

В. А. Гусев

**ОСОБЕННОСТИ ПРОВЕДЕНИЯ ОПЕРАТИВНО-РАЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ,
ОГРАНИЧИВАЮЩИХ КОНСТИТУЦИОННЫЕ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА,
В СЛУЧАЯХ, КОТОРЫЕ НЕ ТЕРПЯТ ОТЛАГАТЕЛЬСТВА**

В статье рассматриваются организационно-правовые аспекты проведения *оперативно-разыскных мероприятий*, ограничивающих *конституционные права и свободы человека и гражданина*, в случаях, которые не терпят отлагательства, и процедуры последующего получения *судебного решения*. При этом автор затрагивает проблемы использования результатов таких мероприятий и ответственности должностных лиц в случае необоснованного их проведения.

Ключевые слова: оперативно-разыскная деятельность, права и свободы человека и гражданина, судебное решение.

V. A. Gusev

**PECULIARITIES OF THE CONDUCT OF OPERATIONAL SEARCH ACTIVITIES RESTRICTING
HUMAN AND CIVIL CONSTITUTIONAL RIGHTS IN CASES THAT ADMIT OF NO DELAY**

The article focuses on the organizational and legal aspects of the conduct of operational search activities restricting human and civil constitutional rights and freedoms in those cases which admit of no delay and the procedures of the following judicial decision-making process. Along with this, the author raises problems of using the results of such activities and the officials' responsibility in case of their groundless conduct.

Keywords: operational search activities, human and civil rights and freedoms, judicial decision.

Судебное рассмотрение оперативно-разыскных материалов об ограничении конституционных прав граждан и принятие соответствующего судебного решения о проведении оперативно-разыскного мероприятия (далее — ОРМ) или об отказе в его проведении является достаточно эффективным средством обеспечения защиты от необоснованного вторжения в частную жизнь человека. Однако в оперативно-разыскной 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 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее — 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 ч суда (судьи) и получением судебного решения в течение 48 часов с момента начала проведения ОРМ. Однако детально данная процедура в оперативно-разыском 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 длящееся мероприятие, для продолжения которого требуется судебное решение [1, с. 58]. Если оперативно-разыскное 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 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-разыскного мероприятия [2].

Необходимо отметить, что уголовно-процессуальное законодательство достаточно четко регламентирует аналогичную процедуру получения судебного решения о законности проведенного следственного действия. Так, в ч. 5 ст. 165 УПК РФ к уведомлению следователь прилагает «копии постановления о производстве следственного действия и протокола следственного действия для проверки законности решения о его производстве» (выделено нами — В. Г.). Получив указанное уведомление, судья в течение 24 часов проверяет законность произведенного следственного действия и выносит постановление о его законности или незаконности. То есть фактически суд проверяет законность не только принятия самого решения о производстве следственного действия, но также и всего его хода [3]. Мы полагаем, что в ходе дальнейшего

совершенствования оперативно-разыскного законодательства принятие аналогичных норм позволит конкретизировать процедуру судебной проверки обоснованности и законности принятия решения о проведении неотложного оперативно-разыскного мероприятия.

Кроме того, в действующем ФЗ об ОРД не решен вопрос ни о форме уведомления судьи о проведении (или проведенном) оперативно-разыскного мероприятия, ни о форме судебного акта в случае признания незаконным проведенного оперативно-разыскного мероприятия. Именно поэтому в разных регионах формируется различная оперативно-разыскная 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 ч сразу представлять в суд мотивированное секретное постановление с указанием времени начала проведения оперативно-разыскного мероприятия, при этом его регистрация в суде исключает необходимость дополнительного уведомления [4, с. 32]. Полагаем, что данное предложение не лишено смысла, так как, во-первых, предполагает исключение из процедуры получения судебного решения непонятное «уведомление», 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.

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-разыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-разыскного мероприятия *либо прекратить его проведение*» (выделено нами — 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 оперативно-разыскных мероприятий 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 ч оперативно-разыскного мероприятия, ограничивающего конституционные права граждан, и дальнейшее его прекращение даже без попытки получения судебного решения.

