

ДОКУМЕНТИРОВАНИЕ ИЗЪЯТИЯ В ХОДЕ ОПЕРАТИВНО-РАЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

М.Р. ГЛУШКОВ

Глушков Максим Рудольфович, заведующий кафедрой криминалистики шестого факультета повышения квалификации (с дислокацией в городе Санкт-Петербурге) Института повышения квалификации ФГКОУ ВО "Академия Следственного комитета России".

Статья содержит рекомендации по составлению протокола, которым должно оформляться изъятие предметов и документов при проведении гласного оперативно-разыскного мероприятия. Для примера взята ситуация, когда в ходе оперативного эксперимента производится изъятие предмета взятки.

Ключевые слова: оперативно-разыскная деятельность, изъятие предмета взятки, протокол оперативно-разыскного мероприятия, задержание с поличным, участие адвоката в оперативно-разыском мероприятии.

Documenting of seizure in the course of operational-search activities

M.R. Glushkov

Glushkov Maksim Rudol'fovich, head, Chair of Criminalistics, Sixth Faculty of Advanced Training (located in Saint-Petersburg), Institute of Advanced Training, Federal State Governmental Educational Institution of Higher Education "Academy of the Investigation Committee of Russia".

The article contains recommendations for composition of record, which must be drawn up for seizure of objects and documents during the uncovered operatively-

search actions. For example, consider the situation when in the course of experiment the bribes was impounded.

Key words: operational-search activity, the removal of the bribe subject, protocol of operatively-search actions, detention in the act, participation of attorney in the operational-search activities.

Законодательство об оперативно-разыскной деятельности предоставляет сотрудникам соответствующих подразделений право изымать предметы и документы в ходе проводимых ими ОРМ <1>. Та же норма закона предусматривает, что если такое изъятие имеет место в ходе гласного оперативно-разыскного мероприятия, то об этом должен быть составлен протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства.

<1> П. 1 ч. 1 ст. 15 Федерального закона от 12.08.1995 N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности". М.: Проспект, 2013. С. 12.

Нововведение законодателя (а в указанной редакции п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД действует с декабря 2008 года <2>) несколько изменило привычное положение вещей, когда документирование ОРД и оформление процессуальных действий не были связаны друг с другом. Признавая тесную связь ОРД и уголовного судопроизводства по целям и задачам, исследователи отмечали, что оформление этих видов деятельности не может быть одинаковым <3>. А включение с декабря 2008 года в текст Закона об ОРД положений об использовании процессуальных норм рассматривается подчас как пример не вполне удачного следования правилам юридической техники <4>.

<2> Федеральный закон от 26.12.2008 N 293-ФЗ "О внесении изменений в

отдельные законодательные акты Российской Федерации в части исключения внепроцессуальных прав органов внутренних дел Российской Федерации, касающихся проверок субъектов предпринимательской деятельности" // Собрание законодательства Российской Федерации. 2008. N 52. Ст. 6248.

<3> Щетнев Л.Е. Некоторые современные вопросы реализации результатов оперативно-разыскной деятельности // Оперативник (сыщик). 2014. N 2. С. 32.

<4> Исаенко В.Н. Допустимость доказательств, полученных при исследовании результатов оперативно-розыскной деятельности // Законность. 2011. N 1. С. 31 - 32.

Возвращаясь к действующему п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД, отметим, что требования, о которых идет речь, - это, очевидно, требования ст. 166 УПК РФ, регламентирующей содержание протокола следственного действия. А вот вопрос о том, насколько точным должно быть соответствие, - представляется не таким ясным, если учитывать, как минимум, разную правовую природу оперативно-разыскного мероприятия и следственного действия, а также различный круг их участников.

Так или иначе, указанные требования закона подлежат исполнению, и в данной работе будет предпринята попытка предложить практическим работникам рекомендации по составлению протокола. Для примера будет взята распространенная ситуация, когда в ходе оперативного эксперимента производится изъятие предмета взятки <5>.

