Смирнов М.П. Оперативно-розыскная деятельность полиции зарубежных стран. М., 2001; Чувилев А.А. Оперативно-розыскное право. М., 1999; и др.

Оперативно-розыскная деятельность представляет собой вид деятельности, осуществляемой гласно и негласно оперативными подразделениями различных государственных органов, уполномоченных на то законом, в пределах их полномочий посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств (ст. 1 Федерального закона от 12 августа 1995 года N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности") <2>.

<2> Здесь и в дальнейшем имеются в виду нормы отечественного законодательства, если иное не оговорено особо.

Результаты оперативно-розыскных мероприятий могут быть:

1) использованы для подготовки и осуществления следственных и судебных действий. Думается, что результаты оперативно-розыскных мероприятий вряд ли можно использовать для производства судебных действий, ибо решения судья должен принимать лишь на основании материалов уголовного дела, находящегося у него в производстве;

2) основанием для производства иных оперативно-розыскных мероприятий;

3) поводом и основанием для возбуждения уголовного дела;

4) использованы в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального закона, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств (ст. 11 ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности").

Если первые три направления использования результатов оперативно-розыскных мероприятий не вызывают серьезных сомнений и дискуссий, за исключением сделанного выше замечания, то последнее из них явно требует анализа не только законодательных актов, но и практики их применения.

Нормативные положения рассматриваемого Закона практически в полном объеме были поддержаны уголовно-процессуальным законом.

Так, под результатами оперативно-розыскной деятельности закон понимает 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 органа дознания, следствия или суда (п. 36.1 ст. 5 УПК).

Розыскные меры - меры, принимаемые дознавателем, следователем, а также органом дознания по поручению дознавателя, следователя для установления лица, подозреваемого в совершении преступления (п. 38 ст. 5 УПК).

В процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам процессуальным законом (ст. 89 УПК).

Положения ст. 11 ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности" и ст. 89 УПК интересны тем, что к ним применима поговорка "Иван кивает на Петра, а Петр кивает на Ивана".

Тем не менее очевидно, что оперативно-розыскные данные в качестве доказательств по уголовному делу должны отвечать требованиям, предъявляемым уголовно-процессуальным законом к доказательствам.

В соответствии со ст. 74 УПК доказательствами по делу являются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном законом, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию по делу, а также иных

обстоятельств, имеющих значение для дела. Очевидно, что содержание рассматриваемой нормы сформулировано противоречиво и носит явно дискуссионный характер <3>. Однако в рамках предмета настоящей статьи следует обратить внимание читателей не на дискуссионные проблемы этой нормы права, а на другие обстоятельства, имеющие отношение к оперативно-розыскной деятельности.

<3> Агутин А.В. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании. М., 2004; Мухин И.И. Объективная истина и некоторые вопросы оценки судебных доказательств при осуществлении правосудия. Л., 1971; Теория доказательств в советском уголовном процессе / Ред. кол. Н.В. Жогин и др. М., 1973; и др.

Анализируемая норма сформулировала имманентно присущие доказательствам свойства, которые получили в теории название относимости и допустимости. Относимость сведений (фактов, фактических данных) означает их связь прежде всего с обстоятельствами предмета доказывания (ст. 73 УПК) и иными обстоятельствами, имеющими значение для правильного разрешения уголовного дела. Допустимость сведений - их способность играть роль доказательств в уголовном судопроизводстве. Это свойство носит интегративный характер и включает в себя требования:

- а) получения сведений государственными органами и должностными лицами, указанными в законе;
- б) получения сведений из средств доказывания, указанных в законе;
- в) соблюдения порядка и формы получения сведений, могущих играть роль доказательств по уголовному делу.

Оперативные данные, претендующие на роль доказательств в уголовном процессе, обычно, как правило, отличаются связью с предметом доказывания, то есть обладают свойством относимости. В целом с некоторыми особенностями результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть признаны также допустимыми в качестве доказательств по уголовному делу. Правда, в ст. 74 УПК отсутствует указание на орган дознания и его оперативных сотрудников. Однако они упоминаются, например, в ст. ст. 40 и 41 УПК. Кроме того, органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, исчерпывающе перечислены в специальном законе (ст. 13 ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности"). К сожалению, в ч. 2 ст. 74 УПК в перечислении средств доказывания отсутствуют данные о результатах оперативно-розыскной деятельности. Однако этот пробел можно считать устраненным наличием в законе ст. 89 УПК "Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности". Наконец, порядок и форма получения данных оперативно-розыскной деятельности предусмотрены в специальном законе. В частности, в ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности" предусмотрены основания и порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных

мероприятий (ст. 9), документирование оперативно-розыскной деятельности (ст. 10). Очевидно, что если данные правила соблюдены и соответствующие документы с изъятиями, установленными законом, представлены в уголовный процесс, то вопрос о третьем требовании о допустимости оперативных данных в качестве доказательств можно считать исчерпанным.

Анализ норм двух рассмотренных законодательных актов может привести к выводу о том, что какие-либо законодательные препятствия для использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовному делу отсутствуют. Однако этот вывод был бы преждевременным, поскольку понятие доказательств недопустимо рассматривать в отрыве от содержания процесса доказывания, уголовно-процессуального познания <4>.

<4> Более подробно об этом см.: Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания. Екатеринбург, 1997; и др.

В соответствии со ст. 85 УПК доказывание по уголовному делу состоит в собирании, проверке и оценке доказательств с целью установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания (ст. 73 УПК) <5>.

<5> Некоторые авторы включают в этот процесс обнаружение, процессуальное закрепление, исследование, использование и другие элементы. См.: Новик В.В. Криминалистические аспекты доказывания по уголовным делам. СПб., 2005. С. 19 - 25; и др.

Собирание доказательств в уголовном судопроизводстве - урегулированная законом часть процесса доказывания по уголовному делу, заключающаяся в правоотношениях и деятельности субъектов судопроизводства при определяющей роли дознавателя, следователя, прокурора и суда по обнаружению, изъятию и процессуальному закреплению (оформлению) фактических данных, могущих быть доказательствами <6>. Способами собирания доказательств являются следственные, судебные и иные процессуальные действия.

<6> Вандышев В.В. Уголовный процесс: Учебник. М., 2010. С. 113.

Согласно ст. 86 УПК подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители вправе собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств. Защитник вправе собирать доказательства путем:

- 1) получения документов, предметов и иных сведений;
- 2) опроса лиц с их согласия;
- 3) истребования справок, характеристик, иных документов от государственных органов, органов местного самоуправления, общественных

объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

Очевидно, что право участников процесса на собирание доказательств, за исключением должностных лиц, носит декларативный характер, так как собранные ими сведения становятся доказательствами лишь после приобщения к уголовному делу их носителей <7>. Поэтому на практике должностные лица, осуществляющие уголовный процесс, отказывают в удовлетворении ходатайства участников, в том числе защитника, о приобщении к делу носителей фактических данных (документов, предметов), если они противоречат версиям обвинения или обвинительному уклону деятельности суда.

<7> Более подробно об этом см.: Стецовский Ю.И. Уголовно-процессуальная деятельность защитника. М., 1982; Якимович Ю.К., Пан Т.Д. Досудебное производство по УПК Российской Федерации. СПб., 2003; и др.

Данная позиция законодателя поддержана, к сожалению, Конституционным Судом РФ. См.: Определение Конституционного Суда РФ от 4 марта 2004 г. N 145-О // СЗ РФ. 2004. N 27. Ст. 2805.

Подлежат ли собиранию в процессе доказывания по уголовному делу оперативно-розыскные данные? На данный вопрос ответ может быть только положительным. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, вправе проводить:

- 1) опрос;
- 2) наведение справок;
- 3) получение образцов для сравнительного исследования;
- 4) проверочную закупку;
- 5) исследование предметов и документов;
- 6) наблюдение;
- 7) отождествление личности;
- 8) обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств;
- 9) контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений;
- 10) прослушивание телефонных переговоров;
- 11) снятие с технических каналов связи;
- 12) оперативное внедрение;
- 13) контролируруемую поставку;
- 14) оперативный эксперимент (ст. 6 ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности").

Другой частью процесса доказывания является проверка доказательств в уголовном судопроизводстве. Она заключается в правоотношениях и деятельности участников уголовного процесса при определяющей роли дознавателя, следователя, прокурора и суда по установлению относимости, допустимости и достоверности доказательств, выявлению противоречий между доказательствами и их устранению, определению достаточности

доказательств для правильного разрешения уголовного дела. В соответствии со ст. 87 УПК проверка доказательств производится путем:

- 1) сопоставления доказательств, содержащихся в одном средстве доказывания;
- 2) сопоставления доказательств, содержащихся в различных средствах доказывания;
- 3) установления источников, содержащих новые доказательства;
- 4) производства дополнительных следственных, судебных и иных процессуальных действий с целью получения новых доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство.

К сожалению, рассматриваемая уголовно-процессуальная норма не предусматривает непосредственной проверки оперативно-розыскной информации. Между тем механизмы непосредственной проверки результатов оперативно-розыскной деятельности давно разработаны за рубежом. Так, в Германии подлежит допросу непосредственный руководитель сотрудника оперативного подразделения, в результате чего в уголовном деле появляются производные доказательства. В Америке участники судебного разбирательства допрашивают агента непосредственно в условиях, исключающих его визуальное наблюдение. В отечественном Законе и практике его применения предусмотрена лишь трансформация (легализация) результатов оперативно-розыскной деятельности. Такое правовое регулирование данного вопроса приводит к серьезным нарушениям прав, свобод и законных интересов подозреваемых, обвиняемых и подсудимых, поскольку предлагает участникам процесса принимать оперативные данные - филькины грамоты, обладающие магической силой, - на веру <8>. Так, по уголовному делу Барсукова (Кумарина) прокурор в обоснование необходимости изменения территориального признака подсудности (кстати, вопреки действующему на тот момент закону) и рассмотрения дела в Москве представил документ, в котором указывалось на то, что, по оперативным данным, подсудимым угрожает опасность их жизни и здоровью. Понятно, что такой документ невозможно мотивированно и обоснованно оспорить, ибо он не содержит конкретных фактических данных. Прискорбно то, что Куйбышевский районный суд Санкт-Петербурга на основании этих оперативных данных пошел на нарушение уголовно-процессуального закона <9>. Очевидно, что отечественный процессуальный закон нуждается во внедрении в его нормы механизмов непосредственной проверки оперативно-розыскных данных. До тех пор пока эти механизмы отсутствуют, вряд ли оперативно-розыскные данные можно использовать в качестве доказательств по уголовному делу.

<8> К. "...Хочу рассказать, как на самом деле раскрывают убийства и теракты" // Новая газета. 2011. 28 марта.

<9> Досье защитников С.А. Афанасьева, К.С. Кузьминых и др.

Достаточно робкие, но знаковые шаги в рассматриваемом направлении

предпринял Верховный Суд России. В Обзоре судебной практики Верховным Судом России подчеркнута несколько принципиальных моментов.

Во-первых, высшая судебная инстанция указала судьям на то, что решение о применении меры пресечения в виде заключения под стражу должно быть принято только на основании фактических обстоятельств.

Во-вторых, такими обстоятельствами не могут быть данные, не проверенные в ходе судебного заседания, в частности результаты оперативно-розыскной деятельности, представленные в нарушение требований уголовно-процессуального закона.

В-третьих, альтернативой избрания меры пресечения в виде содержания под стражей должны выступать:

а) залог, который редко применяется в силу того, что 60% подозреваемых, обвиняемых не имеют постоянного дохода;

б) домашний арест, широкому применению которого препятствует отсутствие механизма контроля над установленными судом ограничениями <10>.

<10> Обзор кассационной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации за II полугодие 2010 года // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2011. N 6; Куликов В. Истина в тайной инстанции // Российская газета. 2011. 30 марта.

К недостаткам анализируемого Обзора следует отнести то, что в нем использование оперативно-розыскных данных в уголовном процессе рассмотрено применительно к частному случаю - избранию меры пресечения в виде заключения под стражу. Кроме того, судьи многих судов бравируют своеобразным пониманием своей независимости и заявляют стороне защиты о том, что постановления Пленума Верховного Суда России - им не указ, на что защитники нередко реагируют на эти заявления в кассационных и надзорных жалобах. Тем более судьи, по всей вероятности, не снисходят до ознакомления с обзорами судебной практики.

Поскольку в документах оперативно-розыскной деятельности отсутствуют конкретные фактические обстоятельства и их непосредственная проверка в уголовном судопроизводстве не производится, постольку к третьему элементу процесса доказывания - оценке доказательств по правилам ст. ст. 17 и 88 УПК - должностные лица, осуществляющие уголовный процесс, и иные его участники даже не приступают. Вера в достоверность результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве - превыше всего. Такой подход, во-первых, противоречит требованиям уголовно-процессуального закона; во-вторых, позволяет манипулировать результатами оперативно-розыскной деятельности стороне обвинения в своих интересах вопреки необходимости установления объективной истины по уголовному делу <11>.

<11> Между тем ст. 63 УПК Республики Эстония к средствам

доказывания, в отличие от УПК России, относит протоколы оперативно-розыскных действий.

Более 50 лет практически все социологические исследования в учреждениях уголовно-исполнительной (или исправительной) системы, исполняющих наказание в виде лишения свободы, свидетельствуют о том, что в них находятся 8 - 10% лиц, не совершавших преступные деяния. В определенной мере данному явлению способствует безграничное доверие к результатам оперативно-розыскной деятельности, которые нередко формируются оперативными сотрудниками непосредственно за их письменными столами.

Разумеется, настоящая статья отличается дискуссионностью. Однако ее автор уверен: чтобы вернуться к истинному правосудию, необходимо законодательно закрепить механизм непосредственной проверки фактических обстоятельств, содержащихся в документах оперативно-розыскной деятельности.

В.А. ГУСЕВ

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ РЕГУЛИРОВАНИЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ

Гусев Владимир Александрович, заместитель начальника Дальневосточного юридического института МВД России, кандидат юридических наук, доцент.

Следует признать, что одним из главных достижений человечества в социальной сфере является институт прав и свобод человека. Ведь только личность, обладающая обширным перечнем прав и свобод, большая часть из которых имеет естественную природу, может гармонично развиваться и совершенствоваться <1>. Предполагаем поэтому, что каждое государство, определяющее себя правовым, устанавливает в своем основном законе права и свободы человека высшей ценностью, а также формирует законодательный механизм их соблюдения и защиты. В то же время защита прав и свобод одних граждан от преступных посягательств объективно предполагает необходимость ограничения прав и свобод других граждан, тем или иным образом причастных к преступлениям.

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

Оперативно-розыскная деятельность (далее ОРД) - одна из тех

государственно-правовых форм борьбы с преступностью, которая по своему характеру, целям и способам их достижения не может не ограничивать конституционных прав граждан <2>. В то же время осуществление данной деятельности возможно только на основе законодательно определенного принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина, без реализации которого оперативно-розыскную деятельность вряд ли можно считать правомерной и допустимой.

<2> См.: Берекашвили Л.Ш. Обеспечение прав человека и законности в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Защита прав человека и соблюдение законности органами внутренних дел: Материалы Международной научной конференции (10 дек. 1998 г.). М.: Московский юридический институт МВД России, 1999. С. 47.

При этом ОРД имеет специфическую особенность, заключающуюся в соблюдении принципа конспирации и в сочетании гласных и негласных методов раскрытия преступлений, в процессе проведения которых могут быть ограничены конституционные права и свободы личности. Однако следует сформировать четкое представление о том, что в этом нет ничего сверхъестественного и из ряда вон выходящего, так как право государства на вмешательство в личную жизнь граждан на основе закона и в целях борьбы с преступностью соответствует требованиям международных нормативных актов <3>.

<3> См., например: ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.1950 // Бюллетень международных договоров. 2001. N 3; ст. 17 Международного пакта от 16.12.1966 "О гражданских и политических правах" // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. N 12.

Следует особо подчеркнуть, что возможность ограничения прав и свобод человека при проведении отдельных оперативно-розыскных мероприятий (далее - ОРМ) является неотъемлемой существенной характеристикой ОРД. Гипотетическое законодательное исключение данной возможности объективно повлечет за собой обесценивание ОРД в целом как одного из видов правоохранительной деятельности. Тогда как в настоящее время вряд ли может вызвать сомнения утверждение о том, что ОРД выступает единственным реальным и эффективным инструментом своевременного выявления преступлений, установления их субъектов, документирования преступной деятельности, обеспечения раскрытия и расследования преступлений <4>.

<4> См.: Вагин О.А. Международно-правовые нормы о борьбе с преступностью и проблемы совершенствования законодательного обеспечения оперативно-розыскной деятельности // Полицейское право. 2006. N 4. С. 88.

Несмотря на социальную значимость ОРД, ее вторжение в сферу прав и свобод человека и гражданина должно быть тщательно регламентировано и упорядочено в нормативных правовых актах, а также обеспечено эффективным судебным контролем. Полагаем, именно этой цели пытался достичь законодатель, определяя в Федеральном законе "Об оперативно-розыскной деятельности" (далее - ФЗ об ОРД) систему нормативных положений, регулирующих соблюдение прав и свобод человека, порядок их ограничения, а также восстановления в случае совершенного нарушения.

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

В соответствии с ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД, "органы (должностные лица), осуществляющие ОРД, при проведении ОРМ должны обеспечивать соблюдение прав человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции". Примечательно, что законодатель допустил определенную непоследовательность при создании правового механизма реализации принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина в процессе осуществления ОРД.

Во-первых, по неизвестной причине в ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД не указывается на необходимость соблюдения свобод человека и гражданина, что прежде всего противоречит обозначенному в ст. 3 ФЗ об ОРД конституционному принципу.

Во-вторых, в ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД законодатель необоснованно, на наш взгляд, ограничил перечень прав, подлежащих соблюдению органами и должностными лицами, осуществляющими ОРД. Реализация конституционного принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина в ОРД, закрепленного в ст. 3 ФЗ об ОРД, как справедливо заметил А.Е. Чечетин, помимо перечисленных в ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД, требует соблюдения и иных прав личности, таких как право на свободу и личную неприкосновенность (ст. 22 Конституции РФ), право частной собственности (ст. 35), право на квалифицированную юридическую помощь (ст. 48) и некоторые другие, которые могут ограничиваться в ОРД <5>.

<5> См.: Чечетин А.Е. Оперативно-розыскная деятельность в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // Оперативник (сыщик). 2010. N 2. С. 53.

Другой немаловажной проблемой конструкции ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД является некорректное, на наш взгляд, сочетание прав, соблюдение которых

предписывается обеспечивать в ходе ОРД: неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, неприкосновенность жилища и тайна корреспонденции.

Прежде всего это обусловлено неопределенностью самого понятия "частная жизнь", которое появилось в российском законодательстве с принятием Конституции РФ в 1993 г. и до настоящего времени не имеет нормативно определенного содержания. Данное обстоятельство повлекло за собой попытки ученых исследовать сущность такого социально-правового явления, как частная жизнь, и определить его понятие. Так, авторы первых комментариев к Конституции РФ в содержание частной жизни включали личные, интимные, семейные, бытовые и другие отношения человека с окружающим миром <6>. В последующем при комментировании ст. 23 Конституции РФ было высказано мнение, что частная жизнь - это те стороны личной жизни человека, которые он в силу своей свободы не желает делать достоянием других <7>. Позднее Конституционный Суд РФ в своем Определении отмечает, что в понятие "частная жизнь" включается та область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если она носит непротивоправный характер <8>. То есть в содержание права на неприкосновенность частной жизни включаются все виды тайн человека и право на неприкосновенность его жилища. Но тогда совершенно непонятно, почему законодатель включил в ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД в один перечень с неприкосновенностью частной жизни личную и семейную тайны <9>, неприкосновенность жилища, тайну корреспонденции и почему не включил тайну телефонных переговоров. Полагаем, что данный негативный момент можно отнести к банальному нарушению правил юридической техники.

<6> При этом отдельными сторонами частной жизни рассматриваются неприкосновенность жилища, тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, тайна денежных вкладов, а также другие сведения, являющиеся личной или семейной тайной, которые человек не желает предавать огласке. См.: Конституция Российской Федерации: Комментарий / Под ред. Б.Н. Топорнина, Ю.М. Батурина, Р.Г. Орехова. М., 1994. С. 149 - 150; Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. В.В. Лазарева. М., 1997. С. 113.

<7> См.: Бархатова Е.Ю. Комментарий к Конституции Российской Федерации: постатейный. М.: Проспект, 2010 // СПС "КонсультантПлюс".

<8> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 09.06.2005 N 248-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Захаркина Валерия Алексеевича и Захаркиной Ирины Николаевны на нарушение их конституционных прав пунктом "б" части третьей статьи 125 и частью третьей статьи 127 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс". Документ опубликован не был.

<9> На наш взгляд, отчасти это объясняется конструкцией ч. 1 ст. 23 Конституции РФ, в которой право на неприкосновенность частной жизни и

право на личную и семейную тайну указываются через запятую как однопорядковые и равнозначные понятия, что представляется неверным, т.к. они должны соотноситься как общее и частное.

Аналогичная ситуация складывается с использованием понятия "тайна корреспонденции". Действительно, данное словосочетание как правовая категория не используется ни в одном российском нормативном правовом акте (в ч. 2 ст. 23 Конституции РФ применяется понятие "тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений"). В научной литературе встречается мнение, что данное понятие заимствовано из текстов Всеобщей декларации прав человека (ст. 12), Международного пакта о гражданских и политических правах (ст. 17) и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ст. 8), в которых право на уважение корреспонденции охватывает все формы связи между частными лицами <10>. Не отрицая позитивного влияния норм международного права на формирование системы прав и свобод человека и гражданина в российском законодательстве, полагаем, что в данном случае проблема соотношения международного правового термина и существующего конституционного понятия не способствует восприятию ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД правоприменителем при проведении ОРМ и оценке их результатов.

<10> См.: Чечетин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия и права личности: Монография. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006. С. 81.

В качестве серьезного упущения законодателя следует отметить отсутствие в ФЗ об ОРД четкого определения способов ограничения указанных прав граждан. В частности, действующее оперативно-розыскное законодательство не содержит понятия "проникновение в жилище", что обуславливает значительные трудности при определении правоприменителем того, что следует понимать под ограничением права граждан на неприкосновенность их жилища. В связи с этим совершенно справедливо учеными был поставлен целый ряд вопросов: "Будет ли иметь место нарушение названного права, если, например, "посетитель" пришел в квартиру с согласия ее хозяина, но при этом последний был введен в заблуждение этим лицом и поэтому не знал его истинных намерений и цели такого визита? Нарушается ли неприкосновенность жилища при получении сведений о том, что в нем происходит, путем слухового контроля (подслушивание разговоров через тонкую дверь, открытое окно или форточку и т.п.) и визуального наблюдения (подсматривание через отверстие в стене, замочную скважину, стекло оконной рамы и т.д.) за ним, но без непосредственного (физического) проникновения в это жилище?" <11>.

<11> См.: Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики // Оперативно-

розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: Материалы научно-практического семинара / Отв. ред. В.М. Аتماжитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 14 - 15.