Вместе с тем возникает обоснованный вопрос о перспективах использования результатов оперативно-разыскного мероприятия, на проведение которого не было получено судебное решение, т. е. его проведение было признано судом незаконным. С одной стороны, результаты получены в ходе оперативно-разыскного мероприятия, проводимого в соответствии с правовой процедурой, регламентированной ФЗ об ОРД, следовательно, их получение должно быть признано правомерным [5, с. 167]. С другой — аналогичная ситуация в уголовно-процессуальном законодательстве разрешается иначе. Так, согласно ч. 5 ст. 165 УПК РФ, если судья признает произведенное в исключительном порядке следственное действие незаконным, все доказательства, полученные в ходе такого следственного действия, признаются недопустимыми. Полагаем, следует согласиться с А. Е. Чечетиным в том, что при таком подходе законодателя к оценке следственных действий вряд ли можно рассчитывать на иное отношение к результатам ОРМ, на которые не будет получено судебное решение [1, с. 58—59]. Однако в целях исключения дискуссии по данному актуальному вопросу оперативно-разыскной практики представляется целесообразным четко регламентировать его в ФЗ об ОРД.

Достаточно прогнозируемой, и в связи с этим актуальной, на наш взгляд, является проблема ответственности должностных лиц органа, осуществляющего ОРД, в случае принятия судебного решения о необоснованности проведения в исключительном порядке ОРМ,

ограничивающего конституционные права человека. В различных комментариях к ФЗ об ОРД авторы достаточно единодушно отмечают, что такое судебное решение должно автоматически «влечь за собой предусмотренные законодательством меры ответственности в зависимости от наступивших последствий» [6]. Мы полагаем, что необходимо очень осторожно высказывать подобную оценку инициативным действиям органов, осуществляющих ОРД, пусть даже не нашедших поддержку у суда.

Во-первых, следует иметь в виду, что основания для проведения оперативно-разыскных мероприятий, предусмотренные в ст. 7 ФЗ об ОРД, равно относятся ко всем мероприятиям (ст. 6 ФЗ об ОРД), включая и оперативно-разыскные мероприятия, ограничивающие конституционные права граждан. Отличие заключается лишь в том, что имеется дополнительная правовая процедура получения судебного решения на проведение таких мероприятий при наличии информации, предусмотренной в качестве условий в ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД. При этом следует особо подчеркнуть, что в оперативно-разыском законодательстве не предусматриваются более четкие критерии оценки данной информации, поэтому ее содержание и качество оценивается судьей сугубо субъективно. И именно на основании этой субъективной оценки судья принимает решение о законности или незаконности проведенного оперативно-разыскного мероприятия. Безусловно, в случае отказа орган, осуществляющий ОРД, имеет право обратиться по этому же вопросу в вышестоящий суд, и это в некоторой степени повышает объективность рассмотрения ходатайства. Однако пока нет четких законодательных критериев оценки информации как основания для проведения оперативно-разыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права граждан, мы можем неоднократно черпать из практики примеры необоснованных и необъективных судебных отказов, обусловленных человеческим фактором, субъективным подходом, а иногда и коррупцией. В связи с этим вряд ли можно однозначно и беспеллационно утверждать, что во всех случаях судебного отказа

соответствующие должностные лица оперативных подразделений подлежат юридической ответственности.

Во-вторых, в ч. 10 ст. 5 ФЗ об ОРД определено, что нарушения настоящего Федерального закона при осуществлении ОРД влекут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации. Но ответственность в данном случае наступает именно за нарушения ФЗ об ОРД. В то время как ни о возможных последствиях, ни об ответственности должностных лиц, в случае отказа в принятии судебного решения о проведении ОРМ, осуществляемого в порядке ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД, в тексте данного закона нет никакого упоминания.