<5> Все сказанное будет в равной мере касаться и преступлений, предусмотренных ст. 204 УК РФ. Методики расследования взяточничества и коммерческого подкупа во многом сходны; существенное различие проявляется, как правило, в вопросах, касающихся субъектов этих преступлений (См.: Глушков М.Р. Проблема статуса лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческой или иной организации //

Вначале отметим: указание законодателя на то, что изъятие оформляется **протоколом**, позволяет рассматривать два варианта документирования. Так, может быть составлен единый протокол оперативного эксперимента <6>, в котором должен найти отражение и факт изъятия предмета. Либо если эксперимент оформляется актом (как это принято на практике), то потребуются дополнительный протокол, фиксирующий изъятие.

<6> Закон не содержит жестких требований к наименованию и форме оперативно-служебных документов.

Предпочтительным представляется первый вариант, поскольку при нем не возникает вопросов о том, в каком правовом режиме действуют оперативники, изымающие предмет, - это одно из прямо предусмотренных Федеральным законом оперативно-разыскных мероприятий (п. 14 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД). Все имевшие место или выявленные в ходе его существенные обстоятельства, и изъятие в первую очередь, должны быть отражены в соответствующем оперативно-служебном документе.

Если же идти по второму пути, то такой определенности уже нет: оперативно-разыскного мероприятия, именуемого изъятием, не существует, и правовые рамки такой процедуры окажутся неясны. Нужно также учесть и то, что изъятие не существует само по себе: Закон, предоставляя соответствующим органам право на проведение ОРМ, прямо говорит, что изъятие производится "при их проведении" (абзац 1 п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД). А раз так, то изъятие опять-таки должно найти отражение в документе, фиксирующем ход соответствующего ОРМ.

Что же касается текста протокола, то, во-первых, он должен содержать указание о месте (населенном пункте), дате и времени изъятия с точностью до минуты, а также о должности, фамилии и инициалах лица, составившего

протокол (п. 1, 2 ч. 3 ст. 166 УПК РФ). Далее, п. 3 той же части 3 ст. 166 требует указания фамилии, имени и отчества (не инициалов) каждого участвующего лица и, если это необходимо, - его адреса и других данных о личности.

При этом, нужно учитывать, несмотря на то что составление протокола подчинено правилам уголовно-процессуального законодательства, ссылки на Кодекс в нем недопустимы. Необходимо указывать нормы, которые действуют напрямую, - это ст. 6 и 15 Закона об ОРД <7>.

<7> Исаенко В.Н. Допустимость доказательств, полученных при исследовании результатов оперативно-розыскной деятельности // Там же. С. 32.

Участвовать в эксперименте наряду с оперативником, проводящим его и ведущим протокол, могут другие должностные лица органа, осуществляющего ОРД. Для них помимо фамилий, имен и отчеств потребуется указать должности. Поняты законодательством об оперативно-розыскной деятельности не предусмотрены, поэтому упоминаться в оперативно-служебных документах, как это иногда происходит <8>, они не могут. Законом об ОРД (ч. 5 ст. 6) допускается при проведении ОРМ использовать помощь граждан. Такие граждане, привлекаемые для удостоверения результатов проводимого мероприятия, на практике именуются представителями общественности. Для них указываются адреса, а для специалиста, если он приглашен <9>, например, для применения видеозаписи, - должность. Также должность следует указать и для лица, задержанного с поличным <10>.

<8> Ким Е.П., Быков А.В. Типичные ошибки в документах, содержащих результаты ОРД, и пути их устранения: Методические рекомендации. Хабаровск: СУ СК России по Хабаровскому краю, 2011. С. 10.

<9> Та же ч. 5 ст. 6 Закона об ОРД предусматривает помощь

специалистов, обладающих специальными знаниями, в проведении оперативно-разыскного мероприятия. Применять видеозапись в порядке ч. 3 ст. 6 Закона об ОРД вправе и сотрудник органа, осуществляющего оперативно-разыскную деятельность.