Отсутствие четкого законодательного ответа на поставленные вопросы предопределило вмешательство Конституционного Суда РФ, который установил, что исходя из ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД, при проведении любых ОРМ, конституционное право гражданина на неприкосновенность жилища не может быть ограничено без судебного решения, т.е. нельзя проникать в жилище иначе как на основании судебного решения <12>. Основываясь на данной позиции органов судебной власти, А.Е. Чечетин делает вывод, что любое наблюдение за человеком в его жилище (визуальное, слуховое, с использованием технических средств или без них) следует расценивать как проникновение в него <13> и, следовательно, требовать судебного решения. В целом, соглашаясь с таким подходом к вопросу обеспечения права человека на неприкосновенность жилища, следует все же отметить, что он не исключает всех проблем, возникающих в оперативно-розыскной практике. Так, например, что делать оперативному сотруднику, если он непроизвольно или непреднамеренно (случайно) подслушал разговор в жилище о подготавливаемом, совершаемом или совершенном тяжком преступлении? Как оценивать действия конфиденнта, который при посещении жилища с согласия проживающих в нем лиц, не предполагая заранее проводить разведывательные мероприятия, неожиданно получил оперативно значимую информацию? Согласно указанному выше подходу А.Е. Чечетина в этих случаях также имеет место проникновение в жилище и требуется судебное решение, однако получить его в данных условиях не представляется возможным. Мы не исключаем, что решение данной проблемы лежит в плоскости развития правового регулирования проведения ОРМ без судебного решения в случаях, не терпящих отлагательства, с последующим его получением.

<12> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 14.07.1998 N 86-О "По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" по жалобе гражданки И.Г. Черновой" // Вестник Конституционного Суда РФ. 1998. N 6.

<13> См. подробнее: Чечетин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия и права личности: Монография. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006. С. 106 - 108.

В развитие ст. ст. 22, 23 и 25 Конституции РФ в ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД было закреплено, что проведение ОРМ, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища, допускается на основании судебного решения.

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

В частности, существенное значение для органов, осуществляющих ОРД, имеет вопрос о местонахождении суда, рассматривающего материалы об ограничении указанных прав граждан. В соответствии с ч. 1 ст. 9 ФЗ об ОРД рассмотрение данных материалов "осуществляется судом, как правило, по месту проведения таких мероприятий или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении". Вместе с тем в оперативно-розыскной практике может возникнуть ситуация, когда получение решения в судах по месту проведения ОРМ или по месту нахождения органа, его осуществляющего, чревато расшифровкой проводимой негласной оперативно-розыскной деятельности перед разрабатываемыми преступниками (например, в случаях, когда они имеют коррупционные связи в этих органах судебной власти).

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

Кроме того, следует отметить, что Федеральный конституционный закон "О судебной системе Российской Федерации" <14> в ст. 3 провозглашает единство судебной системы, которое в том числе обеспечивается путем: соблюдения всеми федеральными судами установленных федеральными законами правил судопроизводства; признания обязательности исполнения на всей территории Российской Федерации судебных постановлений, вступивших в законную силу; законодательного закрепления единства статуса судей. Основываясь на данном нормативном правовом акте, можно с определенной долей уверенности утверждать, что независимо от места расположения органа судебной власти судьи имеют единый статус и компетентны рассматривать материалы об ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ независимо от территории его

проведения. В ином случае мы можем прогнозировать различный "местечковый" подход в принятии судебного решения по одним и тем же основаниям в различных регионах Российской Федерации.

<14> Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 N 1-ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации" (ред. от 27.12.2009) // Собрание законодательства РФ. 06.01.1997. N 1. Ст. 1.

В этой связи следует отметить, что региональная судебная практика и ее негативное влияние на единство судебной системы неоднократно становились предметом обсуждения в юридическом сообществе <15>. Не является исключением в этом отношении и практика принятия судебных решений по проведению ОРМ, ограничивающих конституционные права и свободы личности, что, на наш взгляд, является категорически недопустимым, так как законность принятия судебного решения не может зависеть от регионального расположения суда. По этому поводу неплохо вспомнить меткое изречение В.И. Ленина о том, что законность не может быть калужская и казанская, а должна быть единая всероссийская <16>. Именно поэтому, мы полагаем, органы, осуществляющие ОРД, могут обращаться с ходатайством о получении судебного решения в любой суд Российской Федерации независимо от территориальной принадлежности. В данном случае органы судебной власти выступают гарантом законности и обоснованности проведения ОРМ, ограничивающего права и свободы человека и гражданина, объективно и независимо от каких-либо внешних факторов принимая решение о его проведении, опираясь только на представленные материалы.

<15> См., например: Бавсун М.В. Судебное усмотрение при назначении наказания и проблемы его ограничения в УК РФ // Журнал российского права. 2007. N 9; Черепенникова Ю.С. Толкование уголовного закона как способ преодоления его пробелов // Уголовное судопроизводство. 2009. N 3; и др.

<16> См.: Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 45. С. 198.

Видимо, основываясь на аналогичных рассуждениях, Конституционный Суд РФ установил, что "по смыслу ч. 1 ст. 9 ФЗ об ОРД во взаимосвязи с другими его положениями, определяющими основания и условия проведения ОРМ (статьи 7 и 8), если обращение за получением разрешения на проведение ОРМ в компетентный суд может повлечь нарушение режима секретности, в том числе обусловленное наличием у гражданина, в отношении которого запрашивается разрешение, личных связей в сфере его профессиональной деятельности, рассмотрение этого вопроса может быть возложено на другой суд, помимо прямо указанного в законе" <17>. В то же время отсутствие какого-либо регулирования этого вопроса может повлечь за собой другие негативные последствия, в частности хаотичное обращение

органов, осуществляющих ОРД, в суды иных регионов без веских на то оснований. Именно поэтому, на наш взгляд, в п. 1 резолютивной части этого же постановления Конституционный Суд РФ постановил "признать взаимосвязанные положения пункта 7 статьи 16 Закона РФ "О статусе судей в Российской Федерации" и части первой статьи 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" как допускающие рассмотрение материалов о проведении в отношении судьи районного суда ОРМ, связанных с ограничением его гражданских прав или нарушением его неприкосновенности, судебной коллегией в составе трех судей верховного суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа не по месту проведения ОРМ и не по месту нахождения компетентного органа, ходатайствующего об их проведении, не противоречащими Конституции Российской Федерации, поскольку - по конституционно-правовому смыслу этих положений в системе действующего правового регулирования - предполагается, что при наличии обоснованных опасений относительно возможности рассекречивания планируемых ОРМ соответствующие материалы подлежат направлению в равнозначный суд, который определяется решением Председателя Верховного Суда РФ или его заместителя, принятым по ходатайству органа, осуществляющего ОРД". Данный подход заслуживает одобрения, так как вносит организационную составляющую в данную сферу правоотношений; вместе с тем нельзя не отметить, что указанное ходатайство в Верховный Суд РФ в значительной степени снизит оперативность в принятии решений о проведении ОРМ, особенно с учетом географической удаленности многих субъектов РФ.

<17> См.: пункт 5 описательной части Постановления Конституционного Суда РФ от 9 июня 2011 г. N 12-П "По делу о проверке конституционности положений пункта 7 статьи 16 Закона РФ "О статусе судей в Российской Федерации" и части первой статьи 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" в связи с жалобой гражданина И.В. Аносова".

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

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

В частности, как справедливо заметил А.Е. Чечетин, ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД рассчитана прежде всего на дящееся мероприятие, для продолжения которого требуется судебное решение <18>. Если оперативно-розыскное мероприятие имело разовый, кратковременный характер (например, обследование жилого помещения), то после его завершения требуется не судебное решение о его проведении, а скорее судебное решение о законности и обоснованности уже проведенного мероприятия. В этом случае возникает следующий вопрос: может ли судья в качестве иных материалов затребовать у органа, осуществляющего ОРД, оперативно-служебные документы, отражающие процесс проведения ОРМ и его результаты? Фактически такая процедура судебной оценки порядка и результатов проведенного ОРМ в рамках принятия судебного решения о его проведении ФЗ об ОРД не предусматривается. Можно предположить, что суд должен установить наличие или отсутствие оснований для проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, а не законность самого процесса его проведения и оформления его результатов, поэтому указанные документы представлять не требуется. Вместе с тем отражение в результатах ОРМ фактических данных, имеющих значение для раскрытия преступления, является дополнительным и весьма значимым аргументом при решении вопроса об обоснованности его проведения. Кроме того, по мнению некоторых ученых, суд должен иметь возможность проверить законность и обоснованность их проведения, а по результатам вынести постановление о законности или незаконности проведенного оперативно-розыскного мероприятия <19>.

<18> См.: Чечетин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия и права личности: Монография. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006. С. 58.

<19> См.: Гуськова А.П., Муратова Н.Г. Судебное право: история и современность судебной власти в сфере уголовного судопроизводства: Монография. М.: Юрист, 2005 // СПС "КонсультантПлюс".

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

при его осуществлении, некоторые авторы предлагают в течение 24 часов сразу представлять в суд мотивированное секретное постановление с указанием времени начала проведения оперативно-розыскного мероприятия, при этом его регистрация в суде исключает необходимость дополнительного уведомления <20>. Полагаем, что данное предложение не лишено смысла, так как, во-первых, предполагает исключение из процедуры получения судебного решения непонятного уведомления, а во-вторых, предполагает адекватную реакцию судьи на ходатайство органа, осуществляющего ОРД, в виде судебного постановления о проведении ОРМ или об отказе в его проведении.

<20> См.: Баженов С.В. Некоторые вопросы судебного санкционирования оперативно-розыскных мероприятий // Оперативник (сыщик). 2010. N 2. С. 32.

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

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

Вместе с тем ни одно даже самое логичное рассуждение и последовательное толкование нормы права, на наш взгляд, не заменят четко определенной в законе процедуры принятия решения и действия

правоприменителя. Мы солидарны с М.П. Поляковым, который справедливо заметил, что для оперативно-розыскной деятельности исключительную важность представляют законодательные формулировки процедур <21>. И уж тем более нельзя не согласиться с В.Ф. Луговиком, который предлагает рассматривать перспективы правового регулирования оперативно-розыскной деятельности в контексте разработки ее процедурно-процессуальных аспектов <22>. На наш взгляд, детальная законодательная процедурно-процессуальная регламентация судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ позволит в подавляющем большинстве случаев исключить субъективизм в принятии решений и в значительной степени повысить эффективность применения средств и методов ОРД.

<21> См.: Поляков М.П., Рыжов Р.С. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе как правовой институт: Монография. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2006. С. 93.

<22> См.: Луговик В.Ф. Оперативно-розыскное право в системе российского права // Актуальные проблемы оперативно-розыскной деятельности: Материалы межвузовского научно-практического семинара (25 ноября 2009 г.). Тюмень: Тюменский юридический институт МВД России, 2010. С. 5.

С.И. ДАВЫДОВ

ПРОБЛЕМЫ СОБЛЮДЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ ГРАЖДАН ПРИ РАЗРЕШЕНИИ ТИПИЧНЫХ ОПЕРАТИВНО- РОЗЫСКНЫХ СИТУАЦИЙ

Давыдов Сергей Иванович, профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики Алтайского госуниверситета, доктор юридических наук.

В современных условиях усиливается противоречие в сфере применения оперативно-розыскных средств и методов в борьбе с преступностью. С одной стороны, долгие годы оперативно-розыскной практикой вырабатывались наиболее эффективные тактические приемы, способы раскрытия преступлений. Они описаны в учебниках и подтвердили свою эффективность на практике. С другой же стороны, осуществление в рамках оперативно-розыскной деятельности (далее - ОРД) целого ряда действий и применение некоторых тактических приемов сегодня становятся все более проблематичными, а иногда и вовсе невозможными.

Во многом такое противоречие обусловлено несовершенством оперативно-розыскного законодательства, допускающего разное толкование его положений, а также сложившейся правоприменительной практикой. Наибольшее число вопросов вызывают прежде всего нормы, регламентирующие проведение оперативно-розыскных мероприятий,

связанных с ограничением конституционных прав граждан.

В результате, как показывает анализ практики, за последнее время все большее негативное влияние на оперативно-розыскную деятельность по борьбе с преступностью стал оказывать целый ряд факторов: разные подходы со стороны прокуратуры и субъектов ОРД к оценке действий оперативных сотрудников с точки зрения соблюдения законности; отказы судов по ходатайствам органов, осуществляющих ОРД, о проведении оперативно-розыскных мероприятий; рост числа жалоб на действия оперативных сотрудников, которые вынуждены в судах доказывать правомерность своих действий.

В связи с этим в деятельности оперативных подразделений ОВД отмечается тенденция снижения активности и инициативы. Даже при наличии достаточной информации для проведения оперативной проверки или разработки фигуранта оперативно-розыскные мероприятия сразу не проводятся - изучается перспектива развития событий. Если прогнозируется активное противодействие со стороны объекта проверки в виде жалобы, то практические меры по проверке информации и сбору дополнительных сведений зачастую не предпринимаются.

Представляется, что выходом из создавшегося положения может быть дальнейшее совершенствование законодательных норм, регламентирующих проведение оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права граждан.

Обратимся к ситуационному подходу для иллюстрации некоторых проблем и поиску путей их разрешения. Полагаем, что методом выявления пробелов в правовом регулировании ОРД и потребностей в разработке конкретных оперативно-розыскных норм может служить анализ практики правового разрешения складывающихся оперативно-розыскных ситуаций.

Сделаем некоторые уточнения. Во-первых, правовое разрешение должны находить наиболее значимые в оперативно-розыскной деятельности ситуации. Значимость определяется невозможностью или крайней сложностью решения важной проблемы и наличием устойчивого интереса со стороны практических работников к получению правовых средств разрешения ситуации. Во-вторых, для принятия решения о разработке конкретных правовых норм необходимо выявление неоднократно повторяющихся ситуаций и проверенных практикой тактических приемов и методов их разрешения.

Анализируя с этих позиций оперативно-розыскную практику, есть основания выделить ряд типичных оперативно-розыскных ситуаций, правовое разрешение которых в настоящее время крайне затруднено или вовсе невозможно.

Первая типичная ситуация: гражданина необходимо доставить, то есть принудительно препроводить, в территориальный ОВД для проведения проверочных мероприятий.

Ситуации такого типа возникают довольно часто в оперативно-розыскной практике раскрытия преступлений. Приведем ряд примеров.

1. При совершении преступления выясняются приметы преступника, на его поиск ориентируются все подразделения, службы. При обнаружении в ходе поисковых мероприятий схожего по приметам гражданина его необходимо задержать и доставить в ОВД.

2. При раскрытии групповых преступлений: массовых хулиганств, уличных убийств, убийств на бытовой почве и др. Для того чтобы восстановить картину произошедшего, выявить роль каждого участника события, устранить противоречия в показаниях, необходимо их разыскать, доставить в территориальный ОВД и содержать там до выяснения всех обстоятельств преступления и установления причастных к нему лиц.

3. При обнаружении в ходе инициативной поисковой работы лиц, в отношении которых возникли подозрения в причастности их к совершению преступления или какой-либо возможной связи с преступлением (выносил имущество из жилища, продавал вещи, схожие по приметам с похищенными, и т.д.).

Проблема заключается в том, что на сегодняшний день нет законных оснований принудительно доставлять и удерживать гражданина в ОВД в связи с проведением проверочных мероприятий в рамках осуществления оперативно-розыскной деятельности. Для разрешения подобных ситуаций не могут быть применены ни административно-правовое задержание в порядке и по основаниям, установленным Кодексом РФ об административных правонарушениях (статьи 27.3 и 27.4), ни задержание в соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации (статьи 91 и 92).

Что касается оперативно-розыскного законодательства, то Конституционный Суд РФ в 2008 году в Определении об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр-на Михайляна высказался достаточно четко: "Задержание - как мера принуждения, обеспечения подготовки и проведения оперативно-розыскных мероприятий или достижения каких-либо целей оперативно-розыскной деятельности - Федеральным законом "Об оперативно-розыскной деятельности" не предусмотрено".

Не решена эта проблема и в недавно принятом Федеральном законе "О полиции". Так, пункт 13 ч. 1 ст. 13 указанного Закона наделяет полицию правом доставлять граждан, то есть осуществлять их принудительное препровождение в помещение полиции в целях решения вопроса о задержании. Однако, в соответствии с п. 1 ч. 2 ст. 14 этого же Закона, речь идет о задержании лиц, которые имеют уголовно-процессуальный статус подозреваемых, а также лиц, в отношении которых избрана мера пресечения в виде заключения под стражу. А значит, данная норма не является правовым средством разрешения анализируемой оперативно-розыскной ситуации.

По какому пути вынуждена идти практика? Следует отметить, что этот путь зачастую связан с нарушением законности. Так, в одних случаях задержание и доставление гражданина в ОВД для проверочных мероприятий в рамках оперативно-розыскной деятельности по раскрытию преступлений осуществляются якобы с его добровольного согласия. В других случаях оперативные сотрудники пытаются найти основания и составляют

документы, обосновывающие правомерность доставления и задержания гражданина в административном порядке в соответствии с КоАП Российской Федерации.

Таким образом, имеются правовые препятствия для практического применения таких тактических способов раскрытия преступлений, как поиск и задержание преступника по приметам, избличение во лжи очевидцев или заподозренных лиц на основе выявления противоречий в их показаниях, проверка показаний заподозренных лиц посредством оперативного внедрения в условиях кратковременного содержания в помещениях ОВД и др.

В связи с изложенным предлагается еще раз вернуться к вопросу о необходимости законодательного закрепления права органов, осуществляющих ОРД, производить задержание лиц в рамках оперативно-розыскной деятельности. Данное предложение не является новым. Оно высказывалось, в частности, межведомственной рабочей группой, разрабатывавшей предложения по совершенствованию оперативно-розыскного законодательства (2005 г.). Следует подчеркнуть, что имеется зарубежный опыт правового регулирования порядка и оснований задержания при осуществлении ОРД (Казахстан, Литва).

Вторая типичная ситуация: необходимо осуществить проникновение в жилище для обнаружения лица, скрывшегося от органов дознания, следствия и суда или уклоняющегося от уголовного наказания. Речь идет о лице, официально объявленном в розыск.

В каких случаях возникают подобного типа ситуации в практической деятельности?

1. Наиболее распространенным и эффективным поисковым мероприятием при розыске преступника является периодическая проверка адресов, где разыскиваемый проживает сам или проживают его родственники.

2. При получении оперативной информации о возможном нахождении разыскиваемого лица в доме, квартире по конкретному адресу.

Проблема правового разрешения подобных ситуаций с учетом соблюдения конституционных прав граждан на неприкосновенность жилища заключается в следующем. В настоящее время законодательно не предоставлено органам, осуществляющим ОРД, право вхождения в жилые помещения помимо воли проживающих в них граждан для обнаружения и задержания лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от уголовного наказания, т.е. разыскиваемых преступников.

Трудно объяснить, почему в принятом Федеральном законе "О полиции" предусмотрена возможность проникать в жилые помещения (а при необходимости можно производить взлом (разрушение) запирающих устройств, препятствующих проникновению) для задержания лиц, лишь подозреваемых в совершении преступления (п. 2 ч. 3 ст. 15), но не для задержания лиц, обвиняемых и скрывшихся от следствия и суда.

Казалось бы, можно разрешать ситуации с проникновением в жилище

для обнаружения и задержания преступника на основе Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", который допускает проведение оперативного осмотра жилища, в том числе гласного, с разрешения суда. Конституционный Суд сформулировал свою позицию по этому вопросу еще в 2003 году в Определении по жалобе гр-на Чумакова. Но оперативно-розыскная практика не приняла на вооружение оперативный осмотр как способ проникновения в жилище с целью обнаружения разыскиваемого лица. Почему? Причины две. Во-первых, для проведения оперативного осмотра жилища необходимо пройти процедуру получения судебного решения, на что требуется немало времени. А значит, утрачиваются наступательность, оперативность, внезапность при проведении розыскных мероприятий. Во-вторых, количество адресов, которые необходимо проверять с целью розыска преступников по одному административному району среднего города, может составлять до нескольких десятков, и проводить такую работу надо ежедневно.

Каким путем идет практика? Во-первых, при вхождении в жилище используются различные тактические приемы, хитрости, в результате которых проживающие в них лица не препятствуют вхождению, не высказывают своего несогласия с действиями оперативных сотрудников. Во-вторых, совместно со следователями решается вопрос о проведении обыска в квартире, где может скрываться разыскиваемый. Но это, как правило, практикуется только по уголовным делам, находящимся в производстве следователей МВД. Сложнее с уголовными делами, направленными в суд, а до 80% разыскиваемых преступников значатся за судами.

Важно сказать, что правовая неурегулированность разрешения ситуаций, связанных с вхождением в жилище для обнаружения и задержания преступников, порождает среди оперативных сотрудников пассивность в работе. Не желая рисковать и спровоцировать жалобы со стороны граждан о нарушении законности, оперативные сотрудники зачастую создают видимость работы по розыскным делам, формально составляют справки о проведении розыскных мероприятий по адресам проживания разыскиваемых лиц.

В порядке выхода из создавшегося положения можно было бы рассмотреть вопрос о дополнении Федерального закона "О полиции" еще одним основанием беспрепятственного вхождения в жилище - для обнаружения и задержания лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от уголовного наказания.

Третья типичная ситуация также возникает в связи с розыском преступников: зачастую необходимо прослушать телефонные переговоры лиц, которые могут располагать сведениями об их месте нахождения: родственников, знакомых, сослуживцев.

Указанное оперативно-розыскное мероприятие является одним из эффективных способов получения информации о месте нахождения разыскиваемых преступников. Однако его проведение в описанной ситуации невозможно. В соответствии со ст. 8 Федерального закона "Об оперативно-

розыскной деятельности" прослушивание телефонных переговоров (ПТП) допускается только в отношении лиц, подозреваемых, обвиняемых в совершении преступлений, а также лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях. Таким образом, ПТП не может проводиться в отношении лиц, которые располагают сведениями о месте нахождения разыскиваемого лица. В связи с этим судьи не дают разрешения на проведение ПТП, требуя материалы, подтверждающие осведомленность лица о самом преступлении. Представляется, что необходимо внести соответствующее дополнение в ст. 8 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности".

Для реализации изложенных в настоящей статье предложений имеются конституционно-правовые основы: ч. 3 ст. 55 Конституции гласит, что "права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя... здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения... безопасности государства". Полагаем, что оперативно-розыскная практика достаточно убедительно доказывает необходимость дать ей дополнительные правовые гарантии применения проверенного инструментария в целях защиты личности, общества и государства от преступных посягательств.

Н.С. ЖЕЛЕЗНЯК

О НЕОБХОДИМОСТИ УТОЧНЕНИЯ ТЕРМИНОЛОГИИ В РЕШЕНИЯХ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Железняк Николай Семенович, начальник кафедры оперативно-розыскной деятельности Сибирского юридического института ФСКН России, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации.

Конституционный Суд Российской Федерации (далее - Конституционный Суд) в соответствии с определенными ему функциями в установленном федеральным конституционным законом порядке периодически рассматривает жалобы на нарушение конституционных прав граждан предписаниями различных законодательных актов. Особенно часто такая необходимость возникает в связи с осуществлением уполномоченными правоохранительными органами и спецслужбами оперативно-розыскной деятельности (далее - ОРД). Причем, как показывает практика, поводом для обращения в Конституционный Суд выступают совершенно разные обстоятельства: от непрофессионализма сотрудников оперативных подразделений и их руководителей до явно злонамеренных действий, от пробелов в законодательстве до возможности многовариантного толкования его норм. В этом смысле деятельность Конституционного Суда,

направленная на охрану прав граждан, исключительно важна не только для конкретного заявителя, но и для правоприменителя, использующего решения суда в повседневной юридической практике. Вместе с тем анализ самих актов Конституционного Суда (особенно его раннего периода) свидетельствует, что не все они избавлены от возможности их различного толкования.

