

Розділ V. НАУКОВЕ ЖИТТЯ

удк 343.1

Б.Г. Розовский

ОРД: МЕДЛЕННОЕ, НО ДВИЖЕНИЕ ВПЕРЕД

Теория и практика ОРД долгое время была незаконнорожденной дочерью уголовного процесса. Ныне нарастает обратная тенденция: ОРД пыгаются представить как рядовое процессуальное действие. В итоге, как в пословице – хрен редьки не слаще. Основное противоречие – ОРД якобы находится в грубом противоречии с гарантированными Конституцией Украины правами и свободами граждан. Тема эта служила предметом ряда диссертаций многих юристов и философов, но продуктивного решения не нашла. Сегодня требование разумного подхода выдвинула сама жизнь. Небезынтересно, что инициатором стала Европа, ранее занимавшая крайне жесткую позицию. Однако ослабление запрета не означает автоматическую трансформацию процессуального регламента проведения ОРМ. В статье предпринята попытка высветить часть стоящих проблем и обозначить подходы к их решению.

Ключевые слова: *оперативно-розыскная деятельность, уголовный процесс, права граждан, оперативно-розыскное мероприятие, контроль, надзор, прокурор, суд.*

Долгие годы среди правоведов, представителей других наук и общественности длился спор о приоритете прав личности или общества в борьбе с преступностью. Как практический результат, законодательство ограничивало возможность реализации потенциала оперативно-розыскной деятельности, регламентировало крайне жесткие процедуры её осуществления. Сам факт проведения ОРМ рассматривался как ущемление демократических прав и свобод. В США, например, компания Microsoft подала в суд на министерство юстиции США, добиваясь права информировать своих пользователей о случаях, когда власти получают доступ к их личным данным. Суть претензий компании в том, что правительство поставило «на широкую ногу» практику, когда в судебный ордер на доступ к переписке пользователей включается пункт, запрещающий Microsoft информировать их об этом. По данным из искового заявления, за последние 18 месяцев суды выдали около 5,6 тысячи ордеров на доступ к данным пользователей Microsoft, из которых 2,6 тысячи содержали такого рода запрет. В двух из трех случаев этот запрет бессрочный, то есть компания не имеет права информировать пользователя даже после того, как расследование закрыто.

В Украине после принятия нового УПК на состоявшейся в Киеве конференции было заявлено: «Можно констатировать, что уменьшилось количество санкций суда на проведение негласных следственных действий, обысков. Правда, суды не всегда понимают, что ситуация изменилась и нельзя удовлетворять все представления прокуроров»[1]. Не подберу нужного слова, чтобы охарактеризовать заявление. Почему, с той же колокольни не посмотреть, как данная «экономия» отразилась на раскрытии преступлений, доказанности вины преступников. Здесь и гадать не надо. Ведь не требуется быть большим специалистом, чтобы понимать: ограничение потенциала оперативно-розыскных мер означает многократную нагрузку на следствие, в той же пропорции отражается на его эффективности. Профессор А.Н. Соколов, глубоко исследовавший западноевропейское законодательство, в одной из работ приводит результаты опроса, проведенного среди судей во Франции. Независимо друг от друга опрошенные заявили, что «не менее 30% доказательств, на которые они ссылаются в своих приговорах, добыты именно «специальными» следственными действиями»[2].

Нельзя искусственно ограничивать удовлетворение судом ходатайств прокуроров. Иначе надо признать: прокуроры – это малограмотные специалисты, не способные разобраться в оперативной обстановке и обособленности выдвинутых версий расследования преступления по каждому уголовному делу. Но всем, кто знаком с реальной обстановкой, понятно, что сегодня прокуроры дадут сто очков вперед в знании теории и практики расследования преступлений любому опытному судье – такова была и пока есть практика. Но Кодекс сделал прокурора недоумком: многие согласования с ним ничего не стоят, если при этом не получена санкция следственного судьи. Полагаю, если бы кто-то сознательно поставил задачу дискредитировать правоохранительную систему страны – успешнее сделать бы не смог.

