

В. Ф. Луговик

ОПЕРАТИВНО-РАЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ В КОНТЕКСТЕ РОССИЙСКОГО КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА

В статье рассматривается проблема конституционализации оперативно-разыскной деятельности, обосновываются актуальность и многоаспектность указанной проблемы. Показано, что на современном этапе конституционализация оперативно-разыскной деятельности лежит в плоскости совершенствования конституционного правосознания как правоприменителя, так и иных участников оперативно-разыскного процесса.

Ключевые слова: конституционализм, оперативно-разыскная деятельность, Конституционный суд, конституционное правосознание и правоприменение.

V. F. Lugovik

OPERATIONAL SEARCH ACTIVITIES IN THE CONTEXT OF RUSSIAN CONSTITUTIONALISM

The article focuses on the problem of constitutionalization of operational search activities and gives grounds for the urgency and multidimensionality of this problem. The author shows that constitutionalization of operational search activities at the modern stage is closely related to improvement of constitutional legal awareness of law enforcement officials as well as other participants of operational search process.

Keywords: constitutionalism, operational search activities, the Constitutional Court, constitutional legal awareness and law enforcement.

Конституционализм как правовое явление наиболее активно исследуется отечественной юридической наукой лишь в последние два десятилетия. Безусловным катализатором научного внимания к проблеме конституционализации оперативно-разыскной деятельности стало принятие на всенародном референдуме Конституции Российской Федерации и как следствие — необходимость осмысления ее положений и реализация основных конституционных идей в оперативно-разыском 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].

Предваряя изложение авторских суждений, важно определиться с исходными правовыми и научными понятиями. Такая оговорка необходима еще и потому, что проблемы конституционализации интересуют оперативно-

разыскную науку в прикладном плане, означая, прежде всего, конкретность и определенность правовых конституционных установлений для оперативно-разыскной 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].

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-разыскного ограничения прав и свобод человека и гражданина. Существенным аспектом конституционализма оперативно-разыскной деятельности выступает верховенство Конституции в правовой системе, ее прямое действие, конституционное признание прав и свобод личности, правовой характер взаимоотношений гражданина и государства [6].

Конкретизировать идеи конституционализма применительно к оперативно-разыскной 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].

По нашему мнению, конституционализация оперативно-разыскной 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-разыскное 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 ему законов и подзаконных актов, регламентирующих рассматриваемый 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-разыскной деятельности.

В последние годы мы наблюдаем процесс конституционализации этой деятельности посредством формирования самостоятельной отрасли права — оперативно-разыскного права. Изменения, происходящие в этой сфере, во многом связаны с изменением структуры и роли источников оперативно-разыскного права. Признание конституционных принципов как источников правового регулирования стимулировало внедрение в оперативно-разыскное 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 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 13 марта 1992 г. № 2506-1 «Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации» именно по причине его несоответствия Конституции Российской Федерации.

Анализ последующих изменений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» [13] показывает существенное влияние решений Конституционного суда Российской Федерации на законотворчество. Так, 5 января 1999 г. ст. 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 г. 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 5 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.

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.

Безусловно, косвенное присутствие этих элементов просматривается практически во всех концепциях конституционализма. Однако, по нашему мнению, применительно к оперативно-разыскной деятельности их важно выделить из классификационного ряда, подчеркнув некоторую автономность и особую значимость. Чем это обусловлено? Дело в том, 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 зависит 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].

Как свидетельствует оперативно-разыскная 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-разыскную деятельность.

А. Е. Чечетин, проанализировавший практику Конституционного суда Российской Федерации, констатирует, что причиной обращений о признании не соответствующими Конституции Российской Федерации отдельных положений оперативно-разыскного законодательства чаще всего является не плохая конструкция правовых норм, а «неправильное и произвольное их применение сотрудниками оперативно-разыскных служб, игнорирование закрепленного в Федеральном законе «Об оперативно-разыскной 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].