<10> "Задержанный", как и "задержание с поличным", для простоты употребляется здесь в обиходном смысле, а не в фактическом (о буквальном удержании гражданина, препятствовании его перемещению речи не идет) и тем более юридическом - административном или уголовно-процессуальном.

Во-вторых, ч. 10 ст. 166 УПК РФ предписывает, что протокол должен содержать заверенные подписями участников записи о разъяснении им их прав. Если быть точными, то здесь идет речь о разъяснении "участникам следственных действий в соответствии с настоящим Кодексом их прав, обязанностей, ответственности, а также порядка проведения следственного действия".

О правах лиц, привлекаемых к участию в оперативно-разыскном мероприятии, Закон об ОРД не упоминает. Процессуальных прав, в отсутствие какого-либо статуса, эти лица, разумеется, также лишены. Поэтому применительно к оперативному эксперименту есть смысл указывать в протоколе лишь то, что граждане приглашены в порядке ч. 5 ст. 6 Закона "Об оперативно-разыскной деятельности" для удостоверения факта, содержания и результатов оперативно-разыскного мероприятия (это и составляет их обязанность), специалист - в том же порядке для применения специальных знаний (это его обязанность). По окончании эксперимента они вправе делать замечания о дополнении и уточнении протокола (прямая аналогия с ч. 5 ст. 166 УПК РФ). Какой-либо ответственности для этих участников Закон не предусматривает. Что касается порядка проведения мероприятия, то на практике в любом случае оперативник с той или иной степенью доходчивости информирует участвующих лиц о его целях, содержании и порядке. Поэтому запись в протоколе о том, что наряду с правами и обязанностями участвующим

лицам разъяснен также порядок оперативного эксперимента, может и должна быть.

Правам и обязанностям оперативных сотрудников посвящены ст. 14 и 15 Закона об ОРД, однако сформулированы они применительно к органу, осуществляющему ОРД, и в ходе конкретного мероприятия не реализуются. Соответственно, и для оперативников достаточным будет разъяснение порядка проведения оперативного эксперимента и права вносить замечания на протокол.

Лицу, задержанному с поличным, должны быть разъяснены положения ч. 1 ст. 51 Конституции РФ, что следует, в частности, из позиции Конституционного Суда РФ, изложенной в Определении от 01.12.1999 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" (абзац второй п. 2 установочной части).

Вопрос об участии в ОРМ адвоката и, стало быть, о необходимости разъяснять гражданину право его пригласить заслуживает отдельного рассмотрения. Не приводя здесь всей необходимой аргументации, отметим в целом, что такое право задержанному с поличным при получении взятки как минимум должно быть разъяснено. Что же касается реализации этого права, то необходимо иметь в виду следующее.

Конституционный Суд РФ, расширительно (по сравнению с уголовно-процессуальным законодательством) толкуя момент, с которого может быть реализовано право, предусмотренное ч. 2 ст. 48 Конституции РФ <11>, указывает, что оно возникает независимо от формального процессуального статуса лица, если осуществляется его уголовное преследование, проявлением которого следует признать и оперативно-розыскную деятельность, направленную на изобличение гражданина в совершении преступления <12>.

<11> См.: Постановление от 27.06.2000 N 11-П по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова, а также Определение от 15.11.2007 N 924-О-О "По жалобе гражданина Козлова Дмитрия Борисовича на нарушение его конституционных прав пунктом 13 части четвертой статьи 47, пунктом 1 части второй статьи 75, частью первой статьи 285 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и пунктом 1 части первой статьи 6 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" [Электронный ресурс]: официальный сайт КС РФ. URL: <http://www.ksrf.ru>.