В подтверждение можно привести выступление одного из председателей Апелляционного суда на заседании Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, где обсуждались вопросы применения новел УПК. Докладчик отметил, что благодаря отслеживанию телефонных разговоров можно легко установить место пребывания человека. «Но если следователь систематически обращается к вам с ходатайствами предоставить возможность узнать, где находится лицо, как перемещается и т.д., это, по моему мнению, очень грубое нарушение! В таком случае важен судейский контроль – необходимо выяснить, для каких целей запрашивается повторная информация». Вообще – то выяснять, для каких целей запрашивается информация, нужно во всех случаях, а не только при их повторности. Но повторные запросы – отнюдь не прихоть следователя. Когда проводится оперативно-розыскная работа по установлению соучастников преступления, отслеживанию возможного противодействия расследованию – это элементарное средство. Ограничи-

вать его применение – значит препятствовать раскрытию преступления в полной мере.

Итог уже прояснился: если ранее оперативные сотрудники могли, например, в течение часа установить место нахождения похищенного мобильного телефона и тем самым – самого преступника, то теперь такую информацию можно получить где-то через шесть суток, а то и через месяц.

И еще о статистике. По УПК Украины суд дает согласие на проведение каждого оперативно-розыскного мероприятия в отдельности. В то же время в США разрешение дается на их проведение в целом по делу, причем оно распространяется на реализацию и за пределами юрисдикции суда. В Польше практикуется выдача именной санкции для работника правоохранительного органа, по которой он может узнать информацию об абоненте в телефонном режиме в любой день и время суток. Улавливаете разницу?

Многие процессуальные регламентации ОРД не укладываются в нормальную логику. Так, для вербовки добровольного информатора требуется лишь согласие начальника соответствующего регионального органа МВД Украины. Внедрение оперативного сотрудника в организованную преступную группу требует согласия прокурора. А вот чтобы работавший под угрозой возможной расправы внедрившийся в преступную группу сотрудник установил негласные средства связи с руководством, поставил устройство для фиксации разговоров – тут уже нужна санкция суда. Или еще вариант: установить прослушку без санкции суда нельзя, а завербовать жену или родственника организатора готовящегося теракта, чтобы они информировали о всех происходящих в деле разговорах – можно. (Упаси, чтобы не надумали исправить положение и поставили судью впереди и этих действий!).

Одно из негативных последствий жесткой привязки ОРД к следователю – отсутствие в УПК регламентации оперативного сопровождения рассмотрения дела в суде, других мероприятий за рамками непосредственного следствия. Не лезет ни в какие ворота попытка ограничить ОРД только в пределах определенных процессуальных действий. Столь же ошибочно утверждение, что уголовное производство завершается вступлением приговора в законную силу. Здесь напрашивается аналогия с медициной. Классики здравоохранения всегда говорили, что хороший врач должен заниматься пациентом от начала и до конца лечения. Плох тот хирург – чигай и работник правоохранительных органов, который умеет лечить только «ножиком». «Ножик» – великая штука, но больного нужно еще уметь выхаживать. Не все врачи, не говорю уже о хирургах, хотя и умеют это делать. В правоохранительной деятельности – это terra incognita.

Сразу оговорю, речь не идет о недостатках работы органов пенитенциарной системы и – что крайне важно – не о создании нормальных социальных условий для отбывших наказание, а о повседневной, даже рутинной работе каждого сотрудника правоохранительных и судебных органов,

в силу процессуальных и должностных обязанностей контактирующих с подозреваемым и обвиняемым в процессе уголовного производства. Оперативные подразделения пенитенциарной службы должны и проводят работу по поиску оперативно-значимой информации от осужденных, на каждого из них заведено специальное дело и идет сбор всех данных, в том числе и сообщения агентов. Но проблема в том, что нет должного обмена информацией, не существует общей базы и практически вся оперативно-значимая информация хоронится в этих же учреждениях. Здесь, в частности, снова возвращаюсь к деятельности оперативно-розыскных подразделений: вступление приговора в законную силу не должно означать свертывание оперативного контроля за осужденным, как в местах отбывания наказания, так и после выхода из них. Представляется необходимым зафиксировать общий принцип: проведение оперативно-розыскных мероприятий начинается и прекращается на протяжении времени, когда поступающая информация представляет оперативный интерес без ограничения какими-либо формальными факторами.

