

## **ОБЕСПЕЧЕНИЕ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА ЗАЩИТУ В УСЛОВИЯХ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

**М.А. ФОМИН**

Фомин Михаил Анатольевич, кандидат юридических наук, председатель Президиума Московской городской коллегии адвокатов "Фомин и партнеры".

В статье М.А. Фомина рассмотрены проблемные и насущные вопросы обеспечения и реализации права на защиту в условиях оперативно-розыскной деятельности. Определены обстоятельства и моменты, при которых орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, обязан обеспечить возможность задержанному лицу реализовать его право на защиту.

Ключевые слова: право на защиту, адвокат, юридическая помощь, оперативно-розыскная деятельность, гласное и негласное ОРМ, проверка сообщения о преступлении, недопустимые доказательства.

Согласно ст. 1 Федерального закона N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности" (далее - Закон об ОРД) таковой является вид деятельности, осуществляемой гласно и негласно оперативными подразделениями органов, уполномоченных на то настоящим Федеральным законом в пределах их полномочий посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий (далее - ОРМ) в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств <1>.

-----  
<1> См.: Федеральный закон от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности" (ред. от 29.06.2015) // СЗ РФ. 1995. N

Задачами оперативно-розыскной деятельности (далее - ОРД) исходя из положений ст. 2 названного Закона являются: выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших.

Исходя из указанных задач в силу ст. 7 Закона об ОРД одним из оснований для проведения ОРМ являются ставшие известными органам, осуществляющим ОРД, 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.

При этом, исходя из смысла названного Федерального закона, его ст. ст. 1, 2, 7, а также 8 и 10, определяющих цели, задачи, основания и условия проведения ОРМ, под противоправным деянием подразумевается лишь уголовно наказуемое деяние, то есть преступление.

Поэтому необходимо обратить внимание на не совсем правильную и удачную конструкцию рассматриваемой нормы ст. 7 Закона. Если орган, осуществляющий ОРД, получил сведения о совершаемом или тем более уже совершенном преступлении, то уголовное дело в силу п. 3 ч. 1 ст. 140 УПК РФ должно быть возбуждено по факту такого сообщения и органы, осуществляющие ОРД, в данном случае уже не могут действовать самостоятельно, а только по поручению и под контролем следственных органов.

Аналогичные требования должны распространяться на формулировки Закона о раскрытии преступлений органами, осуществляющими ОРД.

Поэтому формулировка в Законе о том, что ОРМ проводится в случаях получения сведений о совершаемом или совершенном преступлении без достаточных на то данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, входит в существенное противоречие с нормой п. 3 ч. 1 ст. 140 УПК

РФ, которая в качестве поводов и оснований для возбуждения уголовного дела как раз и указывает на сообщение о совершенном преступлении.

Таким образом, самостоятельно, до возбуждения уголовного дела, органы, осуществляющие ОРД, вправе действовать в случаях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений с фиксацией происходящего предусмотренными Законом об ОРД процессуальными документами, когда само преступление еще не совершено, но готовится или совершается и требуется проведение ряда действий по его выявлению, пресечению и раскрытию.

Раскрытие преступления в данном случае подразумевает выявление и установление лица, которое подготовило и совершило противоправные действия, с передачей последнего органам следствия. Также органам следствия передаются все материалы, в которых были зафиксированы и действия органа, осуществляющего ОРД, по выявлению лица, подготовившего и совершившего противоправные действия, и действия самого задержанного этим органом лица.

Именно с этой целью в УПК РФ предусмотрена ст. 89, которая предписывает органам следствия и суду принимать в качестве доказательств результаты ОРД, если таковые не противоречат требованиям, предъявляемым к доказательствам уголовно-процессуальным законом.

Означает ли это, что органы следствия и суд должны проверять представленные им результаты ОРД на предмет соблюдения органом, осуществляющим ОРД, норм УПК РФ о праве задержанного лица на защиту?