Безусловно, негативные последствия могут наступить в том случае, если полученная в ходе проведения оперативно-разыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права гражданина, информация о его частной жизни, личной и семейной тайне была разглашена. Разглашать такие сведения, которые стали известными в процессе проведения оперативно-разыскных мероприятий, без согласия граждан прямо запрещено в ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД, и это может повлечь за собой привлечение к уголовной ответственности по ст. 137 «Нарушение неприкосновенности частной жизни» Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ). Однако в этом случае речь уже идет о других действиях (или бездействии) должностных лиц, не связанных непосредственно с проведением ОРМ и получением судебного решения о его проведении.

Вместе с тем следует отметить, что уголовным законодательством предусматривается также уголовная ответственность за нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений (ст. 138 УК РФ) и за нарушение неприкосновенности жилища (ст. 139 УК РФ). Более того, составы преступлений в обоих случаях являются формальными, т. е. считаются оконченными с момента совершения указанных действий и не связаны с наступлением негативных для потерпевшего последствий. Учитывая данное обстоятельство, попытки квалифицировать по указанным статьям УК РФ

действия должностных лиц оперативных подразделений в ходе проведения оперативно-разыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права граждан, в случае судебного отказа, могут существенно подорвать всякую инициативу и наступательность в оперативно-разыскной деятельности. Более того, подобная уголовно-правовая квалификация делает абсолютно бесперспективной и нежизнеспособной попытку законодателя сформулировать исключительную процедуру проведения неотложного оперативно-разыскного мероприятия с последующим получением судебного решения. По нашему твердому убеждению, оперативные сотрудники не подлежат уголовной ответственности по ст. 138 и 139 УК РФ в случае, если они оформили соответствующие оперативно-служебные документы, отражающие принятие решения и сам процесс проведения оперативно-разыскного мероприятия, и в дальнейшем соблюли порядок уведомления и обращения в суд для получения решения, несмотря на его отрицательный характер, т. е. действовали в соответствии с ФЗ об ОРД.

Приведенные выше аргументы, полагаем, позволяют сделать вывод о недостаточной регламентации в ФЗ об ОРД процедуры проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права и свободы граждан в случаях, не терпящих отлагательства. Вместе с тем, принимая во внимание, что в ОРД существует объективная необходимость проведения таких мероприятий и при этом требуется обеспечить судебные гарантии обоснованности ограничения прав и свобод человека при их проведении, законодательная регламентация исключительного порядка осуществления ОРМ крайне важна. В связи с этим считаем необходимым более детально прописать процедурно-процессуальные аспекты принятия решения о проведении таких ОРМ руководителем органа, осуществляющего ОРД; уведомления суда (судьи); получения судебного решения о проведении такого ОРМ; его прекращения и использования результатов.

Список библиографических ссылок

1. Чечетин А. Е. Оперативно-разыскные и права личности: монография. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006. С. 58—59.
2. Гуськова А. П., Муратова Н. Г. Судебное право: история и современность судебной власти в сфере уголовного судопроизводства: монография. М.: Юрист, 2005.
3. Смирнов А. В., Калиновский К. Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации: постатейный. 5-е изд., перераб. и доп. / под общ. ред. А. В. Смирнова // СПС Консультант Плюс. М.: Проспект, 2009.
4. Баженов С. В. Некоторые вопросы судебного санкционирования оперативно-розыскных мероприятий // Оперативник (сыщик). 2010. № 2. С. 32.
5. Бобров В. Г. К вопросу об основаниях и условиях проведения оперативно-разыскных мероприятий // Актуальные проблемы теории борьбы с преступностью и правоприменительной практики: межвуз. сб. науч. тр. / отв. ред. В. И. Горобцов. Красноярск, 2003. Вып. 6. С. 167.
6. Вагин О. А., Исиченко А. П., Чечетин А. Е. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности»: постатейный. Деловой двор, 2009 // СПС КонсультантПлюс; Киселев А. П. Комментарий к Федеральному закону от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»: постатейный (подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2008).