Многие проблемы законодательной регламентации и практики реализации оперативно-розыскной деятельности нашли б решение, если бы в УПК был предусмотрен, наряду с подозреваемым, такой субъект процесса, как заподозренный.

А теперь, по существу. В чем законность судебного контроля ОРД? На первый взгляд, в оценке здесь никаких поводов для двусмысленности нет и быть не может: законно то, что регламентировано законом. Формально – да. Но ленинское «формально правильно, а по существу издевательство», при любом отношении к самому Ленину, забывать не стоит. Вдумайтесь: вся «законность» проведения ОРМ сводится к санкционированию его соответствующими должностными лицами правоохранительных органов, прокуратуры и судьей. Но «Закон об ОРД» допускает в исключительных случаях проведение мероприятия без всех этих санкций. Пусть в исключительных случаях, но допускает! И скажем честно, понятие «неопложность», как условие исключительности, в известной степени субъективно. Какова юридическая сила последующего оповещения власть имущих об уже проведенном мероприятии – загадка для любителей кроссвордов, не более.

Не стоит кривить душой: санкционирование судом обыска, прослушивания телефонных переговоров и др. – это формальность, свидетельство лишь вынужденного сегодня недоверия к профессионализму работников правоохранительных органов. Что изменилось? Провозгласили: санкцию дает суд. Но суд, это не помещение, а процесс, в котором участвуют заинтересованные стороны. Судья и суд в рассматриваемой ситуации – понятия не однородные. Суд – это состязательность, непосредственное исследование сторонами первичной информации, представленной на рассмотрение. Должностное лицо, уполномоченное санкционировать проведение ОРМ, хотя и именуется судьей, реально таковым не является.

Он не исследует необходимую информацию в первооснове, а ограничен закрытой информацией об информации – документами, составленными заинтересованными лицами. Насколько эти документы соответствуют действительности – дело совести и ответственности их составителя. Оценка события «по слухам» – наиболее точная характеристика того, что происходит в суде. Фактически мы создали плохенький дубликат прокурора, надели на него судейскую мантию и пересадили в здание суда. На том демократия закончилась. Но добавилось волокиты, неоправданных потерь времени.

Плодим контролера над контролером, надзирающего над надзирающим, порождая тем самым безответственность и непосредственного исполнителя, и надзирающего. Наглядная иллюстрация: до принятия нового УПК и известных событий на Донбассе прокурор Луганской области направил представление начальнику УМВД с обвинением в необоснованности части ходатайств перед судом о санкционировании проведения оперативно-розыскных мероприятий. Факт имел место. Но все эти ходатайства были предварительно санкционированы прокурором (той самой «вдовой, которая...»). Подобных примеров множество. Контроль или надзор нужен, но незачем сводить его к видимости.

Эти и множество других подобных вопросов остаются открытыми по одной причине: мы стыдимся показать всю наготу оперативно-розыскной деятельности, не отважimsя открыто обосновать ее необходимость, непротиворечивость основным постулатам цивилизованного общества. Да, оперативно-розыскная деятельность – это деятельность в сфере правосудия экстремальная. Но ее история более ранняя, чем история суда, и тем более следствия. Ухищрения заваливать в УПК формы ее реализации по каким бы то ни было причинам заведомо бесполезны. Все секреты ОРД – это секрет Полишинеля. Не надо обвинять оперативно-розыскную деятельность в аморальности, в ущемлении прав и свобод граждан – всё процессуально регламентированное досудебное расследование не менее аморально, если не отрывать мораль от реалий жизни, всё в той или иной мере вынуждено ограничивать права граждан. Сам факт регламентации в законе ареста, задержания, обыска и т.п. не свидетельствует о фактическом ограничении прав граждан в случае их проведения?