Если да, то в каких случаях, при каких обстоятельствах и в какой момент орган, осуществляющий ОРД, обязан обеспечить возможность задержанному лицу реализовать его право на защиту?

Если оперативно-розыскная деятельность подразделяется на гласную и негласную, то, по понятным причинам, во время проведения негласных ОРМ право на защиту обеспечено быть не может, о чем неоднократно высказывался Конституционный Суд РФ.

В Определении от 9 июня 2005 г. N 327-О Конституционный Суд РФ сделал вывод следующего содержания: "...право на получение квалифицированной юридической помощи адвоката гарантируется любому лицу, в отношении которого осуществляется деятельность, направленная на выявление фактов и обстоятельств, уличающих его в подготовке или совершении преступления, а значит, лицу, в отношении которого проводятся оперативно-розыскные мероприятия в связи с подозрением его в причастности к подготовке или совершению преступления, должна предоставляться возможность воспользоваться квалифицированной юридической помощью адвоката, если таковая, как это следует из правовой позиции, выраженной Конституционным Судом Российской Федерации в Определении от 14 июля 1998 года N 86-О, не исключается необходимостью обеспечения режима секретности, соблюдения требований оперативности и конспиративности" <2>.

-----  
<2> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 9 июня 2005 г. 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".

Аналогичные правила распространяются на случаи, предусмотренные ст. 9 Закона об ОРД, когда орган, осуществляющий ОРД, обращается в суд за разрешением о проведении ОРМ, связанного с ограничением конституционного права граждан. "В данных правоотношениях, как указал Конституционный Суд РФ в Определении от 24 января 2006 г. N 27-О, еще нет сторон... В процедуре, в которой испрашивается судебное разрешение на проведение ОРМ, проверяемое лицо не участник процесса и знать о нем не должно. Открытости, гласности и состязательности сторон в этом процессе быть не может, ибо в противном случае оперативно-розыскные мероприятия

стали бы просто невозможны, а сама оперативно-розыскная деятельность утратила бы смысл" <3>.

-----

<3> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 24 января 2006 г. N 27-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Киштыкова Далхата Карабашевича на нарушение его конституционных прав статьей 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности".

Специфика ОРД состоит в том, что действия оперативных служб по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию противоправных деяний осуществляются в условиях режима секретности и конспиративности. Следовательно, они осуществляются в условиях отсутствия гласности и открытости, и обеспечение права на защиту лицам, в отношении которых проводятся такие ОРМ, лишено всякого смысла, поскольку само лицо, которое устанавливается на причастность к совершению противоправного деяния, не осознает, что попало под подозрение и что в отношении его проводятся ОРМ. Такое лицо не осознает, что нуждается в получении квалифицированной юридической помощи адвоката, поскольку в такие моменты не происходит непосредственного контакта этого лица с инициаторами и исполнителями проведения ОРМ.

Аналогичные правила распространяются на случаи "оперативного внедрения", на ОРМ "проверочная закупка", "оперативный эксперимент", когда лицо, выступающее со стороны органов, осуществляющих ОРД, входит в контакт с заподозренным в причастности к совершению противоправного деяния лицом и действует либо под легендой, либо как заявитель, в отношении которого были предприняты противоправные действия (вымогательство взятки и пр.) и не раскрывает себя перед проверяемым.

Таким образом, обеспечение права на защиту возникает с момента, когда ОРМ перестает быть негласным, а само проверяемое на причастность к совершению противоправного деяния лицо задерживается и в отношении

этого лица либо его имущества проводятся действия по обнаружению предметов, орудий преступления, которые впоследствии могут стать вещественными доказательствами по уголовному делу, т.е. с момента, когда начинает формироваться первичная и начальная доказательственная база причастности лица к совершению преступления.

Рассмотрим пример из практики. Приговором Чкаловского районного суда г. Екатеринбурга от 21 апреля 2014 г. О. признан виновным и осужден по ч. 3 ст. 30, п. "г" ч. 4 ст. 228.1 УК РФ. Из материалов уголовного дела следует, что оперативными сотрудниками УФСКН России по Свердловской области в отношении О. проводилось негласное ОРМ "наблюдение".