<12> См., например: Лазарева В.А. Особенности проведения оперативно-розыскных мероприятий для установления оснований уголовной ответственности. 2011 [Электронный ресурс]. URL: http://edu.tltsu.ru/sites/sites_content/site1238/html/media71251/Lazareva.pdf (дата обращения: 24.11.2014). В предпоследнем абзаце автор не вполне по тексту, но в целом верно воспроизводит позицию Конституционного Суда РФ из Постановления от 27.06.2000 N 11-П по жалобе Маслова В.И.: потребность в помощи адвоката обусловлена совершением в отношении лица **процессуальных или оперативно-розыскных действий**, направленных на изобличение его в совершении преступления.

Вместе с тем ОРД имеет свою специфику: она может проводиться негласно и зачастую осуществляется в условиях, не терпящих отлагательства. Учитывая это, Конституционный Суд РФ не находит в положениях Закона об ОРД, который не предусматривает участия адвоката в оперативно-розыскных мероприятиях, какого-либо несоответствия Конституции РФ (и в первую очередь ч. 2 ст. 48) <13>.

<13> Определение Конституционного Суда РФ от 21.04.2011 N 580-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Панова Юрия

Георгиевича на нарушение его конституционных прав статьей 6 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" [Электронный ресурс]: официальный сайт КС РФ. URL: <http://www.ksrf.ru>.

По этой причине отсутствие адвоката при задержании с поличным в ходе оперативного эксперимента не может рассматриваться как нарушение права на оказание юридической помощи - в силу неотложности осуществляемых мер по изобличению виновного.

Именно с этих позиций, заложенных в Определении от 21.04.2011 N 580-О-О (см. сноску), и нужно рассматривать в каждом случае вопрос о праве гражданина на квалифицированную юридическую помощь в ходе оперативно-розыскного мероприятия. Надо учитывать при этом, что безотлагательность, которую Конституционный Суд РФ рассматривает как возможное условие ограничения права на юридическую помощь, не является неотъемлемым свойством любого ОРМ. Если мероприятие (например, то же обследование помещения) спланировано и проведено так, что явка адвоката может быть обеспечена не в ущерб неотложности ОРМ и не поставит под угрозу его исход, то право, предусмотренное ч. 2 ст. 48 Конституции РФ, может быть реализовано и, разумеется, подлежит разъяснению <14>.

<14> С учетом изложенного представляется неоправданной точка зрения о том, что указанное Определение по жалобе Панова Ю.Г. признает конституционной практику неучастия адвоката в любых ОРМ, предусмотренных п. 8 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД (обследование помещений, зданий и т.д.) (См.: Болежанова Г.Б., Малахов А.С. Участие адвоката в проведении отдельных оперативно-розыскных мероприятий // Международный журнал прикладных и фундаментальных исследований. 2013. N 10. С. 313 - 314). Сложно поддержать авторов и в том, что Конституционный Суд РФ в данном случае имел в виду **исключительно** обследование. Думается, приведенная в решении позиция касается и других

ОРМ, если они проводятся в условиях, не терпящих отлагательства.

Когда же участие адвоката не может быть реально обеспечено, разъяснение права воспользоваться его услугами, казалось бы, теряет смысл. Однако сам вопрос о возможности или невозможности немедленной явки не может быть поставлен абстрактно, вне связи с конкретным юристом. При этом только задержанному (или, во всяком случае, ему - лучше других) может быть известно лицо, которое он в сложившейся ситуации рассматривает как своего потенциального адвоката.

Изложенное свидетельствует о том, что право на получение квалифицированной юридической помощи, предусмотренное ч. 2 ст. 48 Конституции РФ, должно быть разъяснено задержанному с поличным вне зависимости от того, насколько вероятна его реализация в данных условиях.

В-третьих, согласно ч. 5 ст. 166 УПК РФ нужно указать примененные технические средства (например, видеокамеру) и лиц, которые их применяли. Кроме того, подписями участвующих лиц должна быть заверена отметка о том, что они были заранее об этом применении предупреждены (исключая задержанного с поличным).