Во многом это обусловлено использованием в решениях суда недостаточно выверенной терминологии. В качестве аргумента, подтверждающего этот вывод, рассмотрим фрагменты небезызвестного Определения Конституционного Суда от 14 июля 1998 г. N 86-О "По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" по жалобе гражданки И.Г. Черновой" (далее - Определение по жалобе И.Г. Черновой).

Напоминаем, что значительная часть этого судебного акта посвящена формулированию правовой позиции Конституционного Суда относительно роли судебных органов в ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий (далее - ОРМ).

Размышляя об этой функции суда, следует отметить, что в Федеральном законе "Об оперативно-розыскной деятельности" (далее - ФЗ об ОРД) встречаются различные по смысловому содержанию формулировки, описывающие отмеченный нами процесс, связанный с ограничением конституционных прав граждан в оперативно-розыскной сфере.

Так, например, налицо фразеологическое противоречие между предписаниями ст. 8 и ст. 9 ФЗ об ОРД относительно предмета судебного санкционирования:

- проведение ОРМ, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина... (ч. 2 ст. 8);
- ...судебное рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан... при проведении ОРМ (наименование ст. 9);
- ...ограничение конституционных прав граждан... при проведении ОРМ (ч. 1 ст. 9);
- ...решение судьей вопроса о проведении ОРМ, ограничивающего конституционные права граждан... (ч. 2 ст. 9);
- ...судья разрешает проведение... ОРМ, которое ограничивает конституционные права граждан... (ч. 4 ст. 9);
- ...судья отказал в проведении ОРМ, которое ограничивает конституционные права граждан... (ч. 6 ст. 9).

Таким образом, четыре формулировки описывают этот процесс как судебное санкционирование ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, а две - как ограничение конституционных прав граждан при проведении ОРМ. В связи с этим возникает вопрос о том, что же все-таки подлежит судебному санкционированию в рамках оперативно-розыскной деятельности: проведение ОРМ, которые ограничивают конституционные права граждан, или ограничение конституционных прав граждан при проведении ОРМ <1>?

<1> Наличие этой правотворческой проблемы уже отмечалось в юридической литературе. См.: Черных А.А. Модернизация процесса судебного санкционирования при проведении оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права человека // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе: Сборник материалов XII Международной научно-практической конференции (г. Красноярск, 19 - 20 февраля 2009 г.): В 3 ч. / Отв. ред. Д.Д. Невирко. Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России, 2009. Ч. 3. С. 19 - 24.

Очевидно, что при более точном законодательном закреплении первого варианта оперативно-розыскная практика не претерпит существенных изменений ввиду того, что сегодня судом, по нашим данным, санкционируется именно проведение ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан.

Если же полагать, что речь может идти о судебном санкционировании ограничения конституционных прав граждан при проведении ОРМ, то такой подход изменит само представление о проведении этих ОРМ. В частности, при получении судебного разрешения на ограничение права гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, сотрудники оперативного подразделения смогут параллельно проводить сразу три ОРМ: прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи и контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений. Не менее информативным в этом случае будет ограничение права на неприкосновенность жилища, поскольку позволит не только проникнуть в него, но и ознакомиться с находящимися там почтовыми отправлениями, записями на автоответчике телефонного аппарата, сведениями, содержащимися в мобильном телефоне, содержимым персонального компьютера и т.д.

Более точной по сравнению с законодательной в этой части представляется, хоть и не ярко выраженная, позиция Конституционного Суда, неоднократно проявляющаяся в отмеченном выше Определении по жалобе И.Г. Черновой следующими фразами:

- ...судебное решение на право проведения оперативно-розыскного мероприятия;
- ...проведение оперативно-розыскных мероприятий, которые ограничивают конституционное право граждан на неприкосновенность жилища, допускается на основании судебного решения;
- ...не обязан давать разрешение на проведение оперативно-розыскных мероприятий;
- ...испрашивающий разрешение на проведение оперативно-розыскного мероприятия, связанного с ограничением конституционных прав граждан;
- ...наделение суда полномочием по осуществлению процедуры

независимого одобрения оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничениями конституционных прав граждан;

- ...испрашивается судебное разрешение на проведение оперативно-розыскных мероприятий;

- ...решение о проведении оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан;

- ...судебная санкция на прослушивание телефонных переговоров.

Как видим, все восемь представленных в Определении по жалобе И.Г. Черновой позиций однозначно подтверждают, что судебному санкционированию подлежит не ограничение конституционного права гражданина, а проведение ОРМ, ограничивающего это право. Однако как это согласуется с предписаниями ст. ст. 23 и 25 Конституции РФ, где речь идет о судебном решении, позволяющем **ограничить права граждан** на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также на неприкосновенность жилища?

Также остается неясным вопрос о статусе судебного акта на право проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан. В ФЗ об ОРД встречаются следующие его аналоги:

- ...судебное решение (ч. 2 ст. 8);

- ...судебное решение (ч. 3 ст. 8);

- ...судебное решение (ч. 10 ст. 8);

- ...решение судьей вопроса (ч. 2 ст. 9);

- ...судья разрешает (ч. 4 ст. 9);

- ...судебное решение (ч. 5 ст. 9);

- ...судебное решение (ч. 3 ст. 12).

Таким образом, в законодательном акте используется два похожих, но не идентичных термина: решение и разрешение.

Что касается анализируемого Определения по жалобе И.Г. Черновой, то в нем для описания рассматриваемого вида судебной деятельности трижды применяется термин "**решение**", трижды - "**разрешение**" и по одному разу - "**независимое одобрение**" и "**санкционирование**".

Чтобы оценить их семантическую сущность и, следовательно, приемлемость применения в правотворческом процессе, представляется логичным использовать следующие определения, сформулированные в "Новом толково-словообразовательном словаре русского языка" и адаптированные к исследуемой проблеме:

- **решение** - заключение, вывод из чего-либо, избранный путь действия после обдумывания;

- **разрешение** - предоставленное право на совершение чего-либо, позволение;

- **одобрение** - признание хорошим, правильным, положительный отзыв, похвала;

- **независимое** - самостоятельное, не находящееся в зависимости или в подчинении, свободное;

- **санкционирование** - утверждение чего-либо высшей инстанцией,

разрешение.

Оценка содержания предложенных терминов позволяет прийти к выводу, что **судья не может принимать решение о проведении ОРМ**, иначе он должен быть причислен к субъектам ОРД. Действительно, достаточно странной выглядела бы ситуация, при которой судья решал, какое ОРМ и в каком случае следует провести для достижения целей ОРД. Что касается остальных терминов, то наиболее приемлемым для употребления представляется **разрешение**, поскольку **независимое одобрение** и **санкционирование** могут быть его структурными элементами или аналогами.

Исходя из логики ФЗ об ОРД, сложившейся и позитивно зарекомендовавшей себя оперативно-розыскной практики становится очевидным, что **решение о необходимости проведения ОРМ**, ограничивающего конституционные права граждан, в соответствии с ч. 1 ст. 15, ч. 1, 5 ст. 6, ст. 7 и 8 ФЗ об ОРД **принимает сотрудник оперативного подразделения**, мотивированное постановление с ходатайством о проведении такого ОРМ согласно ч. 2 ст. 9 ФЗ об ОРД выносит уполномоченный руководитель органа, осуществляющего ОРД, а **разрешает (или не разрешает) его проведение** на основании ч. 4 ст. 9 ФЗ об ОРД **федеральный судья** <2>.

<2> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2006 г. N 560-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина В.Н. Дудченко на нарушение его конституционных прав статьей 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности".

В связи с этим сформулированный в Определении по жалобе И.Г. Черновой вывод, что "...решение о проведении оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан, принимает не руководитель ходатайствующего органа, а суд", в части определения субъекта принятия решения о проведении ОРМ представляется ошибочным и нуждающимся в корректировке.

Понятно, что в работе Конституционного Суда должна соблюдаться преемственность в толковании законодательных предписаний. Вместе с тем закрепленное в судебных актах недостаточно выверенное коллективное мнение членов Конституционного Суда не может быть извечным догматом, а должно трансформироваться в соответствии с развивающейся наукой, изменяющимися условиями существования общества и государства.

Это важно потому, что правовая позиция Конституционного Суда, изложенная в данном и иных определениях и постановлениях, тиражируется в последующих актах высших судебных органов <3> и принимается как данность.

<3> См., например: Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 4 февраля 1999 г. N 18-О "По жалобе граждан М.Б.

Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности"; от 15 июля 2004 г. N 304-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Трифоновой Валентины Степановны на нарушение ее конституционных прав пунктом 3 части первой статьи 6 и пунктом 1 части первой статьи 15 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности"; решение Верховного Суда Российской Федерации от 11 сентября 2009 г. N ГКПИ09-1065.

Еще в середине XIX века французский писатель Г. Флобер высказал исключительно полезную для данного исследования мысль: "В языке существует только одно точное слово для обозначения предмета, один эпитет для его определения, один глагол для выражения его действия". Этот принцип должен стать основой формирования судебных актов и в первую очередь решений высших судебных органов.

Д.А. ЗАХАРОВ

РЕАЛИЗАЦИЯ КОНСТИТУЦИОННЫХ ГАРАНТИЙ СУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ В ОТНОШЕНИИ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Захаров Денис Александрович, доцент кафедры административно-правовых и уголовно-правовых дисциплин Крымского юридического института Национального университета "Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого", кандидат юридических наук.

Государство обязано гарантировать защиту прав и свобод человека и гражданина и не может исходить при этом из предположения добропорядочности исполнительных органов. В равной мере это требование относится и к случаям, когда законодатель устанавливает допустимые ограничения этих прав. Эти гарантии приобретают особое значение в сфере оперативно-розыскной деятельности как деятельности, предполагающей, как правило, негласный, непроцессуальный характер. Учитывая, что эта сфера деятельности в той части, которая затрагивает права и интересы отдельных лиц, является вспомогательной, подчиненной задачам пресечения преступности и рассмотрения уголовных дел, процедурные гарантии судебной защиты здесь не могут быть меньшими, чем в уголовном процессе <1>. Одной из главнейших задач уголовного судопроизводства является недопущение привлечения лица, не виновного в совершении преступления, к уголовной ответственности, что определяет повышенные требования к качеству информации, используемой при формировании выводов по делу. Грядущая реформа уголовной юстиции Украины, основные направления которой отражены в проекте Уголовного процессуального кодекса, разработанного рабочей группой по вопросам реформирования уголовного

судопроизводства, созданной в соответствии с Указом Президента Украины от 17.08.2010 N 820/2010 (далее - проект УПК), должна решить давно существующую проблему одновременного использования в процессе данных, полученных процессуальным и оперативно-розыскным путем. Данная проблема является одной из наиболее актуальных, как в украинском, так и в российском уголовном судопроизводстве. Многолетняя практика подтверждает, что "процессуальная деятельность без применения непроцессуальных методов была бы невозможной, а непроцессуальная деятельность без последующего использования ее результатов - бесцельной" <2>.

<1> Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации А.Л. Кононова по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" по жалобе гражданки И.Г. Черновой.

<2> Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М.: Юридическая литература, 1991. 112 с.

Можно согласиться с образным выражением М. Полякова о том, что, с учетом степени законодательного урегулирования, в настоящее время выстрелить в преступность из "уголовно-процессуального ружья", заряженного "оперативно-розыскным патроном", весьма проблематично <3>.

<3> Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности. Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2001. 197 с.

Действующая на сегодняшний момент редакция статьи 8 Закона Украины "Об оперативно-розыскной деятельности" определяет порядок ввода в процесс доказывания по уголовным делам оперативно-розыскных данных, полученных в результате четырех оперативно-розыскных мероприятий, оставляя по остальным данным, полученным указанным путем, вопрос открытым. При этом гарантиями законности получения доказательственной информации являются предварительный судебный контроль и протоколирование результатов проведения ОРМ. Реформа досудебного производства будет требовать системного урегулирования данного вопроса, а именно детальной разработки критериев, по которым информация, полученная в ходе негласного производства, будет признаваться судом доказательствами.

Принятие нового УПК Украины планируется совместить с внесением изменений в Закон Украины "Об оперативно-розыскной деятельности", связанных, в частности, со следующими моментами:

- из положений, определяющих обязанности подразделений, осуществляющих ОРД, исключена задача раскрытия преступлений при сохранении функций их выявления и пресечения. Таким образом,

законодатель может уйти от дублирования функций следователя и органа дознания, существующего на данный момент. При этом авторами проекта предполагается, что в рамках уголовного дела как гласная, так и негласная деятельность органов, осуществляющих ОРД, будет производиться только по поручению следователя, указанию прокурора или определению следственного судьи;

- порядок проведения таких ОРМ, как контролируемая поставка, контрольная и оперативная закупка, негласные выявления и фиксация следов тяжкого или особо тяжкого преступления, осуществление наблюдения за лицом, предметом или местом и целый ряд других, определяется путем указания ссылки на соответствующую норму УПК. Соответственно, соблюдение процедуры получения фактических данных должно определять их статус допустимых средств доказывания. Это подтверждается и приведенным в ст. 84 проекта УПК Украины понятием доказательства, согласно которому доказательством в уголовном процессе являются фактические данные, полученные в установленном УПК порядке.

Несмотря на большой объем предстоящей работы по разработке и особенно по внедрению нового законодательства, главным критерием успешности реформы должна оставаться эффективность досудебного производства. Должна быть решена проблема дублирования функций органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и органов досудебного следствия. В условиях существующей системы отношений в связке "следователь - оперативный работник" необходимым условием признания доказательства допустимым может служить проверяемость достоверности и законности получения доказательственной информации со стороны суда и иных участников процесса. Если с технической стороны это можно обеспечить путем производства ряда экспертиз (например, фоноскопической экспертизы аудиозаписи), то проверка на наличие фактов нарушения прав и свобод участников процесса требует детальной регламентации. Различие в деятельности по раскрытию и расследованию в уголовном судопроизводстве с точки зрения решаемых задач выглядит достаточно надуманным. В ряде случаев изобличение преступника осуществляется на основании данных, обнаруженных оперативным работником и зафиксированных в надлежащей процессуальной форме следователем. С учетом того что на сегодняшний день оба они являются представителями обвинения, разделение полномочий по выявлению и фиксации доказательственной информации не может расцениваться как реальная гарантия ее достоверности и отсутствия злоупотреблений в процессе ее получения. Кроме того, статья 242 проекта УПК позволяет следователю самостоятельно производить негласные следственные (розыскные) действия. Такое полномочие в принципе меняет традиционную точку зрения на дифференциацию следственного и оперативно-розыскного действия, согласно которой под следственными действиями понимают познавательные действия следователя, состоящие в том, что он на основе **непосредственного** восприятия следов события отображает, запечатлевает

содержащиеся в них фактические данные <4>. Соответственно, и положения ст. 87 проекта УПК, согласно которой недопустимыми являются доказательства, полученные вследствие существенного нарушения прав и свобод человека, гарантированных законами, Конституцией и международно-правовыми договорами, а также любые доказательства, полученные благодаря информации, полученной вследствие существенного нарушения прав и свобод человека, вполне применимы и к результатам ОРД. Субъектом, ответственным за удаление из процесса недопустимых доказательств, проект УПК называет суд.

<4> Шейфер С.А. Проблемы правовой регламентации доказывания в уголовно-процессуальном законодательстве РФ // Государство и право. 1995. N 10. С. 96 - 104.

На основании изложенного можно прийти к выводу, что наиболее эффективным средством обеспечения законности проведения ОРД является перспектива признания ее результатов незаконными в случае нарушения требований допустимости доказательств, установленных Уголовно-процессуальным кодексом.

Т.Т. КАЗИКАНОВ

**ПРАВОВАЯ ОСНОВА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ
ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УГОЛОВНОМ
ПРОЦЕССЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

Казиканов Талгат Туремуратович, соискатель Академии МВД Республики Казахстан, кандидат юридических наук.

Процедура использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе регламентируется различными законодательными и иными нормативными правовыми актами Республики Казахстан.

При рассмотрении правовой основы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе особое значение отводится Конституции Республики Казахстан, обладающей высшей юридической силой и прямым действием на всей территории, регулирующей общественные отношения в государстве. При осуществлении оперативно-розыскной деятельности Конституция ограничивает вторжение в личную жизнь граждан, предоставляет им право судебного обжалования, гарантию судебной защиты их прав и свобод и др. Кроме того, прежде чем решить вопрос об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе, следует проверить законность их получения, т.к. положение Конституции Республики Казахстан о том, что "не имеют юридической силы доказательства, полученные незаконным способом" (п. 3

ст. 77), распространяется и на непроцессуальную деятельность.

Проверке подлежат следующие моменты:

- соблюдены ли положения Закона Республики Казахстан "Об оперативно-розыскной деятельности" о том, в каких целях может проводиться оперативно-розыскная деятельность;

- проведены ли оперативно-розыскные мероприятия уполномоченным государственным органом;

- предусмотрены ли Законом Республики Казахстан "Об оперативно-розыскной деятельности" оперативно-розыскные мероприятия, в результате которых получена представляемая информация;

- имелись ли предусмотренные Законом Республики Казахстан "Об оперативно-розыскной деятельности" основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий;

- имелись ли дополнительные условия, предусмотренные Законом Республики Казахстан "Об оперативно-розыскной деятельности", для проведения отдельных оперативно-розыскных мероприятий;

- соблюден ли предусмотренный Законом Республики Казахстан "Об оперативно-розыскной деятельности" порядок проведения оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционных прав граждан;

- соблюдены ли положения УПК Республики Казахстан об особенностях уголовного судопроизводства в отношении лиц, обладающих привилегиями и иммунитетом от уголовного преследования <1>.

<1> Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан. Общая часть: Комментарий / Под ред. И.И. Рогова, С.Ф. Бычковой, К.А. Маами. Алматы: Жет жаргы, 2002. С. 348.

Вопросы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе регламентированы Законом Республики Казахстан от 15 сентября 1994 года "Об оперативно-розыскной деятельности". Данный Закон впервые на законодательном уровне определил содержание оперативно-розыскной деятельности, закрепил систему правовых гарантий законности при ее проведении, а также функциональное предназначение материалов данной деятельности.

Согласно п. 1 ст. 14 Закона Республики Казахстан "Об оперативно-розыскной деятельности", материалы, полученные в процессе оперативно-розыскной деятельности, могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных действий и проведения оперативно-розыскных мероприятий по предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений, а также в процессе доказывания по уголовным делам при условии их проверки в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан, регламентирующими собирание, исследование и оценку доказательств. Кроме того, материалы, полученные в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий, до облечения их в форму,

предусмотренную уголовно-процессуальным законодательством Республики Казахстан, либо при отсутствии возможности ввести их в уголовный процесс не являются основанием для ограничения прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц (п. 2 ст. 14 Закона Республики Казахстан "Об оперативно-розыскной деятельности").

Следует отметить, что процесс становления законодательства Республики Казахстан в сфере оперативно-розыскной деятельности протекал параллельно аналогичной нормотворческой деятельности в государствах - участниках СНГ и Балтии, о чем свидетельствуют аналогичные законы данных стран. Например, регламентация уголовно-процессуального использования результатов оперативно-розыскной деятельности нашла свое отражение в Законе Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. "Об оперативно-розыскной деятельности" - ст. 16, в российском Федеральном законе "Об оперативно-розыскной деятельности" от 12 августа 1995 г. - ст. 11, в Законе Украины от 18 февраля 1992 г. "Об оперативно-розыскной деятельности" - ст. 10, в Модельном законе от 16 ноября 2006 года "Об оперативно-розыскной деятельности", принятом на XXVII пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ, - ст. 11.

Помимо Конституции и Закона Республики Казахстан "Об оперативно-розыскной деятельности" использование результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе регламентируется законодательными и иными нормативными правовыми актами: УПК Республики Казахстан, Законом Республики Казахстан "О государственных секретах", Законом Республики Казахстан "О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе", нормативным Постановлением Верховного суда Республики Казахстан от 20 апреля 2006 года "О некоторых вопросах оценки доказательств по уголовным делам" и др.

Особое значение в использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе, несомненно, отводится УПК Республики Казахстан. Рассматривая историю ее возникновения, необходимо отметить, что в начале 90-х годов прошлого столетия был принят ряд законов по совершенствованию уголовно-процессуального законодательства. Так, 16 января 1992 года в УПК Казахской ССР (действовавшем до 1 января 1998 года) появился ряд статей, свидетельствующих о роли оперативно-розыскных материалов в процессе доказывания и регулирующих механизм их применения в уголовном процессе. Это следующие нормы: ст. 61-1 о том, что доказательствами по делу являются достоверные (надежные, соответствующие действительности) кинофотоматериалы, видео- и аудиозаписи, полученные как до возбуждения уголовного дела, так и в процессе проведения предварительного следствия или оперативно-розыскных мероприятий; ст. 61-2, регламентирующая прослушивание телефонных и иных переговоров. В связи с принятием Закона Республики Казахстан "Об оперативно-розыскной деятельности", Законом Республики Казахстан от 17 марта 1995 года "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан" в УПК Казахской

ССР вводится статья 61-3, которая устанавливает весьма принципиальное положение о допустимости в качестве доказательств фактических данных, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, после их проверки в соответствии с положениями УПК; часть вторая ст. 47 дополнена таким источником доказательств, как материалы, полученные в ходе проведения оперативно-розыскной деятельности; статья 109 дополнена п. 4, допускающим задержание подозреваемого на основе оперативно-розыскных материалов, полученных с санкции прокурора и содержащих данные о совершенном или готовящемся им преступлении <2>.

<2> Когамов М.Ч. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Республики Казахстан. Общая и Особенная части. Алматы: Жетжаргы, 2008. С. 273.

Впервые самостоятельное упоминание о возможности использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовным делам содержалось в ст. 130 УПК Республики Казахстан, введенного в действие с 1 января 1998 года. В данной статье, состоявшей из одной части, отмечалось, что "результаты оперативно-розыскной деятельности, полученные при соблюдении требований закона, могут использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями настоящего Кодекса, регламентирующими собирание, исследование и оценку доказательств".

Вплоть до 2001 года никакой более детальной правовой регламентации об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе не давалось. Этим обуславливалось отсутствие единого подхода к решению данной задачи уголовного судопроизводства. Определенным прорывом в этом направлении стал Закон Республики Казахстан от 16 марта 2001 года "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам усиления борьбы с организованной преступностью и коррупцией", который внес ряд важнейших положений в уголовное и уголовно-процессуальное законодательство:

- определил порядок предоставления результатов оперативно-розыскной деятельности для приобщения к уголовному делу;
- придал статус доказательств данным, полученным при проведении оперативно-розыскных мероприятий сотрудником органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, либо лицом, сотрудничающим на конфиденциальной основе с таким органом;
- расширил пределы и объем дискреционных полномочий лиц, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность <3>.

<3> Шаймуханов А.Д. Совершенствование и развитие оперативно-розыскного законодательства Республики Казахстан: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Караганда, 2008. С. 19.