Данное ОРМ из негласного перешло в гласное, открытое мероприятие по задержанию О., поскольку в 13 часов 35 минут 15 января 2013 г. оперативными сотрудниками УФСКН было осуществлено проникновение в жилище, в ходе которого О. был задержан и подвергнут личному досмотру. После личного досмотра оперативными сотрудниками УФСКН по месту жительства О. в этот же день с 16 часов 50 минут до 17 часов 20 минут был произведен обыск жилого дома и прилегающих к дому территорий и сооружений, во время которого был изъят ряд предметов. После этого оперативные сотрудники доставили О. в другое жилище по другому адресу, где также произвели обыск.

Затем О. был принудительно доставлен в помещение УФСКН по Свердловской области для разбирательства. И только 16 января 2013 г. в 17 часов 30 минут О. был доставлен оперативными сотрудниками к следователю, о чем свидетельствует протокол задержания.

Таким образом, начиная с 13 часов 35 минут 15 января 2013 г. и до 17 часов 30 минут 16 января 2013 г., т.е. на протяжении 27 часов (одни сутки и три часа) О. находился в статусе задержанного, поскольку был задержан оперативными сотрудниками УФСКН по Свердловской области, в связи с чем был лишен права на свободное передвижение и свободы действий. Все это время при участии О. оперативные сотрудники УФСКН, применяя

властные полномочия и санкции фактического удержания О., производили процессуально значимые действия по обследованию и обыску жилых помещений на предмет отыскания запрещенных к свободному обороту веществ, опрашивали О. и всю ночь и следующий день содержали его в помещении УФСКН вплоть до доставления к следователю.

При задержании оперативными сотрудниками УФСКН О. и его фактическом аресте в период с 13 час. 35 мин. 15 января 2013 г. и до 17 час. 30 мин. 16 января 2013 г., ему должно было быть обеспечено право на обращение к адвокату-защитнику и право пользоваться услугами профессионального адвоката-защитника. Однако этого права О. был полностью лишен.

Из материалов уголовного дела следует, что оперативные сотрудники 15 января 2013 г. проверяли сообщение о совершении О. преступлений в сфере незаконного оборота наркотиков. В связи с этим оперативные сотрудники предприняли ряд подготовительных действий, а именно: обратились в суд и получили судебные решения на производство обыска в жилище О. по двум адресам в г. Екатеринбурге. Таким образом, проверка на причастность О. к совершению преступления началась 15 января 2013 г. и продолжилась до момента его задержания 15 января 2013 г. в 13 час. 35 мин.

Безусловно, в связи с изложенным можно констатировать, что права О. при задержании его оперативными сотрудниками в 13 час. 35 мин. 15 января 2013 г. и до доставления его к следователю 16 января 2013 г. в 17 час. 30 мин. были существенно нарушены, поскольку О. был лишен права и возможности обратиться за защитой своих интересов к адвокату. Кроме этого, О. был лишен возможности позвонить своим родственникам и сообщить о задержании и происходящих событиях в доме, так как все его телефоны были изъяты оперативными сотрудниками. По этой же причине О. был лишен возможности позвонить адвокату и пригласить его для защиты своих интересов во время действий оперативных сотрудников УФСКН (дело N 1-50/2014) <4>.

-----  
<4> Архив Чкаловского районного суда г. Екатеринбурга.

Какие нормы закона были нарушены в данном случае? В соответствии с п. 6 ч. 3 ст. 49 УПК РФ защитник участвует в деле с момента начала осуществления процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном ст. 144 УПК РФ.

Однако при рассмотрении уголовных дел по существу суды эту норму закона распространяют лишь на случаи, когда проверку сообщения о преступлении в порядке ст. 144 УПК РФ проводят органы следствия. И, как показывает судебная практика, эта норма закона не имеет практического применения в деятельности оперативных сотрудников при проведении ими ОРМ в отношении заподозренного в совершении противоправного деяния лица.