Вместе с тем можно утверждать, что на современном этапе конституционализация оперативно-разыскной деятельности лежит в плоскости совершенствования конституционного правосознания как правоприменителя, так и иных участников оперативно-разыскного процесса. В обществе достаточно сильно негативное отношение к оперативно-разыскной работе: часто обыватель оценивает ее как «стукачество», «сексотство», предательство, «подглядывание в замочную скважину», отмечается вынужденность оперативно-разыскной 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-разыскная 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-разыскной деятельности и иным видам правоприменения.

В профессиональном правосознании существует множество предубеждений и стереотипов. До сих пор аргументация социальной обусловленности оперативно-разыскной 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-разыскной 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-разыскных мероприятий* (выделено нами — В. Л.)» [28]. Более категоричен К. К. Горяинов, отмечая, что оперативно-разыскная деятельность проводится в исключительных случаях и применение оперативно-разыскных средств следует рассматривать как крайнюю необходимость [29]. С высказанным суждением можно согласиться лишь в той части, что оперативно-разыскная деятельность осуществляется при наличии достаточных оснований, которые определены пп. 1—6 ч. 1 ст. 7 и ч. 2 ст. 10 Федерального закона «Об оперативно-разыскной деятельности». Что же касается дополнительного условия — невозможности пресечения или раскрытия совершаемых деяний без проведения оперативно-разыскных мероприятий, — то оно в нем в одном законе не упоминается, а в перечне аргументов специфичности оперативно-разыскной деятельности, по нашему мнению, является излишним.

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-разыскной 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-разыскной деятельности.

Б. Т. Безлепкин, отмечая, что законодательство об оперативно-разыскной деятельности положило начало теоретическому осмыслению оперативно-разыскной деятельности в открытом, гласном режиме, сетует, что «как-то **сразу, априори, монопольное положение заняла идея, будто оперативно-разыскная деятельность является правовой** (выделено нами — В. Л.)». На ее основе родилась теория, согласно которой совокупность законоположений, посвященных этой деятельности, образует самостоятельную отрасль оперативно-разыскного права, нормы которой регулируют оперативно-разыскной процесс (по аналогии с уголовным процессом)» [30]. Ссылаясь на мнение М. С. Строговича, который якобы доказал, что оперативно-разыскные действия не создают правоотношений, Б. Т. Безлепкин делает вывод, что оперативно-разыскные решения и мероприятия, будучи по природе своей разведывательными, ни регулятивных, ни охранительных правоотношений не порождают [30]. По нашему мнению, тезис о неправоном характере оперативно-разыскной деятельности, которую регулирует одноименный федеральный закон, не может не вызвать недоумения.

Б. Т. Безлепкин приводит поразительный аргумент в пользу воззрения о неправоном

характере оперативно-разыскной 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 нами — *В. Л.*) ничего не знают» [30]. Иными словами, если учебная дисциплина «оперативно-разыскная деятельность» в университете, известном Б. Т. Безлепкину, не преподается, то ее и не существует. Акцент на **«юристов 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-разыскной деятельности» читается в объеме от 50 до 80 часов. Может, проблема лежит в плоскости правосознания некоторых ученых и научных коллективов, которые, монополизировав кафедры и имея неприязнь к оперативно-разыскной деятельности, не дают возможность студентам изучать Федеральный закон «Об оперативно-разыскной деятельности»?

Изложенное позволяет сделать вывод, что конституционализация оперативно-разыскной деятельности протекает сложно как в формально-юридическом отношении, так и в части изменения правосознания. Профессиональное и обыденное правосознание часто смыкаются в неприятии и негативной оценке оперативно-разыскной деятельности. Это существенным образом затрудняет процессы нормотворчества и правоприменения.