Также следует отметить, что использование результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе в большинстве случаев осуществляется при их рассекречивании. В связи с этим в данном вопросе особая роль принадлежит Закону Республики Казахстан от 15 марта 1999 года "О государственных секретах", относящему результаты оперативно-розыскной деятельности к государственным секретам, определяющему их степень секретности, а также основания и порядок рассекречивания результатов оперативно-розыскной деятельности, содержащих государственные секреты.

Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе регламентируется и Законом Республики Казахстан от 5 июля 2000 года "О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе". Данный Закон устанавливает систему мер государственной защиты жизни, здоровья, имущества, законных прав, интересов лиц, участвующих в уголовном процессе, членов их семей и близких родственников, обеспечения их безопасности в целях пресечения противоправного вмешательства в уголовный процесс, в том числе и в отношении лиц, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность и содействующих им.

Вопросы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе регламентируются и нормативным Постановлением Верховного суда Республики Казахстан от 20 апреля 2006 года № 4 "О некоторых вопросах оценки доказательств по уголовным делам". Так, согласно его разъяснениям результаты оперативно-розыскных мероприятий, связанные с ограничением конституционных прав граждан на неприкосновенность частной жизни, жилища, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, могут быть использованы в качестве доказательств по делу, если они основаны на законе и получены с санкции Генерального прокурора Республики Казахстан, его заместителей, военного прокурора Республики, прокуроров областей и приравненных к ним прокуроров на проведение таких мероприятий. Проведение оперативно-розыскных мероприятий в ходе предварительного расследования может быть санкционировано также прокурорами района (города) или лицами, исполняющими их обязанности.

Рассматривая порядок использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе, необходимо отметить, что вопросы представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу, ведущему уголовный процесс, частично регламентированы в законодательстве Республики Казахстан.

По мнению профессора А.Д. Шаймуханова, в связи с отсутствием правовой регламентации процедуры передачи и оформления материалов оперативно-розыскной деятельности органы уголовного преследования в значительной мере лишены возможности должным образом проконтролировать соблюдение установленного порядка представления

результатов данной деятельности и, как правило, сами определяют критерии их соответствия закону. Правила представления полученных результатов оперативно-розыскной деятельности и критерии их оценки должны быть известны должностным лицам, использующим представленные данные (следователю, дознавателю, прокурору и суду) <4>.

<4> Шаймуханов А.Д. Указ. соч. С. 22.

Следует отметить, что в Российской Федерации порядок представления результатов оперативно-розыскной деятельности детально урегулирован межведомственной Инструкцией "О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд", утвержденной Приказом МВД РФ, Федеральной службы безопасности РФ, Федеральной службы охраны РФ, Федеральной таможенной службы РФ, Службы внешней разведки РФ, Федеральной службы исполнения наказаний РФ, Федеральной службы РФ по контролю за оборотом наркотиков, Министерства обороны РФ от 17 апреля 2007 года (заменив одноименную Инструкцию от 13 мая 1998 года и Временную инструкцию "О порядке представления оперативными подразделениями органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, дознавателю, следователю, прокурору или суду", утвержденную Приказом Федеральной службы РФ по контролю за оборотом наркотиков от 12 мая 2006 года).

По нашему мнению, для детальной регламентации порядка действий органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, по представлению результатов данной деятельности для их использования в уголовном процессе необходимо принять Инструкцию "О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу, ведущему уголовный процесс".

Таким образом, правовой основой использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе являются: 1) Конституция Республики Казахстан; 2) УПК Республики Казахстан; 3) Закон Республики Казахстан "Об оперативно-розыскной деятельности"; 4) Закон Республики Казахстан "О государственных секретах"; 5) Закон Республики Казахстан "О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе"; 6) нормативное Постановление Верховного суда Республики Казахстан от 20 апреля 2006 года N 4 "О некоторых вопросах оценки доказательств по уголовным делам".

В.А. ЛАЗАРЕВА

**ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВ ЛИЦ, В ОТНОШЕНИИ
КОТОРЫХ ПРОВОДЯТСЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫЕ
МЕРОПРИЯТИЯ, КАК УСЛОВИЕ ДОПУСТИМОСТИ**

ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ПОЛУЧЕННЫХ РЕЗУЛЬТАТОВ В КАЧЕСТВЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

Лазарева Валентина Александровна, заведующая кафедрой уголовного процесса и криминалистики Самарского государственного университета, доктор юридических наук, профессор.

Вопрос о возможности использования в уголовном процессе сведений, полученных в результате оперативно-розыскной деятельности, обсуждается достаточно давно, и по мере накопления опыта вектор научных дискуссий постепенно смещается от категорического отрицания такой возможности в направлении определения условий, при соблюдении которых сведения, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности, могут быть использованы в целях доказывания. Сегодня такая возможность предусмотрена нормативно-правовыми актами, регулирующими и оперативно-розыскную, и уголовно-процессуальную деятельность. В соответствии со ст. 11 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" (далее - ФЗ об ОРД), результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы не только для подготовки и осуществления следственных и судебных действий, они могут служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела, представляться в орган дознания, следователю или в суд, в производстве которого находится уголовное дело, **а также использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств.** Созвучна этому и статья 89 УПК РФ, которая запрещает использование в процессе доказывания результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК.

Эти формулировки, вызывающие в теории определенные сомнения, на самом деле просты и понятны: сведения, полученные в процессе ОРД, представленные следователю или суду, могут быть использованы в качестве доказательств, если обладают свойством допустимости.

Вопрос об относимости этих сведений обычно не встает. Оперативно-розыскная деятельность изначально нацелена на раскрытие преступления, т.е. получение данных, подтверждающих факт совершения преступления и указывающих на лицо, его совершившее; поэтому ее результаты заведомо "обладают одним из свойств уголовно-процессуальных доказательств - относимостью, ибо указывают на факты, образующие предмет доказывания по уголовному делу" <2>. В науке отмечается также, что правовая характеристика результатов оперативно-розыскной деятельности сегодня вполне созвучна аналогичной характеристике уголовно-процессуальных доказательств, что придает результатам оперативно-розыскной деятельности высокую гносеологическую и аргументационную потенцию <3>.

<2> Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М.: Норма, 2008. С. 106.

<3> См.: Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности / М.П. Поляков. Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2001. С. 220.

Оценка допустимости результатов ОРД - значительно более сложный вопрос. Содержащиеся в них сведения получены непроцессуальным путем, то есть в условиях отсутствия установленных Уголовно-процессуальным кодексом гарантий прав и свобод личности. Несмотря на то что Закон об ОРД предусматривает уважение прав и свобод человека и гражданина в качестве принципа оперативно-розыскной деятельности (ст. 3), конфиденциальный, негласный характер значительной части оперативно-розыскных мероприятий ограничивает возможность применения свойственных уголовному процессу правил собирания доказательств. Отсюда следует, что в качестве доказательств по уголовному делу могут быть использованы далеко не все полученные в ходе ОРД сведения. Для оценки результатов ОРД как допустимых доказательств необходимо как минимум два принципиальных условия:

1) источник сведений, представляемых суду в качестве доказательств, должен быть известным и проверяемым;

2) степень гарантированности конституционных прав и свобод личности при проведении оперативно-розыскного мероприятия должна быть адекватна требованиям, установленным уголовно-процессуальным законом, ибо при менее жестких требованиях к доказательствам, полученным оперативно-розыскным путем, обесмысливаются и соответствующие предписания уголовно-процессуального закона.

В силу сказанного, невозможность разглашения конспиративных сил и средств, используемых в процессе оперативно-розыскной деятельности, обуславливает недопустимость использования информации, полученной негласным путем, по признаку неизвестности ее происхождения и невозможности проверки надежности источника. Это неопровержимый постулат теории доказательств, который не может быть поставлен под сомнение. Следует поэтому решительно воспротивиться продолжающимся попыткам обосновать возможность использования против обвиняемого сказанных им в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий слов, сведения о которых известны из допроса сотрудников оперативного аппарата или "свидетелей обвинения из числа информаторов", а также показаний оперативного сотрудника вместо первоисточника личной информации, который "не может быть предъявлен по соображениям конспирации" <4>. Результаты негласных оперативно-розыскных мероприятий могут быть использованы в процессе доказывания только при условии, что полученные сведения могут обрести надлежащую процессуальную форму.

<4> См., например: Кучерук Д.С. Использование результатов

оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам о взяточничестве: Автореф. дис. ... к.ю.н. Нижний Новгород, 2011. С. 17, 33.

Например, если из конфиденциального источника поступила информация, имеющая значение для дела, она может быть легализована путем допроса конфиденнта в качестве свидетеля в соответствии с требованиями УПК. Изготовленные этим лицом в процессе оперативного наблюдения за интересующими следствием событиями фотоснимки, звуко- и видеозапись, иные носители информации могут быть представлены им органу расследования и использованы после соответствующей проверки в качестве вещественных доказательств. Орган расследования вправе произвести следственные действия по обнаружению, изъятию, осмотру и исследованию источников информации, на место нахождения которых укажет ему проводящий оперативную работу орган. Однако доказательствами здесь, как многими отмечается, являются не сами оперативно-розыскные данные, которые указывают лишь на возможный источник получения сведений, а сведения, полученные процессуальным способом процессуальным же субъектом <5>. Проверка и оценка допустимости и достоверности этих сведений осуществляются по общим правилам проверки и оценки доказательств (ст. 87 УПК).

<5> Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Ч. 1. С. 168; Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности / Е.А. Доля. М.: Спарк, 1996. С. 66 - 72; Шейфер С.А. Использование непроцессуальных познавательных мероприятий в доказывании по уголовному делу / С.А. Шейфер // Государство и право. 1997. N 9. С. 57 - 59; Семенцов В.А. Правовые предпосылки и этапы реализации результатов оперативно-розыскной деятельности в досудебном производстве: Монография / В.А. Семенцов, В.Ю. Сафонов. Екатеринбург: ЮрГЮА, 2006. С. 86 - 116.

Иначе следует решать вопрос об оценке допустимости результатов таких мероприятий, как оперативный эксперимент, проверочная закупка, контролируемая поставка, в ходе которых происходит выявление, пресечение и раскрытие совершаемого преступления (дача и получение взятки, коммерческий подкуп, сбыт наркотического вещества, приобретение или продажа оружия). Фиксация результатов такого оперативно-розыскного мероприятия есть удостоверение факта совершения преступления. Такие результаты "есть готовый информационный продукт" <6>, который никакому преобразованию не поддается, он либо принимается, либо не принимается в зависимости от того, законно или незаконно проведено оперативно-розыскное мероприятие, соблюден или нет предусмотренный соответствующим законом его правовой режим.

<6> Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов

оперативно-розыскной деятельности. С. 220.

Так, никакие сведения не могут быть рассмотрены в качестве доказательств, если они получены путем провокации взятки или коммерческого подкупа в целях искусственного создания доказательств совершения преступления или шантажа, то есть путем совершения преступления (ст. 304 УК). Ставшее предметом рассмотрения в ЕСПЧ дело "Ваньян против Российской Федерации" достаточно банально: обвинение не представило суду никаких доказательств того, что у милиции были основания подозревать Ваньяна в распространении наркотиков до принятия решения о проведении ОРМ и что преступление было бы совершено без вмешательства полиции. Европейский суд сделал обоснованный вывод, что полиция спровоцировала приобретение Ваньяном наркотиков и что вмешательство полиции и использование полученных вследствие этого доказательств при рассмотрении уголовного дела против заявителя непоправимо подрывали справедливость судебного разбирательства <7>.

<7> Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2006. N 7.

Другая проблема, возникающая при оценке результатов оперативно-розыскного мероприятия, обусловлена отсутствием четкой грани между оперативно-розыскными и процессуальными действиями. Возьмем, к примеру, оперативный эксперимент. Обращенное к лицу требование действующего в официальном качестве сотрудника оперативного подразделения выдать переданные ему в качестве взятки в ходе негласной части этого мероприятия денежные купюры и объяснить источник их происхождения означает, что лицо официально подозревается в совершении преступления, а его свобода ограничена. Во всяком случае, уклониться от общения с сотрудником оперативно-розыскного органа и действовать по своему усмотрению оно не может. С этого момента такое лицо вправе получить должное представление о своих правах и обязанностях, о выдвигаемом в отношении его подозрении и, следовательно, возможность эффективно защищаться. Когда выступающее в официальном качестве должностное лицо в ходе оперативно-розыскного мероприятия, осуществляемого в отношении гражданина, чьи конституционные права на свободу, личную неприкосновенность и свободу передвижения реально ограничены путем административного задержания, проводит его опрос, направленный на выявление фактов и обстоятельств, уличающих данного гражданина в совершении преступления, тем более если он делает заявление о совершенном им преступлении, с этого момента в отношении его подлежат непосредственному действию нормы Конституции РФ, обеспечивающие, в том числе, предоставление квалифицированной юридической помощи (ст. 48) и право не свидетельствовать против себя самого (ч. 1 ст. 51) <8>.

<8> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 20.12.2005 N 473-

О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Корчагина Алексея Юрьевича на нарушение его конституционных прав положениями Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности".

Объяснение (протокол опроса) этого лица в отсутствие названных процессуальных гарантий не может рассматриваться в качестве допустимого доказательства. Предметы и документы (наркотики, деньги, ценности), изъятые сотрудником оперативно-розыскного органа у этого лица из карманов одежды, из сумки или ящика письменного стола, также не могут быть использованы в качестве доказательств, поскольку ни обыск, ни личный обыск к числу оперативно-розыскных мероприятий не относятся. Добровольность выдачи лицом поличного, если ему не разъяснено его право не отвечать на вопросы, по крайней мере до явки адвоката и получения квалифицированной юридической помощи, вызывает обоснованные сомнения. Единственно допустимые в такой ситуации действия - это осмотр места происшествия и освидетельствование, производство которых дает основание для возбуждения уголовного дела и продолжения расследования.

Конституционный Суд РФ в своих определениях по жалобам на нарушения прав и свобод положениями ФЗ об ОРД неоднократно подчеркивал, что "проведение оперативно-розыскных мероприятий, сопровождающих производство предварительного расследования по уголовному делу, не может подменять процессуальные действия, предусмотренные уголовно-процессуальным законом" <9>. Как было сказано здесь присутствующим профессором В.К. Зникиным, цель ОРМ - получение информации, поэтому с достижением этой цели ОРМ заканчивается. Если выявленная в процессе ОРМ информация свидетельствует о совершении преступления (взятка принята, наркотик сбыт), следует принимать незамедлительное решение о возбуждении уголовного дела, задержании и допросе подозреваемого, производстве личного обыска или обыска помещения. На организацию процессуальных действий с соблюдением требований УПК (доставление подозреваемого к следователю или, по обстоятельствам, вызов следователя на место совершения преступления, приглашение адвоката, составление проектов необходимых постановлений) у должностного лица органа дознания есть, как известно, три часа. Вполне достаточно, чтобы приступить к собиранию доказательственной информации в порядке, установленном Уголовно-процессуальным кодексом, обеспечивающим соблюдение прав личности и допустимость формируемых на основе ОРД доказательств. Следование закону исключит все сомнения, которые вызывает повсеместная и повседневная подмена процессуальной деятельности оперативно-розыскной, снимет искусственно созданные проблемы легализации, документирования, трансформации.

<9> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 1 декабря 1999 г. N 211-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Барковского Константина Олеговича на нарушение его конституционных

прав частью четвертой статьи 127 УПК РСФСР, пунктом 1 части первой статьи 6 и пунктом 3 части первой статьи 7 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности".

Избравшие оперативно-розыскную деятельность в качестве объекта научных исследований некоторые специалисты пытаются спорить с изложенными выше решениями Конституционного Суда. Как следует из статьи присутствующего здесь В.В. Абрамочкина, если перед следователем встает вопрос о том, чей голос зафиксирован на носителях (кассетах, дисках, картах памяти), представленных ему в установленном порядке оперативным подразделением, а получить образцы голоса обвиняемого, подозреваемого невозможно, например при отказе последнего их представить, "оперативным сотрудникам остается лишь один вариант (ах, они бедные!) - проведение негласного сбора образцов для сравнительного исследования. Результаты проведенного ОРМ легализуются в установленном порядке и представляются следователю, который после вынесения постановления о назначении судебной фоноскопической экспертизы направляет их в экспертное учреждение" <10>.

<10> Абрамочкин В.В. Проблемы использования результатов ОРД в уголовном судопроизводстве в решениях Конституционного Суда РФ // СПС "КонсультантПлюс".

Таким образом, по мысли уважаемого В.В. Абрамочкина, принадлежность голоса, сообщаемого информацию об обстоятельствах, имеющих значение для изобличения подозреваемого, обвиняемого, записанного в ходе ОРМ, устанавливается путем сравнения этой записи с записью, также сделанной в ходе ОРМ. Как можно не понимать очевидного: запись, изготовленная оперативным путем, только тогда обретает доказательственное значение, когда голос может быть идентифицирован путем сравнения с записью голоса, принадлежность которого установлена достоверно? При этом автора не смущает отмеченный им самим факт, что ходатайства об исключении таким способом полученных доказательств (образцов и заключений эксперта) суды удовлетворяют.

Правовая позиция Конституционного Суда РФ, сформулированная в Определении по жалобе Барковского, впоследствии не раз была им повторена применительно к различным ситуациям, в том числе к описанной В.В. Абрамочкиным: ОРМ "не может подменять процессуальные действия, для осуществления которых уголовно-процессуальным законом, в частности статьей 202 УПК РФ, установлена специальная процедура" <11>; "статьи 186 и 202 УПК РФ не допускают возможность получения образцов для сравнительного исследования путем подмены установленного ими порядка производства следственных действий" <12>. Конституционные права гражданина, который подвергается уголовному преследованию, реально ограничены и в том случае, когда осуществляющее ОРМ должностное лицо

"проводит его опрос с целью получения образцов для сравнительного исследования".

<11> Определение от 24.01.2008 N 104-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бухрова Дмитрия Юрьевича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 21, статьями 84, 86 и 89 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и статьями 2 и 6 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" // СПС "КонсультантПлюс".

<12> Определение от 25.02.2010 N 261-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Немых Натальи Ивановны на нарушение ее конституционных прав статьей 12 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", статьями 87, 186 и 202 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс".

Казалось бы, яснее не бывает. Тем не менее В.В. Абрамочкин, не подвергая, как он пишет, критике выводы, сделанные Конституционным Судом РФ, и даже "поддерживая позицию Верховного Суда РФ о необходимости строгого соблюдения требований уголовно-процессуального закона" (!), считает, что результаты ОРМ, проводимых после возбуждения уголовного дела, сходных по своему содержанию со следственными действиями, могут использоваться в доказывании в тех случаях, когда следственным путем получить искомый результат невозможно. Забывая, что сходные по содержанию оперативно-розыскные и следственные действия различны по форме, следственные действия, в отличие от ОРМ, предусматривают реальные гарантии конституционных прав и свобод граждан, автор, к сожалению, не только находит единомышленников <13>, но и ухитряется вывернуть в свою пользу те аргументы, которыми Конституционный Суд РФ обосновывает недопустимость и незаконность практики подмены процессуальных действий оперативно-розыскными, а именно то, что в целях "обеспечения режима секретности, соблюдения требований оперативности и конспиративности" ФЗ об ОРД с учетом особенностей предмета регулирования не предполагает регламентацию участия адвоката (защитника) при проведении отдельных ОРМ. Высказанных Конституционным Судом РФ аргументов представляется более чем достаточно, чтобы раз и навсегда закрыть эту тему.

<13> Калюжный А.Н., Флоря Д.Ф. Особенности расследования преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 224.

С помощью Конституционного Суда абсолютно выяснен также вопрос о праве лица на получение квалифицированной юридической помощи при проведении такого ОРМ, как опрос. "Нормы, определяющие права и обязанности следователя и осуществляющих оперативно-розыскную

деятельность органов, в том числе регламентирующие проведение по поручению следователя опросов граждан, не подлежат применению к обвиняемому без учета положений статей 46 - 48, 68 - 71 УПК РСФСР, закрепляющих гарантии прав этого особого участника судопроизводства". Ни сами по себе, ни тем более в совокупности с указанными положениями Конституции Российской Федерации и уголовно-процессуального законодательства нормы ФЗ об ОРД не могут выступать в качестве правового основания бесед, проводимых сотрудниками оперативно-розыскного органа в условиях следственного изолятора с целью воздействия на подозреваемого, обвиняемого и получения изобличающих его показаний <14>. Закон об ОРД не позволяет проводить опросы подозреваемого, обвиняемого в отсутствие защитника и без разъяснения ему права отказаться от участия в таких действиях; предоставление этих гарантий определяется не формальным статусом подозреваемого или обвиняемого, а наличием потребности в помощи адвоката в связи с совершением в отношении лица процессуальных или оперативно-розыскных действий, направленных на изобличение его в совершении преступления <15>.

<14> См.: указанное Определение от 1 декабря 1999 г. N 211-О.

<15> См.: Постановление от 27 июня 2000 г. N 11-П "По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова".

С учетом сказанного следует применять и положения ч. 2 ст. 95 УПК РФ, допускающей в случае необходимости встречи сотрудника органа дознания, осуществляющего ОРД, с подозреваемым с письменного разрешения дознавателя, следователя или суда, в производстве которых находится уголовное дело. Содержащиеся в п. 6 ч. 4 ст. 56, ч. 5 ст. 189 УПК положения о праве свидетеля быть допрошенным в присутствии адвоката, без сомнения, должны применяться при проведении в процессе оперативно-розыскной деятельности опроса лица и в качестве предполагаемого свидетеля. Нормы, установленные ст. 51 Конституции Российской Федерации, предусматривающей, что никто не обязан свидетельствовать против самого себя, а также пунктом 3 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, согласно которому каждый обвиняемый имеет право не быть принуждаемым к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным, являются непосредственно действующими. Полученные с их нарушением доказательства признаются не имеющими юридической силы и не могут быть использованы для обоснования обвинения, при производстве дознания, предварительного расследования и разбирательстве уголовного дела в суде.

Обеспечению допустимости использования в качестве доказательств сведений, полученных в ходе ОРМ, служит также требование ст. 9 ФЗ об ОРД: оперативно-розыскное мероприятие, влекущее ограничение

конституционных прав граждан на неприкосновенность жилища, частной жизни, тайну телефонных переговоров и почтовых отправлений, может быть проведено только с разрешения судьи. Соответственно, сведения, полученные в ходе несанкционированного судом контроля почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивания телефонных переговоров, сыскного обследования жилища или наблюдения с проникновением в жилище, сбора образцов в жилище, снятия информации с технических каналов связи, влекущего вторжение в частную жизнь человека, не могут рассматриваться как допустимые доказательства. Сформулированный выше тезис о том, что уровень гарантий конституционных прав и свобод, предоставляемых при проведении оперативно-розыскных мероприятий, не может быть меньшим, чем при проведении уголовно-процессуальной деятельности, подтвержден Конституционным Судом и применительно к вопросу о праве заинтересованного лица обжаловать решение о проведении ОРМ после того, как ему об этом стало известно. "Неучастие проверяемого лица в судебном заседании при рассмотрении вопроса о разрешении проведения оперативно-розыскного мероприятия, сопряженного с ограничением конституционных прав и свобод, не освобождает суд от обязанности в полном объеме проверить наличие оснований и условий для проведения такого мероприятия. В силу части четвертой статьи 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" принимаемое судом решение должно быть мотивированным, содержащим ссылки на конкретные обстоятельства, подтверждающие как наличие признаков подготавливаемого, совершаемого или совершенного тяжкого или особо тяжкого преступления либо события или действия (бездействия), создающего угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации, так и причастность лица, в отношении которого планируется проведение оперативно-розыскного мероприятия, к данному преступлению или событию. При принятии такого решения подлежат учету и оценке также иные обстоятельства, обуславливающие необходимость производства того или иного мероприятия.