Так, приговором Краснотурьинского городского суда Свердловской области от 2 декабря 2014 г. К.С. признан виновным и осужден по ч. 1 ст. 30, п. "Г" ч. 4 ст. 228.1, ч. 2 ст. 228 УК РФ.

Из материалов уголовного дела следует, что 11 июля 2014 г. в 12 час. 30 минут в ходе проведения ОРМ "оперативный эксперимент" во дворе дома N 31 по ул. Чкалова в г. Краснотурьинске сотрудниками УФСКН России была задержана П. Оперативные сотрудники прошли вместе с ней в квартиру, которая ей не принадлежала и в которой она не была зарегистрирована, а только проживала совместно с К.С.

Как следует из протокола, личный досмотр П. был произведен оперативным сотрудником УФСКН в жилище, а именно: в квартире N (-) дома N (-) по ул. Ленинского Комсомола в г. Краснотурьинске. Указанное жилище принадлежит на праве собственности К., и проживал там ее сын - К.С.

Таким образом, исследованными в судебном заседании



доказательствами было установлено, что оперативные сотрудники УФСКН 11 июля 2014 г. в 12 час. 30 минут задержали П., на которую были надеты наручники, после чего по показаниям соседей установили подъезд и квартиру, из которой вышла П., а затем оперативные сотрудники сопроводили П. в жилище К.С., где произвели ее личный досмотр непосредственно в жилище. В ходе досмотра П. в пачке сигарет было обнаружено и изъято наркотическое вещество растительного происхождения.

Вторжение в указанное жилище было произведено оперативными сотрудниками в нарушение положений ст. 9 Закона об ОРД, т.е. без судебного постановления. Помимо этого, само ОРМ "оперативный эксперимент" планировалось и проводилось не в отношении К.С., поскольку о его причастности к незаконному обороту наркотиков в момент проведения 11 июля 2014 г. ОРМ "оперативный эксперимент" у оперативных сотрудников УФСКН не было каких-либо сведений и данных, которые необходимо проверять оперативным путем. Однако с момента вторжения в жилище поисковые действия в жилище, опросы самого К.С. были произведены оперативными сотрудниками без обеспечения права К.С. на обращение к адвокату и права пользоваться квалифицированной юридической помощью адвоката (дело N 1-210/2014) <5>.

-----

<5> Архив Краснотурьинского городского суда Свердловской области.

Указанные примеры из судебной практики говорят о бесправном положении задержанных при проведении того или иного ОРМ.

Между тем в уже подзабытом правоохранительными и судебными органами Постановлении Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. N 11-П было прямо указано следующее: "Закрепляя право на защиту как непосредственно действующее, Конституция РФ не связывает предоставление помощи адвоката (защитника) с формальным признанием лица подозреваемым либо обвиняемым, а следовательно, и с моментом

принятия органом дознания, следствия или прокуратуры какого-либо процессуального акта, и не наделяет федерального законодателя правом устанавливать ограничительные условия его реализации.

Норма ст. 48 (ч. 2) Конституции РФ определенно указывает на существенные признаки, характеризующие фактическое положение лица как нуждающегося в правовой помощи в силу того, что его конституционные права, прежде всего на свободу и личную неприкосновенность, ограничены, в том числе в связи с уголовным преследованием в целях установления его виновности. Поэтому конституционное право пользоваться помощью адвоката (защитника) возникает у конкретного лица с того момента, когда ограничение его прав становится реальным.

По буквальному смыслу положений, закрепленных в ст. ст. 2, 45 и 48 Конституции РФ, право на получение юридической помощи адвоката гарантируется каждому лицу независимо от его формального процессуального статуса, в том числе от признания задержанным и подозреваемым, если управомоченными органами власти в отношении этого лица предприняты меры, которыми реально ограничиваются свобода и личная неприкосновенность, включая свободу передвижения, - удержание официальными властями, принудительный привод или доставление в органы дознания и следствия, содержание в изоляции без каких-либо контактов, а также какие-либо иные действия, существенно ограничивающие свободу и личную неприкосновенность" <6>.