В-четвертых, в силу ч. 4 ст. 166 УПК РФ в протоколе должны описываться произведенные действия, выявленные при их производстве существенные обстоятельства, а также заявления участвующих лиц. Если для простоты взять собственно изъятие и не рассматривать ход оперативного эксперимента в остальной части, то формулировки будут сходны с теми, что применяют следователи в протоколах выемки, например:

"...гр-ну [ф.и.о. заподозренного] в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона "Об оперативно-розыскной деятельности" было предложено выдать имеющиеся у него денежные средства, полученные от [ф.и.о. лица, задержанного полицией в качестве "взякодателя"]. На это [ф.и.о. заподозренного] достал из верхнего ящика своего письменного стола <15> и передал оперуполномоченному белый бумажный конверт, пояснив, что

получил его от [ф.и.о. "взяткодателя"; когда и за что]. Клапан конверта не заклеен, в нем обнаружены денежные средства в сумме [какой] купюрами [какими] с номерами [какими]. Указанные денежные средства изъяты, упакованы [каким образом], опечатаны печатью [какой] с подписями участвующих лиц".

<15> Варианты могут быть самыми различными - "достал из внутреннего кармана пиджака", "указал на лежащий на столе конверт" и т.д., в зависимости от способа непосредственного принятия взятки.

В-пятых, во исполнение ч. 8 ст. 166 УПК РФ делается запись о том, что к протоколу прилагается кассета с видеозаписью (или электронный носитель - диск, карта памяти).

Немаловажный вопрос о том, нужно ли воспроизводить участникам сделанную видеозапись, - выходит за пределы заявленной темы. Отметим, однако, что такое воспроизведение имеет место для следственных действий в силу сложившейся практики: в свое время ч. 4 ст. 141.1 УПК РСФСР ("Применение звукозаписи при допросе") требовала полного воспроизведения звукозаписи допрашиваемому. Этот подход был по аналогии распространен и на видеозапись, и, более того, на иные, помимо допроса, следственные действия. Сохраняется такая практика по инерции и сейчас, несмотря на то что уголовно-процессуальное законодательство Российской Федерации (к которому и адресует абзац 2 п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД) подобных предписаний не содержит даже для аудиозаписи допроса.

В-шестых, протокол заканчивается:

- записями о том, что он предъявлен для ознакомления всем участвующим лицам (ч. 6 ст. 166 УПК РФ);

- указанием на способ ознакомления (путем личного прочтения или оглашения оперуполномоченным - по аналогии с протоколом следственного действия);

- изложением имеющихся замечаний либо указанием на их отсутствие.

Если замечания есть, то они удостоверяются участниками (ч. 6 ст. 166 УПК РФ);

- подписями участвующих лиц (ч. 7 ст. 166 УПК РФ).

В случае отказа задержанного с личным подписать протокол - запись об этом, по аналогии с ч. 1 ст. 167 УПК РФ, удостоверяется подписями участвующих лиц. При этом должны указываться и причины отказа, если они сообщены фигурантом (ч. 2 ст. 167 УПК РФ).

Литература

1. Болежанова Г.Б., Малахов А.С. Участие адвоката в проведении отдельных оперативно-розыскных мероприятий // Международный журнал прикладных и фундаментальных исследований. 2013. N 10.

2. Глушков М.Р. Проблема статуса лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческой или иной организации // Юридический мир. 2014. N 6 (210).

3. Исаенко В.Н. Допустимость доказательств, полученных при исследовании результатов оперативно-розыскной деятельности // Законность. 2011. N 1.

4. Ким Е.П., Быков А.В. Типичные ошибки в документах, содержащих результаты ОРД, и пути их устранения: Методические рекомендации. Хабаровск: СУ СК России по Хабаровскому краю, 2011.

5. Щетнев Л.Е. Некоторые современные вопросы реализации результатов оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). 2014. N 2.

Информация о публикации для оформления ссылки:

Глушков М.Р. Документирование изъятия в ходе оперативно-розыскной деятельности // Российский следователь. 2015. N 2. С. 48 - 52.