В случае если лицо, в отношении которого проводятся оперативно-розыскные мероприятия и которому стало известно об этом, полагает, что принятым судом решением и проводимыми на его основе мероприятиями ущемляются его права и законные интересы, оно, как следует из части третьей статьи 5 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", может обратиться в суд за их защитой... Не исключают положения статьи 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" и право участников уголовного судопроизводства оспорить допустимость использования данных, полученных в результате оперативно-розыскной деятельности, в качестве доказательств при производстве предварительного расследования и судебного разбирательства по уголовному делу" <16>.

<16> Определение Конституционного Суда РФ от 08.02.2007 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".

Таким образом, представляется очевидным, что оперативно-розыскная деятельность - важная составная часть системы уголовного преследования и к ней предъявляются те же требования, что ко всей системе. Только при соблюдении этих требований результаты оперативно-розыскной деятельности способны служить стоящим перед уголовным процессом целям и задачам.

В.Ф. ЛУГОВИК

ПРОБЛЕМЫ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Луговик В.Ф., заместитель начальника НИИ ФСИН России, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации.

Конституционализм как правовое явление наиболее активно исследуется отечественной юридической наукой лишь в последние два десятилетия. Безусловным катализатором научного внимания к проблеме конституционализации оперативно-розыскной деятельности стали принятие на всенародном референдуме Конституции Российской Федерации и, как следствие, необходимость осмысления ее положений и реализация основных конституционных идей в оперативно-розыском законодательстве. В качестве производных факторов, стимулирующих научный поиск, следует, по нашему мнению, назвать развитие конституционного судопроизводства и включение нашей страны в мировой правовой процесс <1>.

<1> Достаточно сказать, что вопросы применения оперативно-розыскных норм и осуществления оперативно-розыскных мероприятий неоднократно были предметом обсуждения на заседаниях Европейского суда по правам человека. См.: Дело "Ваньян (Vanuyan) против Российской Федерации" // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2006. N 7; Дело "Быков (Bykov) против Российской Федерации" // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2009. N 6; решение ЕСПЧ от 10.07.2007 "По вопросу приемлемости жалобы N 6293/04 "Михаил Мирилашвили (Mikhail Mirilashvili) против Российской Федерации" // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2008. N 2; и др.

Предваряя изложение авторских суждений, важно определиться с исходными правовыми и научными понятиями. Такая оговорка необходима еще и потому, что проблемы конституционализации интересуют оперативно-

розыскную науку в прикладном плане, означающем прежде всего конкретность и определенность правовых конституционных установлений для оперативно-розыскной деятельности. Итак, обратимся к базовым понятиям, раскрывающим содержание конституционализма.

В научной литературе проблема конституционализма рассматривается, как правило, в контексте организации власти (государственной, муниципальной и др.). По мнению венгерского ученого А. Шайо, "конституционализм - это ограничение государственной власти в интересах общественного спокойствия. Он стремится охладить текущие страсти, не угрожая эффективности управления" <2>. Аналогичной позиции придерживается В.Г. Баев, рассматривающий конституционализм как теорию и практику организации государственной и общественной жизни в соответствии с конституцией <3>.

<2> Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / Пер. с венг. М.: Юристъ, 2001. С. 20.

<3> См.: Баев В.Г. Конституционализм как понятие // Юридический мир. 2007. N 10. С. 19.

На социально-политический акцент конституционализма обращает внимание и М.В. Самигуллин, связывающий с конституционализмом все, что направлено на оптимальное устройство и функционирование публичной власти "в целях безопасности и благополучия самодостаточного общества, развивающегося на основе органического сочетания частного (индивидуального) и публичного (общественного) начал" <4>. И здесь нужно согласиться, что конституционализм определяет границы активности государства и его органов, возможности его воздействия на общественные отношения <5>. Такое суждение представляется важным при определении пределов оперативно-розыскного ограничения прав и свобод человека и гражданина. Существенным аспектом конституционализма оперативно-розыскной деятельности выступают верховенство Конституции в правовой системе, ее прямое действие, конституционное признание прав и свобод личности, правовой характер взаимоотношений гражданина и государства <6>.

<4> Самигуллин М.В. К вопросу о понятии конституционализма // Право и политика. 2007. N 11. С. 23.

<5> См.: Мамитова Н.В. Теория российского конституционализма: история и современность. М.: Изд-во Российского государственного торгово-экономического университета, 2005. С. 23.

<6> Кокотов А.Н. Предназначение конституционализма // Российская юридическая доктрина в XXI веке: проблемы и пути решения: Научно-практическая конференция (3 - 4 октября 2002 г.) / Под ред. А.И. Демидова. Саратов, 2001. С. 54; Кабышев В.Т., Пряхина Т.М. Теоретические проблемы российского конституционализма // Вестник Саратовской государственной

Конкретизировать идеи конституционализма применительно к оперативно-розыскной деятельности позволяет структурно-функциональный подход. С этих позиций в науке конституционного права конституционализм рассматривается как: 1) конституционная идеология (система идей и концепций); 2) процесс (политический процесс вокруг конституционных вопросов); 3) цель (установление определенного конституционного строя как определенного механизма власти); 4) политико-юридическая реальность (существование конкретного конституционного строя); 5) юридический результат (реализация конкретных норм и принципов); 6) средство (разрешение политических кризисов, установление форм диалога между народом и властью) <7>. Несколько иной взгляд демонстрирует Л. Фридмэн, включающий в число элементов конституционализма действующий верховный закон; отношение общества к этому закону; демократические образы поведения и институты, существующие благодаря конституции; судебное толкование конституции; совокупность гражданских прав, свобод и гарантии прав меньшинства от подавляющего большинства <8>. Имеются и иные подходы к структуризации конституционализма <9>.

<7> См.: Боброва Р.А. Конституционный строй и конституционализм в России: Монография. М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2003. С. 24 - 25.

<8> См.: Фридмэн Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 150 - 152.

<9> См.: Кравец И.А. Формирование российского конституционализма (проблемы теории и практики): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 15 - 16.

По нашему мнению, конституционализация оперативно-розыскной деятельности с формально-юридической стороны имеет два аспекта, на которые, применительно к социально-экономическому развитию российской государственности, обратил внимание Н.С. Бондарь. Это статическая и динамическая стороны <10>. Что касается предмета обсуждения, то под статикой следует понимать заданные конституцией нормы, принципы, которые должны пронизывать оперативно-розыскное законодательство, а под динамикой - развитие и функционирование одноименной отрасли права. Эти аспекты взаимосвязаны. При анализе статической составляющей речь должна идти не столько о Конституции Российской Федерации как законе, обладающем высшей юридической силой, сколько о соответствии ей законов и подзаконных актов, регламентируемых и смежные с ним виды правоохранительной деятельности. Важно, чтобы в них находили отражение как механизм (процедура) реализации конституционных норм, так и дух, основополагающие начала, принципы Конституции. Представляется, что при ином подходе невозможно достичь системности и гармонии правового регулирования оперативно-розыскной деятельности.

<10> См.: Бондарь Н.С. Конституционализация социально-экономического развития российской государственности (в контексте решений Конституционного Суда Российской Федерации). М.: Викор-Медиа, 2006. С. 8.

В последние годы мы наблюдаем процесс конституционализации этой деятельности посредством формирования самостоятельной отрасли права - оперативно-розыскного права. Изменения, происходящие в этой сфере, во многом связаны с изменением структуры и роли источников оперативно-розыскного права. Признание конституционных принципов как источников правового регулирования стимулировало внедрение в оперативно-розыскное законодательство, по существу, новых для него правовых ценностей. И важнейшая роль в этом процессе принадлежит Конституционному Суду Российской Федерации. Не случайно Н.В. Витрук, говоря о конституционализме как практике реализации конституции и конституционного права, включает в нее деятельность Конституционного Суда <11>. Действительно, правовые позиции Конституционного Суда РФ по своей природе направлены, во-первых, на конкретизацию правового содержания, сконцентрированного в конституционных нормах и институтах, а во-вторых, на установление конституционно-правового смысла законодательства и на раскрытие воплощенных в соответствующих нормативных положениях конституционных ценностей и целей развития российского государства; к тому же они выступают в качестве императивных требований реализации конституционной программы модернизации социальной действительности <12>. Следует заметить, что Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности" отменил ранее действовавший Закон от 13 марта 1992 года N 2506-1 "Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации" именно по причине его несоответствия Конституции Российской Федерации.

<11> См.: Витрук Н.В. Развитие конституционализма в Российской Федерации (в контексте правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации) // Проблемы развития и совершенствования российского законодательства: Сборник статей. Томск, 1999. Ч. I. С. 17.

<12> См.: Бондарь Н.С. Конституционное правосудие как фактор модернизации российской государственности // Журнал российского права. 2005. N 11.

Анализ последующих изменений Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" <13> показывает существенное влияние решений Конституционного Суда Российской Федерации на законотворчество. Так, 5 января 1999 года статья 5 данного Закона дополнена новой частью следующего содержания: "Органы (должностные лица), осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, при проведении оперативно-розыскных

мероприятий должны обеспечивать соблюдение прав человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции". Представляется, что в данной норме реализована правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации о необходимости защиты сферы частной жизни <14>. 24 июля 2007 года изменена редакция части восьмой статьи 5 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" путем введения запрета органам и должностным лицам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, подстрекать, склонять, побуждать лиц в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий, а также фальсифицировать результаты оперативно-розыскной деятельности. Полагаем, что в этом случае наблюдается имплементация в национальное оперативно-розыскное законодательство принципов и норм международного права, которые согласно части 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы <15>. В этом проявляется важный элемент конституционализации, заключающийся в возложении на государство обязанности соблюдения международно признанных естественных, неотчуждаемых прав, принадлежащих каждому человеку от рождения <16>. Нужно заметить, что Конституционный Суд Российской Федерации конституционализировал и ряд категорий оперативно-розыскной деятельности, не имевших формально-юридического закрепления. К таковым можно отнести наименования оперативно-розыскных мероприятий, термины ("конспирация", "негласность" и др.), пределы осуществления оперативно-розыскной деятельности и др.

<13> С 1997 года в Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности" 17 раз вносились изменения.

<14> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 14.07.1998 N 86-О "По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" по жалобе гражданки И.Г. Черновой"; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 06.03.2001 N 58-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Потапова Александра Владимировича на нарушение его конституционных прав отдельными положениями Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности"; Определение Конституционного Суда РФ от 09.06.2005 N 327-О "По жалобе гражданина Чукова Анзаура Николаевича на нарушение его конституционных прав положениями пунктов 1 и 3 части первой статьи 6 и подпункта 1 пункта 2 части первой статьи 7 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности"; и др.

<15> Видимо, поводом для внесения таких изменений в законодательство наряду с другими обстоятельствами послужили и решения Европейского суда по правам человека. См.: Дело "Ваньян (Vanuyan) против Российской Федерации" (жалоба N 53203/99) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2006. N 7.

<16> См.: Эбзеев Б.С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности. М.: Норма, 2007. С. 113.

И все-таки, применительно к оперативно-розыскной деятельности, процесс конституционализации не может сводиться только к нормативно-правовой сфере, заключающейся в соблюдении конституционной процедуры принятия Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" и согласованности его норм с Конституцией Российской Федерации. Такой подход представляется усеченным и не согласующимся с современной доктриной конституционализма. В числе элементов конституционализма в современном понимании наряду с ранее перечисленными называют наличие конституционного контроля; неизменность конституционных норм; признание общечеловеческих ценностей и др. <17>. Полагаем, этот ряд можно дополнить по крайней мере еще двумя взаимосвязанными элементами: конституционным правосознанием и правоприменением.

<17> Хабриева Т.Я. Теория современного основного закона и российская Конституция // Журнал российского права. 2008. N 12. С. 17.

Безусловно, косвенное присутствие этих элементов просматривается практически во всех концепциях конституционализма. Однако, по нашему мнению, применительно к оперативно-розыскной деятельности их важно выделить из классификационного ряда, подчеркнув некоторую автономность и особую значимость. Чем это обусловлено? Дело в том, что ущербное правосознание и неправильное правоприменение могут нейтрализовать любые другие элементы конституционализма.

Общепризнано, что правосознание в целом является сложным образованием, на которое воздействует не один социальный фактор <18>. Феномен же конституционного правосознания выступает производным явлением и, по мнению И.А. Кравца, представляет особый вид правового сознания, в котором отражаются представления и чувства отдельной личности, социальной группы, общества в целом о Конституции, ее роли в правовом регулировании и правах человека <19>. Аксиоматичное положение о трех составляющих правосознания - правовой идеологии, правовой психологии и поведенческих элементах (привычки, установки и др.) - находит свое проявление и в конституционном правосознании. Как справедливо замечает О.Е. Кутафин, конституционализм можно рассматривать как систему представлений об общедемократических, общецивилизационных политико-правовых ценностях государственно-организованного общества <20>. Это настолько функционально слитное образование, что от степени и методов реализации одной из частей зависят состояние остальных и судьба конституционализма как такового <21>. Взаимосвязь конституционного правосознания и правоприменения заключается и в том, что "конституционное правосознание, являющееся опосредующим звеном между конституционно-правовой нормой и ее

реализацией на практике, выполняет в рамках регулятивного воздействия на поведение (деятельность) людей важную реализаторскую функцию" <22>.

<18> См.: Основы государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан (утв. Президентом Российской Федерации) // Российская газета. 14.07.2011.

<19> См.: Кравец И.А. Формирование российского конституционализма (проблемы теории и практики). Москва; Новосибирск: ООО "Издательство ЮКЭА", 2002. С. 328.

<20> Кутафин О.Е. Российский конституционализм. М.: НОРМА, 2008.

<21> Степанов И.М. Уроки и парадоксы российского конституционализма. М., 1996. С. 4.

<22> Баринов Э.Э. Конституционное правосознание в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2001. С. 17.

Как свидетельствует оперативно-розыскная практика, в настоящее время основной проблемой выступает именно дефектность конституционного правосознания <23> правоприменителя. Во многом это относится к сотрудникам и руководителям оперативных подразделений органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. А.Е. Чечетин, проанализировавший практику Конституционного Суда Российской Федерации, констатирует, что "причиной обращений о признании не соответствующими Конституции Российской Федерации отдельных положений оперативно-розыскного законодательства чаще всего является не плохая конструкция правовых норм, а "неправильное и произвольное их применение сотрудниками оперативно-розыскных служб, игнорирование закрепленного в Федеральном законе "Об оперативно-розыскной деятельности" конституционного принципа уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина" <24>. Здесь мы сталкиваемся с явлением, описанным известным русским философом И.А. Ильиным, когда уродливое правосознание "извращает свое содержание; оно обращается к идее права, но берет от нее лишь схему; пользуется им по-своему, злоупотребляет им и наполняет его недостойным, извращенным содержанием" <25>.

<23> Термин "дефектность правосознания" мы встретили у А.И. Долговой. По ее мнению, "дефектность правосознания заключается в несформированности (пробельности) или искаженности основных его структурных элементов - правовых взглядов, убеждений и установок, когда какие-либо из этих элементов в структуре правосознания отсутствуют (сформированы недостаточно) или сформированы достаточно, но неправильно, т.е. страдает их содержательная сторона: правовые взгляды, представления и убеждения противоречат действующему законодательству". См.: Долгова А.И. Правовое воспитание молодежи. М., 1979. С. 46 - 47.

<24> Чечетин А.Е. О проблеме обеспечения прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий // Актуальные проблемы

соблюдения прав личности в правоохранительной деятельности органов внутренних дел: Сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции (30 июня - 1 июля 2011 г.). Хабаровск: Дальневосточный юридический институт МВД России, 2011. С. 124.

<25> Ильин И.А. О сущности правосознания. М.: Рарогъ, 1993. С. 20.

Вместе с тем можно утверждать, что на современном этапе конституционализация оперативно-розыскной деятельности лежит в плоскости совершенствования конституционного правосознания как правоприменителя, так и иных участников оперативно-розыскного процесса. В обществе достаточно сильно негативное отношение к оперативно-розыскной работе: зачастую обыватель оценивает ее как стукачество, сексотство, предательство, подглядывание в замочную скважину, отмечаются вынужденность оперативно-розыскной деятельности, ее вспомогательный характер и т.п. Такие взгляды присутствуют и в суждениях юристов (ученых и практических работников). Так, бывший судья Конституционного Суда Российской Федерации А.Л. Кононов считает, что оперативно-розыскная деятельность "является вспомогательной, подчиненной задачам пресечения преступности и рассмотрения уголовных дел" <26>. С этим нельзя не согласиться, но при таком подходе и уголовно-процессуальная деятельность носит вспомогательный характер и подчинена целям расследования преступлений. Парадоксальность таких суждений очевидна, но их наличие демонстрирует профессиональное правосознание и свидетельствует о разном отношении юридического сообщества к оперативно-розыскной деятельности и иным видам правоприменения.

<26> Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации А.Л. Кононова "По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" по жалобе гражданки И.Г. Черновой" // Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. N 34. Ст. 4368.

В профессиональном правосознании существует множество предубеждений и стереотипов. До сих пор аргументация социальной обусловленности оперативно-розыскной деятельности носит оправдательный характер: достаточно часто авторы акцентируют внимание на вынужденности государства осуществлять сыск посредством проведения негласных мероприятий. При этом упор делается на исключительность <27> оперативно-розыскной деятельности, ее выпадение из общего ряда правовых средств борьбы с преступностью. Особенно рельефно это проявляется при рассмотрении такой ее формы, как оперативная разработка. В.Г. Бобров отмечает, что она "носит ограниченный характер и ее осуществление допустимо только при наличии достаточных данных, свидетельствующих, с одной стороны, о противоправной деятельности таких лиц, с другой - о **невозможности пресечения или раскрытия совершаемых,**

(совершенных) ими деяний без проведения комплекса оперативно-розыскных мероприятий" (выделено мной. - В.Л.) <28>. Более категоричен К.К. Горяинов, отмечающий, что оперативно-розыскная деятельность проводится в исключительных случаях и применение оперативно-розыскных средств следует рассматривать как крайнюю необходимость <29>. С высказанным суждением можно согласиться лишь в той части, что оперативно-розыскная деятельность осуществляется при наличии достаточных оснований, которые определены пунктами 1 - 6 части 1 статьи 7 и частью 2 статьи 10 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности". Что же касается дополнительного условия - невозможности пресечения или раскрытия совершаемых деяний без проведения оперативно-розыскных мероприятий, то оно ни в одном законе не упоминается, а в перечне аргументов специфичности оперативно-розыскной деятельности, по нашему мнению, является излишним.

<27> Исключительность в данном контексте понимается как непохожесть на других, исключение из общих правил и норм. См.: Толковый словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. проф. Д. Ушакова. М., 1996. Т. 1. С. 1227.

<28> Бобров В.Г. Оперативная разработка: проблемные вопросы теории и практики // Теоретические и практические проблемы оперативно-розыскной деятельности. Калининград, 1999. С. 17.

<29> См.: Оперативно-розыскная деятельность: Учебник / Под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, А.Ю. Шумилова. М., 2001. С. 76.

Действительно, если проводить аналогию с уголовно-процессуальным расследованием, то вряд ли кто решится утверждать, что уголовное дело возбуждается только тогда, когда иными путями изобличить виновного в преступлении невозможно. Такие суждения можно было бы оставить без внимания, если бы они не оказывали влияния на правоприменительную практику в сфере оперативно-розыскной деятельности. Дело в том, что, изучая оперативно-служебные документы, автор неоднократно сталкивался с протестами и представлениями прокуроров по фактам якобы незаконного заведения дел оперативного учета, так как преступления, по их мнению, можно было бы раскрыть следственным путем.

Объяснение причин подобного отношения следует, по всей вероятности, искать в деформации профессионального правосознания и приверженности мифу исключительности оперативно-розыскной деятельности.

Б.Т. Безлепкин, отмечая, что законодательство об оперативно-розыскной деятельности положило начало теоретическому осмыслению оперативно-розыскной деятельности в открытом, гласном режиме, сетует, что "как-то сразу, априори, монопольное положение заняла идея, будто оперативно-розыскная деятельность является правовой (выделено мной. - В.Л.). На ее основе родилась теория, согласно которой совокупность законоположений, посвященных этой деятельности, образует самостоятельную отрасль

оперативно-розыскного права, нормы которой регулируют оперативно-розыскной процесс (по аналогии с уголовным процессом)" <30>. Ссылаясь на мнение М.С. Строговича, который якобы доказал, что оперативно-розыскные действия не создают правоотношений, Б.Т. Безлепкин делает вывод, что оперативно-розыскные решения и мероприятия, будучи по природе своей разведывательными, ни регулятивных, ни охранительных правоотношений не порождают <31>. По нашему мнению, тезис о неправовом характере оперативно-розыскной деятельности, которую регулирует одноименный Федеральный закон, не может не вызвать недоумения.

<30> Безлепкин Б.Т. Настольная книга следователя и дознавателя. М.: Велби; Проспект, 2008.

<31> Там же.

Б.Т. Безлепкин приводит поразительный аргумент в пользу воззрения о неправовом характере оперативно-розыскной деятельности и отсутствии одноименной отрасли права. По его мнению, "нигде в мире, в том числе в России, в гражданских юридических вузах и на факультетах эта дисциплина не преподается, что само по себе парадоксально. Получается, что существует целая отрасль права, о которой **юристы с университетским образованием** (выделено мной. - **В.Л.**) ничего не знают" <32>. Иными словами, если учебная дисциплина "оперативно-розыскная деятельность" в университете, известном Б.Т. Безлепкину, не преподается, то ее и не существует. Акцент на "**юристах с университетским образованием**" призван, видимо, подчеркнуть ущербность выпускников тех вузов, где такая дисциплина преподается. Логика суждений по крайней мере странная, тем более что во многих "гражданских вузах" (терминология профессора Б.Т. Безлепкина. - **Прим. В.Л.**) курс оперативно-розыскной деятельности читается в объеме от 50 до 80 часов. Может быть, проблема лежит в плоскости правосознания некоторых ученых и научных коллективов, которые, монополизировав кафедры и имея неприязнь к оперативно-розыскной деятельности, не дают возможность студентам изучать Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности"?

<32> Там же.

Изложенное позволяет сделать вывод, что конституционализация оперативно-розыскной деятельности протекает сложно как в формально-юридическом отношении, так и в части изменения правосознания. Профессиональное и обыденное правосознание часто смыкается в неприятии и негативной оценке оперативно-розыскной деятельности. Это существенным образом затрудняет процессы нормотворчества и правоприменения.

А.Г. МАРКУШИН

ПРАВОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ДОКАЗЫВАНИИ

Маркушин Анатолий Григорьевич, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, профессор Нижегородской академии МВД России.

В связи с рассматриваемой проблемой уместно привести изречение Аристотеля, смысл которого сводится к тому, что самое ценное из знаний и преобладающее над служебным есть то, в котором содержится понимание цели, ради которой все в отдельности должно делаться.

Объективная необходимость оперативно-розыскной деятельности (далее - ОРД) изначально предопределена самим существованием преступности, что с неизбежностью подтверждается многовековым историческим и современным опытом развития правоохранительной системы. Ее роль и социальная значимость обуславливаются широкими потенциальными возможностями использования результатов в решении задач уголовного судопроизводства.