-----

<6> См.: Постановление Конституционного Суда РФ 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".

Эти ясно выраженные правовые позиции Конституционного Суда РФ игнорируются, когда проверка сообщения о противоправных действиях

производится органом, осуществляющим ОРД. Более того, судебная практика свидетельствует о вопиющих случаях, которые происходят с задержанными при ОРМ лицами. После задержания оперативные сотрудники, как правило, в отсутствие адвоката стремятся незамедлительно получить у лица объяснения по факту его причастности к совершению преступления, при этом не всегда законными методами и способами. А затем следственные органы стараются эти объяснения представить суду в качестве основных доказательств совершения этим лицом преступления.

Однако, как указал Конституционный Суд РФ в Определении от 1 декабря 1999 г. N 211-О, "нормы отраслевого законодательства, в том числе Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", не могут применяться в отношении обвиняемого без учета особенностей его правового положения, в том числе вытекающих из предписаний ст. ст. 48, 49 и 51 Конституции РФ; иное не только противоречило бы требованиям названных статей Конституции РФ, но и умаляло бы достоинство личности как основу признания и уважения ее прав и свобод (ч. 1 ст. 21 Конституции РФ).

Названные нормы применимы к ситуации, 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).

Таким образом, суды при решении вопроса о допустимости таких представленных стороной обвинения доказательств, как опрос, объяснение,

явка с повинной, должны исходить не из презумпции их достоверности исходя из установившихся постулатов 1970-х гг. о том, что первые показания от испуга задержания самые правдивые, а из требований закона о соблюдении процедуры получения таких доказательств, к которым в первую очередь относится право на защиту" <7>.

-----  
<7> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 1 декабря 1999 г. N 211-О "Об отказе 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".

В связи с этим следует констатировать следующее. В момент, когда ОРМ перестало быть негласным и лицо задержано органом, осуществляющим ОРД, по подозрению в совершении преступления, этому лицу должно быть разъяснено его конституционное право на защиту и обеспечена возможность реализации этого права в форме квалифицированной юридической помощи адвоката. Несоблюдение этих правил со стороны следственных и судебных органов должно в силу ст. 75 УПК РФ влечь признание полученных оперативными службами доказательств недопустимыми к использованию в доказывании фактических обстоятельств уголовного дела.

В связи с изложенным представляется необходимым п. 6 ч. 3 ст. 49 УПК РФ дополнить положением следующего содержания: "Защитник участвует в деле с момента начала осуществления процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении в порядке, предусмотренном ст. 144 УПК РФ, в том числе и при производстве гласных оперативно-розыскных мероприятий органами, осуществляющими оперативно-розыскную

деятельность".

Только конкретизация закона позволит искоренить злоупотребления и обеспечить реализацию права граждан на защиту.

### Библиография

Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18 декабря 2001 г. (в ред. от 13 июля 2015 г., с изм. и доп., вступ. в силу с 15 сентября 2015 г.) // СПС "КонсультантПлюс".

Федеральный закон от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности" // СЗ РФ. 1995. N 33. Ст. 3349.

Постановление Конституционного Суда РФ 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" // СПС "КонсультантПлюс".

Определение Конституционного Суда РФ от 1 декабря 1999 г. N 211-О "Об отказе 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" // СПС "КонсультантПлюс".

Определение Конституционного Суда РФ от 9 июня 2005 г. 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" // СПС "КонсультантПлюс".

Определение Конституционного Суда РФ от 24 января 2006 г. N 27-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Киштыкова Далхата Карабашевича на нарушение его конституционных прав статьей 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" // СПС

"КонсультантПлюс".

---

**Информация для оформления библиографической ссылки на данную публикацию:**

Фомин М.А. Обеспечение реализации права на защиту в условиях оперативно-розыскной деятельности // Адвокат. 2015. № 12. С. 49 - 54.