Примечания

1. Достаточно сказать, что вопросы применения оперативно-разыскных норм и осуществления оперативно-разыскных 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. № 7; Дело «Быков (Bykov) против Российской Федерации» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2009. № 6; Решение ЕСПЧ от 10.07.2007 г.; По вопросу приемлемости жалобы № 6293/04 «Михаил Мирилашвили (Mikhail Mirilashvili) против Российской Федерации» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2008. № 2; и др.
2. Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / пер. с венг. М., 2001. С. 20.
3. Баев В. Г. Конституционализм как понятие // Юрид. мир. 2007. № 10. С. 19.
4. Самигуллин М. В. К вопросу о понятии конституционализма // Право и политика. 2007. № 11. С. 23.
5. Мамитова Н. В. Теория российского конституционализма: история и современность. М., 2005. С. 23.
6. Кокотов А. Н. Предназначение конституционализма // Российская юридическая доктрина в XXI веке: проблемы и пути решения: науч.-практ. конф. (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 гос. академии права. 1995. № 2. С. 32.
7. Боброва Р. А. Конституционный строй и конституционализм в России: монография. М., 2003. С. 24—25.
8. Фридмэн Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 150—152.
9. Кравец И. А. Формирование российского конституционализма (проблемы теории и практики): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 15—16.
10. Бондарь Н. С. Конституционализация социально-экономического развития российской государственности (в контексте решений Конституционного суда Российской Федерации). М., 2006. С. 8.
11. Витрук Н. В. Развитие конституционализма в Российской Федерации (в контексте правовых позиций Конституционного суда Российской Федерации) // Проблемы развития и совершенствования российского законодательства: сб. ст. Ч. I. Томск, 1999. С. 17.
12. Бондарь Н. С. Конституционное правосудие как фактор модернизации российской государственности // Журнал рос. права. 2005. № 11.
13. С 1997 г. в Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» 17 раз вносились изменения.
14. По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И. Г. Черновой: определение Конституционного суда РФ от 14.07.1998 г. № 86-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 Российской Федерации от 06.03.2001 г. № 58-О; По жалобе гражданина Чукова Анзаура Николаевича на нарушение его конституционных прав положениями пп. 1 и 3 ч. 1 ст. 6 и подп. 1 п. 2 ч. 1 ст. 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного суда РФ от 09.06.2005 г. № 327-О; 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 № 53203/99) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2006. № 7.
16. Эбзеев Б. С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности. М., 2007. С. 113.

17. Хабриева Т. Я. Теория современного основного закона и российская Конституция // Журнал рос. права. 2008. № 12. С. 17.
18. Основы государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан» (утв. Президентом Российской Федерации) // Рос. газ. 2011. 14 июня.
19. Кравец И. А. Формирование российского конституционализма (проблемы теории и практики). Москва; Новосибирск, 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. Баринев Э. Э. Конституционное правосознание в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2001. С. 17.
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» (Долгова А. И. Правовое воспитание молодежи. М., 1979. С. 46—47).
24. Чечетин А. Е. О проблеме обеспечения прав личности при проведении оперативно-разыскных мероприятий // Актуальные проблемы соблюдения прав личности в правоохранительной деятельности органов внутренних дел: сб. материалов Всерос. науч.-практ. конф. 30 июня — 1 июля 2011 г. Хабаровск, 2011. С. 124.
25. Ильин И. А. О сущности правосознания. М., 1993. С. 20.
26. Особое мнение судьи конституционного суда российской федерации А. Л. Кононова «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-разыскной деятельности» по жалобе гражданки И. Г. Черновой // СЗ РФ. 1998. № 34 Ст. 4368.
27. Исключительность в данном контексте понимается как непохожесть на других, исключение из общих правил и норм. См.: Толковый словарь русского языка: в 4 т. Т. 1 / под ред. проф. Д. Ушакова. М., 1996. С. 12—27.
28. Бобров В. Г. Оперативная разработка: проблемные вопросы теории и практики // Теоретические и практические проблемы оперативно-разыскной деятельности. Калининград, 1999. С. 17
29. Оперативно-разыскная деятельность: учебник / под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, А. Ю. Шумилова. М., 2001. С. 76.
30. Безлепкин Б. Т. Настольная книга следователя и дознавателя. М., 2008.