Следовательно, если наблюдается рост тяжких и особо тяжких преступлений с одновременным снижением уровня раскрываемости, то это свидетельствует как о серьезных упущениях в ОРД по обнаружению неочевидных преступлений и лиц, их совершивших, так и о неумелом использовании добытых оперативным путем результатов в уголовном процессе.

Совершенно очевидно, что оперативно-розыскные и уголовно-процессуальные органы, имея единую цель назначения - защиту жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств, с объективной необходимостью должны интегрировать свои усилия в оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности.

Однако до сих пор ни в теории, ни в правовом регулировании, а следовательно, ни на практике нет ясного понимания оптимального и законного объединения потенциальных возможностей двух взаимосвязанных, по существу, общих функций, но фактически работающих автономно.

Сложилась, мягко говоря, любопытная ситуация, при которой два уполномоченных государственных органа параллельно осуществляют целенаправленную деятельность в различных правовых режимах.

И здесь совершенно очевидны дублирование и параллелизм оперативно-розыскных и процессуальных действий, нерациональность и неэкономичность затрат сил и средств, не говоря уже о немислимо больших сроках оперативно-розыскного и уголовно-процессуального производства по одному и тому же преступлению.

При этом следует иметь в виду, что по ряду преступлений результаты

ОРД являются фактически первыми, а нередко и единственными, в которых запечатлены подготовка, механизм совершения преступления и иные связанные с ним обстоятельства, которые и требуют своего установления по уголовному делу (ст. 73 УПК РФ).

Справедливости ради надо сказать, что законодатель принял специальную норму - статью 89 УПК с, казалось бы, обнадеживающим названием "Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности", но весьма непонятную по содержанию: "В процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам настоящим Кодексом". Эта норма до сих пор не отменяется, думаю, лишь потому, что никакой правовой нагрузки не несет, никакой регулирующей правовой функции не выполняет. Она, можно сказать, в правовом смысле совершенно некомпетентна и попросту не нужна никому, кроме, пожалуй, отдельных комментаторов, которые интерпретируют ее каждый на свой лад. Ясных правовых предписаний о судьбе результатов ОРД как не было, так и нет.

Существует довольно устойчивое мнение о том, что оперативно-розыскные сведения, полученные вне рамок процессуальных условий и гарантий, не обладают достоверностью, которая обеспечивает доказательствам уголовно-процессуальный порядок их получения (Е.А. Доля, В.И. Зажицкий, А.А. Чувилев, С.А. Шейфер и др.).

Казалось бы, трудно с этим не согласиться. Однако не все так однозначно в подобных утверждениях. Обратимся к части 2 статьи 50 Конституции РФ, где сказано: "При осуществлении правосудия не допускается **использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона**" (выделено мной. - А.М.). Это означает, что в качестве доказательств в уголовном судопроизводстве могут быть использованы сведения, полученные в соответствии с Федеральным законом об ОРД. Разумеется, они могли бы использоваться лишь при соблюдении обязательных правовых условий, исключающих нарушения данного Закона, а именно получены компетентными субъектами (ст. 13 Закона об ОРД), с применением правовых средств проведения оперативно-розыскных мероприятий (ст. 6 Закона об ОРД) и при соблюдении законных оснований и условий (ст. ст. 7 - 8 Закона об ОРД), при выполнении в последующем процессуальных правил вхождения результатов ОРД в уголовный процесс. Особо отметим, что в федеральном уголовно-процессуальном законе как раз и не оговорены нормативно-правовые процедуры вхождения результатов ОРД, что следовало сделать давно.

Разумеется, не могут быть допустимыми в качестве доказательств сведения, полученные в ходе проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан без разрешения суда, а также в силу тех или иных причин, не поддающихся проверке и оценке процессуальным путем.

В этом отношении особого внимания заслуживает вывод Пленума Верховного Суда РФ, который в пункте 14 своего Постановления от 31

октября 1995 года N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия" обратил внимание на то, "что результаты оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционного права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, телеграфных и иных сообщений, а также с проникновением в жилище против воли проживающих в нем лиц (кроме случаев, установленных федеральным законом), **могут быть использованы в качестве доказательств** (выделено мной. - А.М.) по делам, лишь когда они получены по разрешению суда на проведение таких мероприятий и проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством" (БВС РФ. 1996. N 1).

Что же касается отсутствия ясной во всем оперативно-розыскной процедуры получения результатов, подобно уголовно-процессуальной, то это специфическая проблема. Если вдруг возникает четкая и понятная всем процедура, то исчезнет ОРД с ее агентурной и разведывательно-поисковой сущностью. Хотя совершенно очевидно, что законодательство ОРД в этой части нуждается в существенном совершенствовании.

Прозрачность же проведения оперативно-розыскных мероприятий, как предлагают некоторые, - не самый оптимальный, на мой взгляд, путь решения вопроса о гарантиях, допустимости и достоверности оперативных сведений. Поддерживаю мнения ученых (А.А. Давлетов, И.А. Дидоренко) о том, что "процессуальные гарантии допустимости и достоверности" не всегда связаны с пониманием сущности процессуальности, а лишь обозначают формальную принадлежность к ней.

Попытаемся на этот вопрос взглянуть с позиции представления доказательств некоторыми участниками уголовного процесса. Уголовно-процессуальный закон наделил участника процесса - защитника - правом **собирать доказательства** путем получения предметов, документов, иных сведений, опроса лиц с их согласия, истребования справок, характеристик, иных документов. Заметим, что перечисленные действия - это почти точные ОРМ, указанные в пунктах 1 - 3 статьи 6 Закона об ОРД. Порядок собирания таких сведений процессуально не определен, но во всех случаях сведения должны отвечать требованиям их процессуальной проверки и оценки (ч. 3 ст. 86 УПК РФ). Таким образом, будь орган, осуществляющий ОРД, и его должностное лицо собирателями по закону доказательств, проблема во многом была бы разрешена.

Строго говоря, вне уголовно-процессуальных отношений, то есть наследственным путем, получают сведения и от других участников уголовного процесса, когда они реализуют свои права по собиранию и представлению письменных документов и предметов для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств. Таким правом обладают подозреваемые, обвиняемые, а также потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители (ч. 2 ст. 86 УПК РФ). Отсутствие процедуры в данной ситуации никого не смущает.

А все дело в том, что органы, осуществляющие ОРД, не являются

участниками уголовного процесса, то есть не имеют формально-юридической принадлежности к нему, даже будучи обозначенными органами дознания. Отсюда и все сложности представления результатов ОРД и их принятия.

Представление результатов ОРД, по сути, принципиально ничем не отличается от представления информации указанными участниками процесса.

Очевидно, что государственный орган, наделенный законными полномочиями осуществлять оперативно-розыскные мероприятия по решению указанных в Федеральном законе задач борьбы с преступностью, несомненно, имеет право **собирать и представлять сведения**, имеющие "равное доказательственное значение" <1> (3, 96) со сведениями, представляемыми иными участниками судопроизводства. Для этого орган и его должностные лица должны иметь соответствующий правовой статус. В уголовном процессе должна быть норма, определяющая основные функции органов и должностных лиц, осуществляющих ОРД, которые будут связаны с движением дела и служить обеспечению нормального хода уголовного судопроизводства, но об этом чуть ниже.

<1> Давлетов А.А. Уголовный процесс и ОРД: проблемы конкуренции способов собирания доказательств // Российский юридический журнал. 1995. N 1. С. 96.

Указанные и иные сложности, создающие тупиковую правовую ситуацию, побуждают ученых искать варианты, определяющие порядок обращения с результатами ОРД и их включения в уголовный процесс.

Достаточно широкое распространение получила позиция по созданию собственного, так называемого оперативно-розыскного процесса, сущность и структура которого чем-то схожи с уголовным процессом.

Один из основоположников этой идеи профессор А.Ю. Шумилов определяет перспективу ее развития следующим образом: "Уголовно-розыскное право (так он называет оперативно-розыскную правовую отрасль знаний. - А.М.) во многом заимствует в уголовно-процессуальном праве процедурную форму для создания новой формы, причем процесс использования достижений родственной отрасли права только начат и на этом пути предстоит еще много неизведанного" <2> (7, 94). Вообще-то процесс такой существует с момента зарождения оперативно-розыскной деятельности. Иное дело, что в разные исторические периоды его сущность претерпевала серьезные изменения. И сегодня, полагаю, не разрешен вопрос в российском процессуальном праве о месте и роли ОРД в единой системе раскрытия и расследования преступлений, розыске преступников. Наверное, можно спроецировать положения уголовного процесса на ОРД, однако многолетние научные изыскания ученых теории ОРД и процессуалистов, мнения оперативных работников и их руководителей, с которыми автор постоянно общается по месту их работы и при обучении, позволяют прийти к

следующим выводам:

<2> Шумилов А.Ю. "Рождение" уголовно-розыскного процесса: закономерность или "голос" абстрагирования? // Начала уголовно-розыскного права. М., 1998. С. 94.

- во-первых, аргументация сторонников этой идеи не дает ясного ответа на вопрос о значении параллельно создаваемого процесса, по сути, для решения одной и той же задачи раскрытия и расследования преступлений;

- во-вторых, как уже отмечалось, ОРД в основе своей имеет разведывательно-поисковую сущность, реализуемую как индивидуальное или групповое творчество, искусство проведения оперативно-розыскных мероприятий, которое трудно уложить в строго регламентированную процедуру, подобную уголовному процессу <3> (1, 11 - 17);

<3> Бобров В.Г. Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности": вопросы, требующие разрешения // Проблемы формирования уголовно-розыскного права: Сборник научных работ. М., 1998. Вып. 1. С. 11 - 17; Зажицкий В.И. Связь оперативно-розыскной деятельности и уголовного процесса // Государство и право. 1995. № 6. С. 158; Лукашов В.А. Проблемы оперативно-розыскной деятельности. М., 2000; Карпец И.И. Сыск. Записки начальника уголовного розыска. М., 1994; Маркушин А.Г. Оперативно-розыскная деятельность в раскрытии и расследовании преступлений. Н. Новгород, 2010; и др.

- в-третьих, оперативно-розыскные мероприятия, установленные специальным законом, не могут быть четко и во всем объеме урегулированы в законодательстве еще и потому, что пропадет их оперативная сущность, и прежде всего таких признаков, как наступательность, конспиративность, внезапность для преступников (есть опасность создать пособие для преступников, а если закон будет усеченный, то не будет нужен оперативным работникам);

- в-четвертых, а это не менее важно, ведомственно-нормативный порядок (процесс) регулирования ОРД вполне справляется с этой проблемой, он мобилен, и в определенных частях его легко можно изменить, дополнить, исключить. Сам процесс получения оперативно-розыскной информации (документирование), ее количественные и качественные характеристики вполне конкурентоспособны с процессуальной информацией, и в связи с этим более актуально стоит вопрос о ее своевременной реализации, об устранении дублирования в ее собирании различными процессами;

- и, наконец, в-пятых, следовало бы иметь в виду и опыт зарубежных стран, где велика роль специальной, по-нашему говоря, оперативно-розыскной деятельности, которая практически не обременена особыми процедурами и ведением сложного оперативного производства, за исключением тех мероприятий, которые ограничивают права граждан. К

тому же результаты используются в качестве судебных доказательств.

В этой связи интересна позиция и профессора М.П. Полякова о том, что "вся технологическая цепочка по изготовлению результатов ОРД, пригодных для использования в уголовном процессе, должна находиться в рамках ОРД... оперативно-розыскная информация должна поступать в уголовный процесс в виде готового информационного продукта, требующего лишь добротной интерпретации" <4> (6, 18). Кроме того, думается, что не меньшее внимание должно быть уделено не только технологической стороне принятия и ввода в уголовный процесс оперативно-розыскной информации, но и вопросу предоставления самой возможности решения о принятии (или непринятии) такой информации субъектом расследования, который в этом случае мог бы оценивать предоставленную ему информацию. Оперативные аппараты предполагают об имеющемся доказательственном значении своих результатов, а следователи должны иметь четко прописанную процессуальную возможность их отбора и принятия соответствующего процессуального решения.

<4> Поляков М.П. Концепция уголовно-процессуальной интерпретации результатов оперативно-розыскной деятельности как инструмент обеспечения экономической безопасности России // Оперативник (сыщик). Новый журнал для профессионалов. 2004. N 1. С. 18.

Определяющую роль должна играть не процессуальная форма получения доказательств, а оценка и проверка (при необходимости) уже собранных и представленных оперативных сведений. По этому поводу украинские ученые М.А. Дидоренко, Э.А. Кириченко, С.А. Розовский пишут: "При всей специфике ОРД, закрытости, трудности контроля и т.д. закон должен регламентировать не перечень способов и средств получения доказательств, а условия и пределы, допускающие их оценку, проверку и непротиворечивость конституционным принципам" <5> (4, 50 - 51).

<5> Дидоренко И.А. Процессуальный статус ОРД в уголовном судопроизводстве / И.А. Дидоренко, Э.А. Кириченко, С.А. Розовский. Луганск, 2000. С. 50 - 51.

При таком подходе важнейшее значение приобретают прежде всего оценка и проверка законности, возможности и целесообразности использования оперативно-розыскных результатов субъектом расследования. Важнейшим критерием допустимости такой информации будет оценка ее относимости и достоверности субъектом доказывания.

Конечно, потенциальная опасность нарушения законности в ОРД всегда была и существует, и факторов, ее обуславливающих, немало. Назовем один из них, существенный, на наш взгляд, - это отсутствие законодательного определения оперативно-розыскных мероприятий. Отдельные из них, перечисленные в статье 6 Закона об ОРД, не нуждаются в разъяснении, они

доступны для понимания: опрос, наведение справок, сбор образцов для сравнительного исследования; а вот другие, как показывают наши исследования, и теоретиками, и практиками толкуются неоднозначно. Это следующие: контролируемая поставка, проверочная закупка, оперативный эксперимент и прочие, которые сложны по их юридической конструкции и даже могут при определенных обстоятельствах иметь элементы провокации (например, оперативный эксперимент). В силу этого они нуждаются, на наш взгляд, в законодательном определении.

Сложность разрешения анализируемой правовой проблемы во многом обусловлена также неоднозначностью уголовно-процессуального понятия органа дознания.

Заметим, исторически сложилось так, что органы дознания первоначально выполняли свою основную оперативно-розыскную функцию. Дознание по Уставу уголовного судопроизводства (1864 г.) являлось формой досудебного исследования преступления, осуществляемого чинами полиции методами уголовно-розыскного характера. В Инструкции чинам сыскных отделений ставилась задача осуществлять "...производство дознаний в видах предупреждения и преследования преступных деяний" <6> (5, 102).

<6> Мулукаев Р.С., Малыгин А.Я., Епифанов А.Е. История отечественных органов внутренних дел. М., 2005. С. 102.

Надо сказать, что в ходе бесконечных реформ полиции/милиции понятие и сущность органа дознания изменялись, но ни на одном историческом этапе оперативно-розыскная сущность органа дознания не терялась. Действующее уголовно-процессуальное законодательство от исторической преемственности данного понятия сохранило лишь его название.

Так, статья 40 УПК в новой редакции (поправки от 22.07.2010 N 158-ФЗ) по-прежнему относит к органам дознания теперь уже все подразделения системы органов внутренних дел и иные органы исполнительной власти, наделенные в соответствии с Федеральным законом полномочиями по осуществлению оперативно-розыскной деятельности. Но дальше констатации факта, что эти органы являются органами дознания, законодатель не счел нужным давать никаких объяснений, что оставляет, на наш взгляд, двусмысленность их понимания. Более того, в прилагаемой справке государственного правового управления к Федеральному закону о внесении поправок относительно органов внутренних дел сказано, что изменения направлены на устранение пробелов в процессуальной деятельности органов дознания.

Если же обратиться к Федеральному закону, на который ссылается статья 40 УПК и в соответствии с которым органы дознания наделены "полномочиями по осуществлению оперативно-розыскной деятельности", то это представлено в следующем виде. В статье 1 четко определено, что оперативно-розыскная деятельность - это вид деятельности, осуществляемый гласно и негласно оперативными подразделениями органов, уполномоченных

на то Федеральным законом посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий. В статье 13 ФЗ об ОРД определены органы, осуществляющие ОРД, и их общая компетенция, которая, естественно, никаких дознавательских полномочий для оперативных подразделений не предусматривает.

Сегодня, можно сказать, единодушно признается, что оперативно-розыскная деятельность - это самостоятельная правовая отрасль и даже занимает свое отдельное место в научной классификации. Более того, в практической деятельности УПК в части 2 ст. 41 предупреждает о недопустимости смешения процессуальной и оперативно-розыскной деятельности. Все определения, относящиеся к органу дознания (п. п. 7 и 8 ст. 5, ч. 1 ст. 40, ст. 40.1, ч. 2 ст. 41 УПК), и их процессуальные полномочия (ст. ст. 223 - 226 УПК) никакого правового отношения к оперативно-розыскным функциям подразделений органов, осуществляющих ОРД, не имеют.

Действительно, в Федеральном законе значится орган дознания, но как раз как уголовно-процессуальный субъект. Часть 3 ст. 7 ФЗ об ОРД поясняет, что поручение органа дознания наряду с поручением следователя и определением суда является основанием для проведения оперативно-розыскных мероприятий, а в п. 2 ст. 14 указано на обязанность органов, осуществляющих ОРД, "выполнять в пределах своих полномочий поручения в письменной форме органа дознания..." и на основании ч. 2 ст. 11 этого же Закона полученные результаты ОРД "представлять в орган дознания, следователю или в суд, в производстве которого находится уголовное дело".

Если при этом иметь в виду, что согласно ч. 1 ст. 40 УПК органы, осуществляющие ОРД, и есть органы дознания, то представленная ситуация в практическом и правовом отношении выглядит странной, а точнее парадоксальной.

По сути своей дознание представлено в действующем УПК лишь как отдельная, самостоятельная форма расследования, а не как орган, осуществляющий ОРД. Дознаватель - это не оперативный работник, а должностное лицо, обладающее сугубо процессуальными функциями, как и следователь. Подобный вывод, но с разных позиций делают известные ученые-процессуалисты: Е.Н. Арестова, Б.Т. Безлепкин, Л.В. Головкин, К.Ф. Гуценко, Ю.В. Деришев, А.С. Есина, Б.Л. Филимонов и др. Любопытное в этом отношении мнение высказывает и французский процессуалист Жан Пардель, который, анализируя российский уголовный процесс в сравнении с уголовным процессом иных европейских государств, задает вопрос: "Зачем нужны дублирующие друг друга дознание и предварительное следствие?" <7>.

<7> Головкин Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 53.

В правовом смысле органы и должностные лица, осуществляющие ОРД,

не включены в действующий уголовный процесс, в отличие от его участников со стороны обвинения. Это имеет принципиальное значение для оказания правовой помощи и содействия данными органами в решении задач уголовного судопроизводства и прежде всего в доказывании.

Уголовно-процессуальный законодатель так и не определился окончательно в правовых понятиях органа дознания и органа, осуществляющего ОРД. Иначе ничем не объясняется разницей даже в нормативных выражениях ряда статей. В одних случаях процессуальный закон определяет участников в качестве сотрудников органов, осуществляющих ОРД (ч. 2 ст. 163; ч. 7 ст. 164 УПК), т.е. лиц, не обладающих юридическим статусом участника уголовного процесса. Отсюда неопределенность правомочий сотрудника, включенного в работу следственной группы, и полномочий оперативного работника, привлекаемого следователем к участию в следственных действиях. В других случаях органу дознания поручается проведение ОРМ (п. 4 ч. 2 ст. 38, ч. 1 ст. 144, ч. 1 ст. 210 УПК).

Конструкция действующих процессуальных норм о дознании и полномочиях органов дознания не позволяет юридически ясно определить статус, показать направления использования их возможностей в уголовном процессе. Попытки процессуального законодателя объединить все органы дознания общими нормативными предписаниями, свести их под общую "крышу" привели лишь к серьезным трудностям их правопонимания и правоприменения. Необходимость разрешения данной проблемы очевидна, и этого можно достичь, на мой взгляд, без нарушения существующей правовой системы.

Представляется, что сегодня следовало бы рассмотреть вопрос о выделении самостоятельной нормы об оперативно-розыскных органах, наделенных правом, можно сказать, особого вида дознания, которое, как мы попытались показать, фактически присутствует в действующем процессуальном законодательстве, иначе говоря, о процессуальной легализации органов, осуществляющих ОРД.

Следует особо подчеркнуть, что речь идет не о процессуальном регулировании оперативно-розыскной деятельности, у нее достаточно развитая собственная законодательная база, а о правовом обеспечении использования возможностей субъекта ОРД на стадиях досудебного производства.

Разумеется, предлагаемая норма будет указывать на участника уголовного процесса, которым он, обладая индивидуальной правосубъектностью, собственно уже и является, но в представленной норме ему будут отведены законом специальная роль и назначение.

Такой подход не противоречит, на наш взгляд, и действующим предписаниям процессуального закона. В пункте 58 статьи 5 УПК участник уголовного судопроизводства определяется как лицо, принимающее участие в уголовном процессе. Причем на сегодня уже имеются все очевидные признаки его как участника процесса: указание в законе на данный орган и

должностное лицо; наличие у него юридических прав и обязанностей; фактически он осуществляет уголовно-процессуальную деятельность, вступая в соответствующие процессуальные отношения (ст. 157, ч. 7 ст. 164 УПК и др.).

В самостоятельной норме должны быть определены уголовно-процессуальные функции, связанные с движением уголовного дела, и основные обязанности органа по обеспечению уголовного судопроизводства.

Полагаем, что к ним прежде всего можно отнести:

- рассмотрение заявлений и сообщений о преступлениях, проведение проверочной деятельности с последующим принятием процессуальных решений совместно со следователем (ст. ст. 144, 145 УПК) либо оперативного углубленного исследования (разработки);

- производство неотложных следственных действий по делам, по которым производство предварительного следствия обязательно (с уведомлением следственного органа);

- представление результатов ОРД, полученных в соответствии с Законом об ОРД для решения вопроса об использовании их в качестве доказательств;

- оперативно-розыскное обеспечение расследования преступлений;

- осуществление розыска подозреваемых и обвиняемых;

- установление лица, совершившего преступление;

- участие в проведении следственных действий под руководством следователя;

- участие в работе следственных и оперативно-следственных групп;

- исполнение отдельных поручений и указаний прокурора, следователя и дознавателя, определения суда;

- оказание помощи и содействия следователю при осуществлении следственных действий;

- оперативно-розыскное обеспечение безопасности участников уголовного процесса.

Предлагаемый вариант разрешит многие проблемы; в частности, открывается перспектива процессуальной упорядоченности полицейской доследственной проверки сообщений о преступлении при наличии поводов к возбуждению уголовного дела и установления наличия (отсутствия) к тому достаточных оснований; способствование правильному разрешению многих вопросов до начала производства по уголовному делу; создание благоприятных условий для начала и всего хода расследования путем отыскания, собирания и обеспечения сохранности вещественных, а также иных доказательств и другой информации для использования в доказывании, в организации и тактике расследования.

При этом должны присутствовать разграничение компетенции между следователем и оперативными аппаратами, участие последних в раскрытии и расследовании преступлений присущими им оперативно-розыскными средствами и методами. Участие же в следственных и иных процессуальных действиях должно быть строго оговорено в соответствующих правовых нормах. Речь идет о нормативно-правовом сочетании этих видов

деятельности в целях существенного повышения эффективности борьбы с преступностью. Именно такой системный подход к разрешению проблемы позволяет отодвинуть существующие границы понимания уголовного преследования к началу оперативной проверки, когда уже наличествует сфера различных ограничений, в том числе и конституционных прав граждан с разрешения суда.

Максимальная прозрачность присутствия оперативно-розыскных органов и улучшение нормативного регулирования участия в уголовном процессе, несомненно, повысят уровень обеспечения законности.

Это повлечет за собой соответствующие изменения и в оперативно-розыскном законодательстве, что сделает его более корреспондирующим с процессуальным законом, произойдет сокращение ведомственного нормотворчества, станет возможным привести ведомственные акты в соответствие с действующим законодательством, сделав их с юридической точки зрения действительно подзаконными.

А.В. СМИРНОВ

О ДЕФОРМАЛИЗАЦИИ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ НА ДОСУДЕБНОЙ ПОДГОТОВКЕ ДЕЛА

Смирнов Александр Витальевич, председатель Совета Международной ассоциации содействия правосудию, советник Конституционного Суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, действительный государственный советник юстиции 3 класса.

В настоящее время все более популярной становится идея деформализации уголовного преследования, когда оно целиком ведется не официальным, а **официозным** образом (иногда это называют также термином "полицейское расследование" либо "полицейское или прокурорское дознание"), то есть без применения каких-либо принудительных мер и, соответственно, без формирования в ходе его судебных доказательств, но зато и с минимальными формальностями, в основном с применением оперативно-розыскных и розыскных мероприятий. Заканчивается такое дознание, если необходимо, задержанием подозреваемого и возбуждением публичного обвинения, после чего только и возможно собственно судопроизводство - судебные процедуры подготовительного характера (легализация доказательств в качестве судебных, предъявление обвинения, применение мер пресечения), а затем и рассмотрение дела судом по существу.

Причем речь идет о деформализации именно уголовного преследования, а не предварительного расследования как формы предварительной подготовки уголовного дела *in iure* для судебного разбирательства, в котором процессуальный момент, напротив, усиливается за счет расширения

судебного участия. Представляется, что вопрос о разделении процессуальных функций на досудебных стадиях уголовного процесса может быть удовлетворительно решен лишь тогда, когда между уголовным преследователем и стороной защиты на предварительном следствии будет поставлен подлинно независимый орган юстиции - по сути, следственный судья. В этом смысле прокурору и следователю в перспективе следовало бы поменяться местами: прокурору - вернуться к естественной для него роли руководителя уголовного преследования по всем уголовным делам, имея в своем полном процессуальном подчинении органы дознания, осуществляющие поиск и собирание доказательственной информации. Судебный же следователь (или следственный судья) может производить - в основном по требованию сторон - следственные действия по легализации в качестве судебных доказательств материалов, представленных сторонами, а также судебный контроль над мерами процессуального принуждения и соблюдением органами уголовного преследования конституционных прав и свобод граждан. Именно по такой либо близкой к ней модели организовано предварительное расследование в устоявшихся процессуальных системах Испании, Германии, Англии, США и некоторых других. В этом смысле обсуждаемая сейчас идея создания единого следственного ведомства могла бы сослужить добрую службу российскому правосудию при условии, что на его следователей будут распространены все гарантии судейской независимости, а сама выполняемая ими функция в уголовном процессе станет судебной.

При таком построении предварительного расследования деление уголовного процесса на досудебные и судебные стадии упраздняется, так как суд действует и при возбуждении дела, и на предварительном расследовании. Здесь принимают участие следственный судья и в качестве второй инстанции над ним апелляционный суд. Но, в отличие от французского типа процесса, где также принимает участие следственный судья, предварительное следствие утрачивает характер отдельного этапа расследования, проводимого после прокурорско-полицейского дознания. Хотя следственный судья и выполняет здесь свои функции на протяжении всей стадии - начиная от возбуждения дела и заканчивая принятием им решения о констатации окончания расследования, функция правосудия осуществляется им дискретно, эпизодически, без принятия дела к своему производству на постоянной основе - в форме состязательных судейских следственных действий, судебных слушаний, в промежутках между которыми расследование является лишь делом сторон. При этом следственный судья ни в коей мере не принимает на себя обвинительной функции. Возбуждение уголовного дела является прерогативой обвинителя и может совпадать с возбуждением перед судом обвинения против конкретного лица в случае, если последнее выявлено.

До момента возбуждения уголовного дела публичный обвинитель может при необходимости проводить дознание в форме, близкой к первоначальному дознанию во французском процессе. Оно не нуждается в формальных

поводах для открытия, лишено мер принуждения (за исключением неотложных случаев, после чего при необходимости немедленно принимаются меры к возбуждению дела). Орган дознания вправе вести здесь протоколы действий гласного характера (получение объяснений, проведение осмотров и т.п.), которые юридически можно охарактеризовать как процессуальные полицейские (прокурорские) действия. И хотя протоколы действий, составленные на таком первоначальном дознании, не могут быть в дальнейшем использованы как судебные доказательства, но они способны служить установлению оснований для возбуждения уголовного дела. Завершается первоначальное дознание актом возбуждения уголовного дела перед следственным судьей. Следственный судья может отклонить требование или заявление о возбуждении дела только в тех случаях, когда для этого со всей очевидностью отсутствуют материально-правовые основания. Например, действия обвиняемого, указанные в требовании, явно не содержат признаков уголовно наказуемого деяния, истекли сроки давности и т.п. Однако заинтересованная сторона должна иметь возможность обжаловать это решение судьи в апелляционном, а возможно, и в кассационном порядке.

Судейские следственные действия проводятся в основном по требованию сторон, причем судья не вправе отказать им в этом по мотивам нецелесообразности. Исключение могут составлять лишь случаи, когда обстоятельства, которые просит установить сторона, явно не имеют никакого отношения к данному делу. Вместе с тем судья контролирует и обеспечивает законность этих следственных действий, которые производятся состязательно: с участием обеих сторон, при условии, что обеспечить это фактически возможно и стороны не просят о проведении следственного действия в их отсутствие. В неотложных следственных ситуациях, когда промедление или преждевременное раскрытие информации стороне защиты может привести к быстрой и невозполнимой утрате важной доказательственной информации, сторона уголовного преследования может ходатайствовать перед судьей о неотложном проведении следственного действия в отсутствие другой стороны. Решение судьи по данному вопросу может быть затем обжаловано сторонами в апелляционном порядке и кассационном с целью признания полученного таким образом доказательства недопустимым. В остальных случаях стороны вправе активно участвовать в следственных действиях: вести перекрестный допрос свидетелей, приглашать своих экспертов для участия в производстве экспертизы и т.д. Следственный судья может проводить следственные действия и по собственной инициативе лишь тогда, когда имеются законные предпосылки для субсидиарной судейской активности, вытекающие из интересов обеспечения действительного равенства сторон (например, в случаях обязательного по закону назначения экспертизы, если стороны не делают соответствующих ходатайств).

Процессуальное значение судейских следственных действий состоит в том, что это единственная форма легализации на предварительном

расследовании фактических данных в качестве судебных доказательств, то есть таких, которые могут быть затем использованы в судебном разбирательстве. Необходимость и момент легализации данных определяются самой заинтересованной стороной, по требованию которой проводится следственное действие. Благодаря этому обеспечивается тактическая оперативность ее действий, в частности возможность сохранения следственной тайны ради эффективного раскрытия преступлений обвинителем либо, напротив, для оптимального ведения защиты. Оперативность, таким образом, сочетается с непосредственностью и устностью исследования доказательств, с немедленным приведением противоположной стороны в полную известность не только о содержании обвинения, но и о подтверждающих его наличных судебных доказательствах. Стороны сами решают, предать ли гласности те или иные доказательства уже в ходе предварительного расследования или представить их непосредственно в судебном разбирательстве (точнее, за некоторое время перед его началом, в ходе обязательной процедуры раскрытия сторонами информации друг перед другом, которая известна англо-американскому типу процесса). Целесообразность этих действий может определяться также необходимостью своевременного закрепления данных, возможность получения которых может быть утрачена ко времени судебного разбирательства (например, при угрозе исчезновения следов преступления на месте происшествия, опасности изменения свидетелем своих показаний под давлением обстоятельств и т.п.). Иной помимо следственных действий формой специфической судейской активности на предварительном расследовании могут быть предварительные судебные слушания. Слушания проводятся под руководством и контролем следственного судьи с участием обеих сторон. Они могут назначаться как по требованию сторон, так и в силу закона, где от требования стороны зависит лишь момент их открытия. В форме обязательного судебного слушания должно происходить предъявление первоначального обвинения. Обвинитель заранее направляет для ознакомления судом и стороной защиты письменный обвинительный акт, в котором указываются содержание и объем обвинения. В ходе слушания стороны могут представлять доказательства и заявлять ходатайства. Судьей после заслушивания мнений и аргументов сторон рассматривается допустимость представленных сторонами в качестве доказательств предметов и документов и решается вопрос об их приобщении к материалам дела. Другое обязательное слушание необходимо при окончании предварительного расследования. Суд также заслушивает здесь мнения сторон о возможности окончания расследования, принимает ходатайства о дополнении судебного следствия, а затем, при отсутствии обоснованных возражений сторон, выносит решение, констатирующее окончание предварительного расследования.

Подобный порядок предварительного расследования можно было бы применять по делам о преступлениях средней тяжести, тяжких и особо тяжких преступлениях, в то время как преступления небольшой тяжести могли бы расследоваться целиком в упрощенной форме деформализованного

дознания с последующей передачей дела мировому судье при прямом вызове обвиняемого в судебное заседание, как это, например, делается во Франции.

Современное предварительное расследование или следствие, на континенте - под влиянием французского юридического гения, со времен Ордонанса Франциска I 1539 г. и Большого уголовного Ордонанса Людовика XIV 1670 года, традиционно считается частью судопроизводства, фактически оправдывает длительные сроки ареста и отягощает процесс бумажной волокитой. Смысл обратного превращения расследования в деформализованное официозное дознание состоит в минимизации ограничений неотъемлемых прав личности на свободу, неприкосновенность жилища, частной жизни, с одной стороны, и повышении гибкости и оперативности действий в порядке расследования - с другой.

Одним из результатов подобного преобразования, по-видимому, явится возможность для более строгого соблюдения принципа срочности судебной защиты, например путем повсеместного перехода к уже известному в ряде государств правилу, которое условно можно назвать принципом 100 дней, когда рассмотрение дела по существу должно начаться не позднее определенного законом приемлемого срока, исчисляемого с момента задержания подозреваемого, - в противном случае арест отменяется. Другим результатом можно считать перспективу развития так называемого параллельного или адвокатского расследования. Идеи такого преобразования максимально обеспечивают личную свободу и рациональность производства по уголовным делам.

А.Е. ЧЕЧЕТИН

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО НА ЗАКОННЫЙ СУД В ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Чечетин Андрей Евгеньевич, доктор юридических наук, профессор, заместитель начальника Управления конституционных основ уголовной юстиции Конституционного Суда Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации.

Конституция Российской Федерации (статья 47, часть 1) гарантировала каждому человеку и гражданину право на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом (право на законный суд). Проблема соблюдения этого конституционного права в оперативно-розыскной деятельности (далее - ОРД) юридической наукой до настоящего времени не исследовалась, а сотрудники оперативно-розыскных служб о существовании этого права, скорее всего, и не подозревают, поскольку ни Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности" (Закон об ОРД), ни подзаконные нормативные акты о необходимости соблюдения этого права не упоминают.

В то же время вопрос о нарушении права на законный суд при

осуществлении ОРД неоднократно поднимался в жалобах, поступающих в Конституционный Суд Российской Федерации. Впервые этот вопрос был поставлен в обращении гражданки Ч., которая в числе других оспорила конституционность ст. 9 Закона об ОРД, регулирующей порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ). Однако Конституционный Суд в своем Определении от 14 июля 1998 года N 86-О по жалобе гражданки Ч. не усмотрел нарушения права заявительницы на законный суд, поскольку в ее деле судебная санкция на прослушивание телефонных переговоров была дана областным судом, являющимся одновременно судом как по месту проведения ОРМ, так и по месту нахождения ходатайствующего органа.

О нарушении права на законный суд утверждалось и в жалобе гражданина Д., по мнению которого ст. 9 Закона об ОРД не определяет, к подсудности суда какого уровня относится рассмотрение ходатайств органов, осуществляющих ОРД, о разрешении прослушивания телефонных переговоров, и в силу своей неопределенности позволяет этим органам обращаться с ходатайством о разрешении проведения названного ОРМ в любой суд по своему усмотрению, а не в районный суд, как это установлено статьями 165 и 186 УПК Российской Федерации для получения разрешения на производство контроля и записи переговоров.

В Определении Конституционного Суда от 21 декабря 2006 года N 560-О по жалобе гражданина Д. было отмечено, что ст. 9 Закона об ОРД определяет подсудность рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав и свобод при проведении ОРМ лишь по территориальному признаку и не регулирует вопросы родовой (предметной) подсудности этих материалов судам определенного уровня. Поскольку иными нормами Закона об ОРД этот вопрос не урегулирован, то Конституционный Суд установил, что определение подсудности конкретных дел и материалов относится к ведению судов общей юрисдикции. При этом решение о принятии тем или иным судом к рассмотрению ходатайства о проведении ОРМ, ограничивающих конституционные права и свободы граждан, должно приниматься исходя из положений не только ст. 9 Закона об ОРД, но и статей 165 и 186 УПК Российской Федерации, определяющих подсудность материалов по ходатайствам органов предварительного расследования о проведении следственных действий, ограничивающих конституционные права и свободы граждан, а также статей 31 - 36 УПК Российской Федерации, устанавливающих общие правила подсудности уголовных дел, в связи с возбуждением или расследованием которых проводится соответствующее оперативно-розыскное мероприятие. Таким образом, в этом решении признавалось допустимым применение в ОРД принципа аналогии права при решении вопросов о подсудности.

Новые аспекты обеспечения права на законный суд в оперативно-розыскной деятельности были подняты в жалобе гражданина А., основанием для которой послужило решение судебной коллегии Краснодарского

краевого суда о даче согласия Управлению ФСБ России по Ростовской области на проведение ОРМ в отношении судьи районного суда города Ростова-на-Дону с целью проверки информации о вымогательстве им взятки. Свое обращение в суд соседнего региона инициатор ОРМ мотивировал тем, что у заподозренного в коррупции служителя Фемиды имеются обширные связи в судебных органах Ростовской области, а потому обращение за санкцией на проведение ОРМ в областной суд по месту его работы может привести к утечке информации и затруднит действия правоохранителей по разоблачению мздоимца. Проведенные на основании этого постановления ОРМ позволили задержать взяточника с поличным и привлечь его к ответственности по ч. 3 ст. 290 УК РФ.

Нарушение своих конституционных прав заявитель усмотрел в том, что примененные положения пункта седьмого ст. 16 Закона РФ "О статусе судей в Российской Федерации" и части первой ст. 9 Закона об ОРД допускают возможность дачи разрешения на проведение ОРМ в отношении судьи районного суда в любом суде соответствующего уровня - независимо от его местонахождения и территориальной подсудности дела - по усмотрению органа, осуществляющего ОРД, и тем самым противоречат статье 47 Конституции РФ и ее статье 10, гарантирующей самостоятельность органов судебной власти.

Конституционный Суд, признав важность поднятой заявителем проблемы, принял жалобу к рассмотрению и по результатам публичных слушаний вынес Постановление от 9 июня 2011 года N 12-П. В этом решении оспариваемые нормы были признаны не противоречащими Конституции РФ и допускающими рассмотрение материалов о проведении ОРМ в отношении судьи районного суда не только по месту их проведения или месту нахождения компетентного органа, ходатайствующего об их проведении. Однако при этом он установил, что по конституционно-правовому смыслу этих положений изменение территориальной подсудности допустимо лишь при наличии обоснованных опасений относительно возможности рассекретивания планируемых ОРМ и лишь по решению Председателя Верховного Суда Российской Федерации или его заместителя, принятому по ходатайству органа, осуществляющего ОРД.

Подчеркивая специфический и преимущественно негласный характер ОРД, суд в своем решении установил, что конституционное право на законный суд распространяется в том числе и на граждан, ставших объектами ОРМ. Опираясь на свои прежние правовые позиции, он пришел к выводу, что судебные решения, на основании которых допускается ограничение конституционных прав, должны приниматься с соблюдением правил установленной законом подсудности дел, а ее изменение возможно только в судебной процедуре и только при наличии указанных в законе оснований, препятствующих рассмотрению дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом.

В своем Постановлении Конституционный Суд дал истолкование весьма неопределенного по своей синтаксической конструкции положения о

подсудности рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав личности, закрепленного в ч. 1 ст. 9 Закона о ОРД. В ней определено, что рассмотрение таких материалов "осуществляется судом, как правило, по месту проведения таких мероприятий или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении". Одновременное использование в тексте этой нормы оговорки "как правило" в сочетании с разделительным союзом "или" обусловило возможность двусмысленного истолкования ее содержания, поскольку эта оговорка может быть отнесена как ко всему последующему тексту, так и лишь к его первой части до разделительного союза. Ряд исследователей истолковывали эту норму ограничительно, отмечая, что в качестве правила она устанавливает суд по месту осуществления мероприятия, а как исключение - суд по месту нахождения органа, ходатайствующего о его проведении <1>. Однако правоприменительная практика, как показало дело заявителя, пошла по пути ее расширительного истолкования, полагая, что норма позволяет в исключительных случаях обращаться за санкцией в любой равнозначный суд, т.е. произвольно менять подсудность.

<1> См.: Шумилов А.Ю. Комментарий к Федеральному закону "Об оперативно-розыскной деятельности" / А.Ю. Шумилов. Изд. 6-е, перераб. и доп. М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2004. С. 130; Железняк Н.С. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности: Учебное пособие / Н.С. Железняк. Красноярск: СибЮИ МВД России, 2010. С. 223; Луговик В.Ф. Судебный контроль как средство обеспечения прав и свобод человека и гражданина при негласном проведении оперативно-розыскных мероприятий / В.Ф. Луговик // Актуальные проблемы соблюдения прав личности в правоохранительной деятельности органов внутренних дел: Сб. материалов Всероссийской научно-практической конференции. Хабаровск: Дальневосточный ЮИ МВД России, 2011. С. 143.

Конституционный Суд установил, что оговорка "как правило" предполагает возможность исключения из общего порядка определения подсудности, в качестве которого, в частности, выступает п. 7 ст. 16 Закона РФ "О статусе судей в Российской Федерации", устанавливающий специальный порядок получения разрешения на проведение ОРМ в отношении судей. Данная норма, как отмечено в Постановлении, определяет родовую подсудность вопроса о даче разрешения на проведение ОРМ в отношении судьи, а определение территориальной подсудности для разрешения данного вопроса должно производиться с учетом положений ч. 1 ст. 9 Закона об ОРД, т.е. исходя, как правило, либо из места осуществления ОРМ, либо из места нахождения органа, его осуществляющего.

Существенное внимание в Постановлении было уделено вопросу о правовой природе предварительного судебного контроля за обеспечением прав личности при проведении ОРМ, поскольку ни Закон, ни теория ОРД до настоящего времени пока не определили, к какому виду судопроизводства

относится такая судебная деятельность. Развивая свои прежние правовые позиции, сформулированные в упомянутом Определении от 14 июля 1998 года N 86-О, Конституционный Суд подчеркнул, что вопрос об ограничении конституционных прав в связи с проведением ОРМ по проверке информации о противоправных деяниях и лицах, к ним причастных, подлежит разрешению в процедурах, обусловленных характером уголовных и уголовно-процессуальных отношений, а потому эта судебная деятельность относится к сфере уголовного судопроизводства.

При этом, как отмечено в Постановлении, данные процедуры не могут не учитывать и специфики ОРД, которая с необходимостью предполагает конспирацию, сочетание гласных и негласных методов и средств. Соблюдение секретности требуется и при получении судебного разрешения на проведение ОРМ в связи с проверкой информации о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления. В процедуре получения такого разрешения приобретает безусловное значение обеспечение тайны информации о планируемых ОРМ в отношении конкретного лица, включая недопустимость разглашения сведений о самом факте обращения органа, осуществляющего ОРД, в суд. В противном случае, как неоднократно отмечал Конституционный Суд в своих прежних решениях, негласные по своему характеру ОРМ стали бы просто невозможны, а сама ОРД утратила бы смысл <2>. Основываясь на этой правовой позиции, в Постановлении был сделан вывод, что по смыслу ч. 1 ст. 9 Закона об ОРД, если обращение за получением разрешения на проведение ОРМ в компетентный суд повлечет нарушение режима секретности, рассмотрение этого вопроса может быть возложено на другой суд, помимо прямо указанного в Законе.

<2> См.: Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 1998 года N 86-О, от 20 октября 2005 года N 375-О, от 24 января 2006 года N 27-О, от 8 февраля 2007 года N 128-О-П, от 29 мая 2007 года N 417-О-О и др. // СПС "КонсультантПлюс".

Признав допустимым изменение подсудности в сфере ОРД, Конституционный Суд подчеркнул, что рассмотрение судом вопроса о проведении ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, представляет собой одну из форм предварительного судебного контроля, а потому изменение ее параметров должно осуществляться не произвольно, а с соблюдением общих принципов, регулирующих судебную деятельность, и фундаментальных процессуальных гарантий прав лиц, в отношении которых намечается проведение ОРМ. К числу таких гарантий относится обязательность закрепления в законе правил определения компетентного органа, уполномоченного на предварительный судебный контроль за проведением ОРМ, включающих в себя и процедуру изменения в необходимых случаях подсудности этого вопроса. При этом была подчеркнута недопустимость определения компетентного суда для

получения разрешения на проведение ОРМ по усмотрению органа, осуществляющего ОРД, что, по мнению суда, означало бы вмешательство исполнительной власти в деятельность власти судебной и несовместимо с конституционным принципом разделения властей.

Отнесение к сфере уголовного судопроизводства порядка судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ, установленного ст. 9 Закона об ОРД, позволило суду распространить правила уголовного судопроизводства и на порядок изменения в случае необходимости территориальной подсудности решения этого вопроса, который в действующем законодательстве пока не урегулирован.

Согласно ч. 3 ст. 35 УПК РФ вопрос об изменении территориальной подсудности уголовного дела разрешается председателем вышестоящего суда или его заместителем. Этот общий порядок изменения подсудности, как установил суд, подлежит применению и при решении вопроса о проведении в отношении судьи районного суда ОРМ, связанных с ограничением его неприкосновенности, а потому решение об изменении территориальной подсудности и определение равнозначного суда, правомочного рассматривать соответствующие материалы, должны приниматься Председателем Верховного Суда Российской Федерации либо его заместителем.

Признав оспариваемые законоположения в их конституционно-правовом истолковании не противоречащими Конституции РФ, суд в своем Постановлении не исключал правомочие федерального законодателя внести в регулирование правил подсудности вопроса о даче разрешения на проведение ОРМ в отношении судьи изменения с учетом сформулированных им правовых позиций. В соответствии с этим решением Минюст России подготовил предложения о корректировке действующего законодательства, которые предстоит рассмотреть Государственной Думе Федерального Собрания.

При анализе Постановления Конституционного Суда от 9 июня 2011 года № 12-П обращает на себя внимание, что оспариваемые заявителем законоположения рассматривались в этом решении применительно к процедуре получения разрешения на проведение ОРМ в отношении судьи районного суда. В связи с этим не может не возникнуть вопрос о допустимости распространения его положений на отношения, связанные с получением судебных разрешений на проведение ОРМ в отношении иных категорий лиц, как обладающих, так и не обладающих процессуальными иммунитетами. Ответ на него, на наш взгляд, должен быть положительным, поскольку, выявляя конституционно-правовой смысл оспариваемых норм, Конституционный Суд сформулировал и ряд правовых позиций общего характера, касающихся, в частности, распространения права на законный суд на объектов оперативной проверки, правовой природы предварительного судебного контроля, запрета на внесудебный порядок изменения территориальной подсудности рассмотрения материалов об ограничении

конституционных прав личности при проведении ОРМ по усмотрению правоприменителя, конституционно-правового толкования ч. 1 ст. 9 Закона об ОРД.

Правовые позиции Конституционного Суда, сформулированные в этом решении, существенно расширяют представление о конституционной основе ОРД и определяют общие принципы порядка изменения подсудности рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ, который пока законодательно не урегулирован. Эти правовые позиции, по нашему мнению, не только имеют существенное значение для корректировки правоприменительной практики и совершенствования законодательства, но и должны стать предметом глубокого научного осмысления.

В.С. ШАДРИН

УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ АСПЕКТ КОНСТИТУЦИОННОСТИ ПОЛУЧЕНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Шадрин Виктор Сергеевич, заведующий кафедрой уголовного процесса и криминалистики Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Академии Генеральной прокуратуры РФ, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, почетный работник прокуратуры Российской Федерации.

Как известно, уголовно-процессуальная и оперативно-розыскная деятельность тесно связаны между собой, хотя имеют существенные отличия, не позволяющие их отождествлять. Если иметь в виду процессуальную деятельность по осуществлению функции уголовного преследования в соотношении с деятельностью оперативно-розыскной, то можно утверждать, что оба указанных вида деятельности осуществляются, по сути, в одном направлении и после возбуждения уголовного дела могут идти параллельно, соприкасаясь, но, как правило, не сливаясь.

Тем не менее при определенных условиях результаты ОРД могут вовлекаться в уголовно-процессуальную деятельность и в конечном итоге преобразовываться в форму результатов именно данной деятельности, приобретая значение доказательств по уголовным делам.

Такая возможность предусмотрена, во-первых, ч. 2 ст. 11 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", где говорится о том, что результаты оперативно-розыскной деятельности могут использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств. Во-вторых, из текста ст. 89 УПК РФ, несмотря на ее запретительный характер, следует, что результаты ОРД могут использоваться в качестве доказательств,

если они отвечают требованиям, предъявляемым к таковым уголовно-процессуальным законом. Указанные же требования определяются положениями ст. 74 УПК РФ о форме и содержании доказательств, а также наличием у них свойств относимости, допустимости и достоверности, с точки зрения которых дознаватель, следователь, прокурор и суд должны дать оценку каждому отдельному доказательству (ч. 1 ст. 88 УПК РФ). Связующим звеном между Федеральным законом "Об оперативно-розыскной деятельности" и УПК РФ является межведомственная Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд, согласованная с Генеральной прокуратурой РФ и утвержденная межведомственным Приказом от 17.04.2007 в соответствии с ч. 3 ст. 11 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности".

Как видно из анализа приведенных выше правовых положений, для превращения результатов ОРД в доказательства по уголовным делам требуется обязательное соблюдение требований уголовно-процессуального законодательства. А вот является ли обязательным для этого соблюдение правовых норм об осуществлении оперативно-розыскной деятельности, Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности", как и УПК РФ, умалчивает, что может служить основанием для выводов о возможности использования в доказывании по уголовным делам результатов некоторых оперативно-розыскных мероприятий, полученных с отступлениями от законодательной регламентации оперативно-розыскной деятельности.

Вполне определенный ответ на затронутый вопрос находится в ч. 2 ст. 50 Конституции Российской Федерации, где достаточно категорично сказано: при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона. Следует полагать, любого федерального закона, применение которого связано с получением доказательств, следовательно, и Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности".

Данное требование возведено в ранг конституционного и содержится в главе 2 Конституции "Права и свободы человека и гражданина" потому, что доказывание, прежде всего виновности обвиняемого, должно быть во всех отношениях, от начала до конца, с истоков формирования до завершения образования каждого доказательства, отвечающим требованиям законности. Так как при производстве по уголовным делам защита и охрана, а также ограничение конституционных прав и свобод личности, вовлекаемой в уголовно-процессуальную деятельность, которой нередко предшествует оперативно-розыскная деятельность по выявлению обстоятельств совершения преступления и установления виновного лица, могут осуществляться исключительно на тщательно разработанной и воплощенной в положениях федерального закона правовой основе.

Уголовно-процессуальный аспект конституционности получения результатов оперативно-розыскной деятельности явно проявляется, когда Конституционный Суд РФ в своих решениях дает толкование положениям

Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" с точки зрения соответствия их Конституции РФ относительно сущности, значения, оснований, условий и порядка проведения ОРД в связи с оценкой результатов ОРД в уголовном судопроизводстве при определении перспективы преобразования их в доказательства дознавателем, следователем или судом.

Так, Конституционный Суд РФ разъяснил, со ссылкой на Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 года N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия", что результаты оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционного права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также с проникновением в жилище против воли проживающих в нем лиц (кроме случаев, установленных федеральным законом), могут быть использованы в качестве доказательств по делам, **лишь когда они получены по разрешению суда на проведение таких мероприятий** и проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством <1>.

<1> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 15 июля 2008 г. N 460-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Букреева В.В. 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".

Последовательно Конституционный Суд РФ придерживается позиции о недопустимости смешения форм оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности в сфере борьбы с преступностью, что имеет большое значение для формирования практики раскрытия преступлений и доказывания по уголовным делам. В связи с жалобой на существующую якобы в правоприменительной практике правоохранительных органов возможность получать образцы для фоноскопических исследований голоса путем производства негласной записи беседы оперативного работника с соответствующим лицом, а затем использовать содержание такой беседы в качестве самостоятельного доказательства по уголовному делу Конституционный Суд РФ констатировал следующее.

Статьи 186 и 202 УПК Российской Федерации не допускают возможность получения образцов для сравнительного исследования путем подмены установленного ими порядка производства следственных действий. И уголовно-процессуальные действия, и оперативно-розыскные мероприятия могут осуществляться лишь определенными субъектами при наличии специальных установленных законом оснований и условий; проведение в связи с производством предварительного расследования по уголовному делу

оперативно-розыскных мероприятий не может подменять процессуальные действия, для осуществления которых уголовно-процессуальным законом, в частности статьей 202 "Получение образцов для сравнительного исследования" УПК Российской Федерации, установлена специальная процедура <2>.

<2> См.: Определение Конституционного РФ от 25 февраля 2010 г. N 261-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Немых Н.И. на нарушение ее конституционных прав статьей 12 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", статьями 87, 186 и 202 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации".

Принципиально важной является правовая позиция Конституционного Суда РФ, последовательно подтверждаемая в его решениях, по вопросу о соотношении результатов оперативно-розыскной деятельности и уголовно-процессуальных доказательств. Согласно данной позиции результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона. То есть так, как это предписывается статьями 49 (часть 1) и 50 (часть 2) Конституции РФ <3>.

<3> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1999 г. N 18-О "По жалобе граждан Никольской М.Б. и Сапронова М.И. на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности"; Определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2010 г. N 504-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Маслиенко С.В. на нарушение его конституционных прав статьями 6 и 10 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" и статьей 198 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации"; Определение Конституционного Суда РФ от 23 сентября 2010 г. N 1198-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Цехмейструка А.А. на нарушение его конституционных прав положениями статей 5, 6 и 11 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" и статьи 228.1 Уголовного кодекса Российской Федерации".

Таким образом, установление конституционности получения результатов оперативно-розыскной деятельности имеет существенное значение для определения возможности использования их в уголовно-процессуальном доказывании, в том числе посредством введения их в производство по уголовному делу в качестве доказательств в соответствии с требованиями, предъявляемыми к таковым уголовно-процессуальным

законом.

А.Ю. ШАПОШНИКОВ

"ЗАКОН НЕ ДОГМА, А РУКОВОДСТВО К ДЕЙСТВИЮ?!" - РАЗМЫШЛЕНИЯ О НЕКОТОРЫХ АСПЕКТАХ ОТЕЧЕСТВЕННОГО ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Шапошников Андрей Юрьевич, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Самарского государственного университета, кандидат юридических наук.

В журнале "Уголовный процесс" N 4 за 2010 г. были опубликованы подготовленная с участием автора статья "Ошибки при проведении и оформлении проверочной закупки по делам о сбыте наркотических средств" и критические комментарии представителей ФСКН <1>. Данные комментарии полностью соответствуют позиции, которую занимают представители правоохранительных органов как по проблемам, связанным с проведением и реализацией результатов проверочной закупки, так и иным неудобным вопросам.

<1> См.: Шапошников А.Ю. Ошибки при проведении и оформлении проверочной закупки по делам о сбыте наркотических средств / А.Ю. Шапошников, И.А. Шапошникова // Уголовный процесс. 2010. N 4. С. 10 - 19.

В заголовок вынесена фраза, которую однажды в пылу дискуссии в сердцах бросил представитель милицейской процессуальной школы. Речь шла об обязанности следователя (дознателя) вносить в протокол допроса абсолютно все заданные вопросы, что прямо указано в ч. 2 ст. 190 УПК РФ, тогда как оппонент утверждал, что в протокол вопросы записывать не обязательно, а если записывать, то только те, которые считает нужными и важными следователь. В данном случае важен не сам спорный вопрос, а принципиальный подход, характерный для подавляющего большинства правоохранителей: "Не важно, что и как написано в законе, можно и нужно делать так, как удобно". Недавняя публикация Ю.П. Гармаева лишней раз подтверждает данный тезис <2>.

<2> См.: Гармаев Ю.П. Устранение сомнений в допустимости доказательств // Законность. 2011. N 5. С. 29 - 33.

Сформировавшаяся судебная и следственная практика использования в доказывании по делам о незаконном обороте наркотических средств результатов проверочной закупки во многом несовершенна и даже порочна, поскольку создает иллюзию доказанности преступления и виновности не

только у суда, но даже у юридически неграмотного подсудимого.

Прежде всего напомним читателю ряд положений, сформулированных Европейским судом <3> по правам человека и обязательных для всех судов и правоохранительных органов России, но упорно ими не замечаемых.

<3> Далее по тексту - ЕСПЧ.

"Требования справедливого судебного разбирательства по уголовным делам, содержащиеся в статье 6 Конвенции, ведут к тому, что публичные интересы в сфере борьбы с оборотом наркотических веществ не могут служить основанием для использования доказательств, полученных в результате провокации со стороны милиции" (см. Постановление Европейского суда по делу "Тейшейра де Кастро против Португалии", pp. 1463 - 1464, § 35 - 36).

"Если преступление было предположительно спровоцировано действиями тайных агентов и ничто не предполагает, что оно было бы совершено и без какого-либо вмешательства, то эти действия уже не являются деятельностью тайного агента и представляют собой подстрекательство к совершению преступления. Подобное вмешательство и использование его результатов в уголовном процессе могут привести к тому, что будет непоправимо подорван принцип справедливости судебного разбирательства" (см. упоминавшееся выше Постановление Европейского суда по делу "Тейшейра де Кастро против Португалии", pp. 1463 - 1464, § 38 - 39) <4>.

<4> Постановление Европейского суда от 15 декабря 2005 г. по делу "Ваньян против Российской Федерации" (жалоба N 53203/99).

Требования ЕСПЧ и отечественных законов в текстуальном значении совпадают: так, в п. 4 ч. 8 ст. 5 ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности" содержится прямой запрет "подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (провокация)".

По смыслу решений ЕСПЧ и по нормам отечественного законодательства сторона обвинения и оперативные службы должны доказать, что проведение проверочной закупки наркотических средств не является провокацией преступления, т.е. то, что преступление было бы совершено в любом случае, независимо от вмешательства сотрудников правоохранительных органов. Правоохранители и с их подачи отечественные суды считают, что для доказывания данного обстоятельства достаточно показаний оперативных работников, утверждающих, что проверочная закупка проводилась на основании "полученной ранее оперативной информации" <5>. Подобная позиция противоречит требованиям ст. 75 УПК РФ, кроме того, ЕСПЧ в своем решении указал, что для признания данного факта показаний оперативных работников недостаточно <6>.

<5> По результатам анализа более 1000 уголовных дел о незаконном обороте наркотических средств, рассмотренных судами г. Самары, Самарской и Саратовской областей.

<6> Более подробно см.: Шапошников А.Ю. Проблемы с доказыванием по делам о незаконном обороте наркотиков / А.Ю. Шапошников, И.А. Шапошникова // Уголовный процесс. 2011. N 4. С. 34 - 37.

Сформировавшаяся практика проведения проверочной закупки наркотических средств помимо игнорирования прямых предписаний действующих законов <7> содержит изначальную ошибку в оценке устанавливаемых ею обстоятельств.

<7> См. там же: Шапошников А.Ю. Соблюдение требований Конвенции "О защите прав человека и основных свобод" и практики Европейского суда при проведении проверочной закупки наркотических средств // Актуальные проблемы экономики и права. 2011. N 3. С. 269 - 272.

Прежде всего отметим, что вся система построена не на получении прямых доказательств факта и обстоятельств контролируемого сбыта наркотических средств, а на формировании целой системы косвенных доказательств, якобы доказывающих факт совершения преступления.

В рамках данной системы вывод о доказанности факта сбыта делается на основании следующих обстоятельств:

- в ходе личного досмотра закупщика перед началом закупки устанавливается отсутствие у него наркотических средств;
- денежные купюры, передаваемые закупщику, ксерокопируются, их номера переписываются и затем сверяются с номерами купюр, изъятых у сбытчика;
- после закупки закупщик выдает приобретенные наркотики и его еще раз досматривают, устанавливая отсутствие наркотиков и денег;
- закупщик указывает источник приобретения наркотиков;
- значительная часть действий проводится в присутствии незаинтересованных граждан, подтверждающих факт проведения действий.

Нетрудно заметить, что в данной системе множество информационных пробелов:

- после досмотра у закупщика масса возможностей получить наркотики незаметно для незаинтересованных граждан, например в тот момент, когда их внимание сосредоточено на осмотре купюр;
- никто, кроме закупщика и сбытчика, не слышит их переговоров, и, следовательно, нет возможности установить, кто на самом деле был инициатором преступления - сбытчик или закупщик;
- передача денег и наркотиков часто происходит вне зоны видимости незаинтересованных граждан и оперативников;
- незаинтересованные граждане фактически могут оказаться лицами, оказывающими содействие ОРД на конфиденциальной основе, в том числе за

вознаграждение.

Существующая схема оставляет массу возможностей для фальсификации хода и результатов проверочной закупки, как при непосредственном участии оперативных работников, так и с введением их в заблуждение. Используемая в настоящее время схема проведения и документирования проверочной закупки не обеспечивает должной достоверности ее результатов. На практике часто возникают ситуации, когда, по утверждению обвиняемого (подсудимого), проверочная закупка фактически проводилась при обстоятельствах, отличающихся от указанных в соответствующих протоколах или актах.

Единственным прямым доказательством сбыта, в том числе подтверждающим законность и обоснованность проведения самой проверочной закупки, будет только видео- или аудиозапись встречи и переговоров закупщика со сбытчиком. Ни незаинтересованные или иные граждане, ни сами оперативники, участвующие в данном ОРМ, но непосредственно не присутствовавшие при встрече и переговорах, не могут заменить этого доказательства.

Почему в настоящее время оперативные службы не используют современные, мобильные и легко маскируемые средства аудио-, видеозаписи, непонятно. В рамках изучения более 1000 уголовных дел о незаконном обороте наркотических средств автором было обнаружено всего 2 (!) факта правильного применения видео- и аудиозаписи при проведении проверочной закупки. Основными доказательствами, на которые ссылается суд при постановлении приговора, становятся документы, оформленные при проведении закупки, и показания участников. Само содержание переговоров закупщика и сбытчика судами устанавливается на основании показаний закупщика и сбытчика, если последний признает вину, но инициатива факта сбыта не устанавливается и при вынесении приговора данный факт никакой оценки не получает. Даже если и закупщик, и сбытчик указывают, что закупщик уговорил сбытчика продать наркотики и инициатива совершения преступления исходила именно от закупщика, никакой правовой оценки данному факту не дается <8>.

<8> См., например: уголовное дело N 1-1089/09. Архив федерального суда Кировского района г. Самары; уголовное дело N 1-358/07. Архив федерального суда Промышленного района г. Самары.

По нашему мнению, практика отказа от использования видео-, аудиозаписи при проведении проверочной закупки может быть объяснена стремлением оперативных работников скрыть систематические факты нарушений закона и низким уровнем профессиональной подготовки.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что использование в доказывании результатов проверочной закупки наркотических средств при отсутствии видео-, аудиозаписи переговоров сбытчика и закупщика, а также самого факта сбыта противоречит требованиям Конвенции "О защите прав

человека и основных свобод", УПК РФ, ФЗ об ОРД.

Система действий по проведению и документированию проверочной закупки, методика следственной проверки ее хода и результатов и судебная оценка доказательственного значения нуждаются в дальнейшем совершенствовании.

А.В. ШАХМАТОВ

О ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ СОДЕЙСТВИЯ ГРАЖДАН ОПЕРАТИВНЫМ ПОДРАЗДЕЛЕНИЯМ ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ

Шахматов Александр Владимирович, профессор кафедры оперативно-розыскной деятельности Санкт-Петербургского университета МВД России, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации.

В условиях роста уровня преступности, отличающейся высокой степенью организованности, вооруженности и профессионализма, эффективность работы правоохранительных органов по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений во многом зависит от должной организации оперативно-розыскной деятельности и использования содействия граждан в ее осуществлении.

Опыт показывает, что невозможно обеспечить раскрытие преступлений и неотвратимость ответственности преступников без противопоставления их криминальной деятельности целенаправленного комплекса оперативно-розыскных мер и следственных действий, без использования в качестве вспомогательной информации данных, полученных оперативно-розыскным путем, без привлечения граждан к содействию в борьбе с преступностью. Вековая практика использования негласных сил, средств и методов полицейскими и специальными службами разных стран в борьбе с политической и общеуголовной преступностью показывает, что первое место среди них, даже при результативности современной электронной разведки, справедливо занимает агентурный метод. Агентурный метод является формой реализации, во-первых, права органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, на привлечение отдельных лиц на конфиденциальной основе к подготовке и проведению оперативно-розыскных мероприятий и, во-вторых, возможности граждан использовать право на защиту своих прав и законных интересов от преступных посягательств.

Предупреждение преступлений, их быстрое и полное раскрытие, розыск и установление скрывшихся и бежавших преступников, то есть обеспечение защиты жизни, здоровья, прав и свобод личности, собственности, безопасности общества и государства от преступных посягательств, осуществляются во многом благодаря деятельности конфиденентов, их

участию в подготовке и проведении оперативно-розыскных мероприятий.

В этой связи Закон Российской Федерации от 13 марта 1992 г. "Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации" впервые открыто официально закрепил возможность реализации гражданами своего права на оказание помощи органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в решении задач по борьбе с преступностью путем гласного и негласного (конфиденциального) их содействия этим органам и признал социальную необходимость и значимость такого содействия. Было сделано отступление от практики правового регулирования оперативно-розыскной деятельности правоохранительных органов и спецслужб закрытыми (секретными и совершенно секретными) ведомственными нормативно-правовыми актами.

В настоящее время оперативно-розыскная деятельность в целом и, в частности, содействие граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, регулируются в Российской Федерации целым рядом законов, основным из которых является Федеральный закон от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности", содержащий главу IV, которая так и называется - "Содействие граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность".

Конфиденциальное сотрудничество граждан с оперативными подразделениями органов внутренних дел требует специальной научной разработки, которую следует рассматривать как частную научную теорию оперативно-розыскной деятельности. Это обусловлено важностью, сложностью и многообразием проблем, связанных с привлечением отдельных лиц к содействию правоохранительным органам, которое имеет существенное значение в решении задач противодействия преступности.

Содействие граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, - это, во-первых, право лица, а не его обязанность, а во-вторых, возможность реализации гражданами их конституционного права на защиту от противоправных посягательств путем оказания содействия органам, осуществляющим агентурную работу, в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

Существенной проблемой остается отсутствие до настоящего времени реальных эффективных законодательно закрепленных процедур трансформации информации, полученной от конфиденентов, в доказательственную. Одним из важных и сложных вопросов в этом отношении является использование лиц - конфиденциальных носителей информации в уголовном процессе в качестве свидетелей. В этой связи необходимо перенимать положительный зарубежный опыт и законодательно закрепить следующие процедуры: представление следователю и оглашение в суде письменных показаний конфиденента без фиксации его установочных данных; допрос оперативного работника, поддерживающего связь с осведомителем и получившего от него сведения об интересующих следователя и суд событий. Эти положения должны быть отражены в УПК

РФ.

Конфиденциальное (негласное) содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, может оказываться как на контрактной, так и на бесконтрактной основе. Главная отличительная черта более предпочтительного конфиденциального сотрудничества на контрактной основе - длительность, устойчивость отношений между гражданином и органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность. При этом письменный текст контракта должен составляться в двух экземплярах. Наличие экземпляра контракта у лица, добровольно согласившегося оказывать содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, позволит ему надлежащим образом защитить свои права и законные интересы.

Контракт о содействии лица органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в его нынешнем определении и регламентации оперативно-розыскным законодательством имеет смешанную юридическую природу; его нельзя рассматривать как трудовой договор, не являются такие отношения и гражданско-правовыми, они носят административно-управленческий характер. Учитывая, что важной составляющей контракта помимо определения взаимных прав и обязанностей сторон является то, что его наличие дает возможность лицу, оказывающему содействие правоохранительным органам, открыто защищать, в том числе в суде, свои социальные, трудовые, пенсионные и иные права, данный контракт необходимо отнести к договору на оказание возмездной информационной услуги, предусмотренному ст. 779 ГК РФ.

Согласно ст. 17 действующего Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается использовать конфиденциальное содействие по контракту депутатов, судей, прокуроров, адвокатов, священнослужителей и полномочных представителей официально зарегистрированных религиозных объединений. При этом данный запрет не распространяется на установление конфиденциального сотрудничества с ними на бесконтрактной основе. Однако названные в указанной статье лица в силу занимаемого ими государственного и общественного положения, а также следуя нравственным нормам, не могут, на наш взгляд, негласно сотрудничать с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

Правоприменительная практика раскрытия и расследования преступлений показывает, что использование результатов работы оперативных подразделений в доказывании по уголовным делам сопряжено с угрозой безопасности как для лиц, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, так и для лиц, содействующих органам, ее осуществляющим. В связи с этим для надлежащей охраны последних следует включить их в список лиц, подлежащих государственной защите по Федеральному закону "О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства", предоставив им соответствующие права: на личную охрану, охрану жилища и имущества; выдачу специальных средств

индивидуальной защиты, связи, оповещения об опасности; переселение на другое место жительства; замену документов; изменение внешности и др.