Мы долго будем вести тяжбу по поводу допустимости и условий проведения оперативно-розыскной деятельности, пока не признаем ее рядовым, таким же, как и все другие виды процессуальной деятельности, как, например, допрос, опознание, обыск.

В современных условиях залогом успешной оперативно-розыскной деятельности является надлежащее ее информационное обеспечение, возможность оперативного работника адекватно и уверенно ориентироваться в сложной информационной среде, располагая для этого эффективной специализированной системой сбора и анализа первичных данных.

Еще во времена первых проектов по разработке атомного оружия в Америке появилось полупутливое определение: «Инжиниринг – это решение проблем, которые никто не предвидел, и теми методами, которые непонятно, почему работают». К числу таких решений относятся интегрированные информационно-аналитические системы. В Луганске такая система до известных событий на Донбассе была создана на энтузиазме сотрудников при активной поддержке руководителей УМВД. Она постоянно совершенствовалась и пополнялась. Главное ее предназначение – информационное обеспечение функционирования всех служб и ОВД, в первую очередь – осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Велся комплексный многоуровневый мониторинг, фиксация и непрерывное оперативное информирование соответствующих подразделений о событиях и лицах, представляющих оперативный интерес. По любому факту противоправной деятельности вступал в действие максимально автоматизированный процесс анализа поступившей информации и сопоставление ее с имеющейся в базе данных системы, что позволяло во многих случаях выйти на конкретных фигурантов события. Использование ИИАС позволяло при рассмотрении порядка 30% поступивших сообщений о совершенном преступлении их раскрыть или определить правильное направление поиска преступника.

Не надо пугать непосвященных, объявляя проведение оперативно-розыскных мероприятий нарушением прав и свобод. На чьи права мы посягаем? Мероприятия в абсолютном большинстве проводятся в отношении реальных подозреваемых и обвиняемых, то есть тех, кто погряз права и свободы ни в чём неповинных граждан. Кого мы в таком случае защищаем? Стыдно!

Почему оперативно-розыскная деятельность проводится по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях. Приходит информатор и сообщает о готовящейся краже из квартиры пенсионера. Оперативный сотрудник вынужден ему сказать: иди гуляй, это не наше дело. А, кстати, если отсутствующий пенсионер возвратится домой, окажет вора сопротивлением и его убьют – это исключено?

У новоявленного нувориша, подъехавшего к ресторану, из не закрытого автомобиля похитили кейс с \$10 тыс. Потерпевший двое суток раздумывал, сообщать ли о случившемся – вся милиция стоит на ушах. А когда у старушки украли козу – единственный источник её существования – в лучшем случае этим займется участковый. Конституция провозглашает равенство всех граждан перед законом, в том числе равные права на защиту от преступных посягательств. Почему мы попираем Основной закон? Я задавал этот вопрос в монографиях и статьях, направлял предложения в Верховную Раду – всё, как об стенку горох. Подсчитывал ли кто-либо экономические потери и влияние на качество расследования запрета проводить ОРД, если информацию о преступлении можно получить

иним способом (ст. 246)? Давайте доведем весь этот бред до сведения широкой общественности и посмотрим на реакцию.

Как бы то ни было, какие бы политические ветры ни дули из разных форточек (или даже из-под плинтусов), есть Украинский народ, есть Конституция Украины, гарантирующая ему безопасность от преступных посягательств, и мы обязаны объединить усилия, проявить настойчивость в решении данной задачи. Как говорили древние: храни порядок и порядок сохранит тебя. Сегодня, хочу надеяться, проблема подходит к логическому завершению. Торжествует понимание, что любое преступление в конечном итоге негативно сказывается на интересах граждан. Защищая права и свободы одного гражданина в части ограничения в случае необходимости доступа правоохранительных органов к его личной жизни, мы тем самым сужаем их возможности в раскрытии преступления, совершенного против другого, защитить нарушенные его права и интересы. Как справедливо считают процессуалисты, «нельзя отрицать, существует традиционное предвзятое мнение об ОРД как о неизбежном зле, как грубом вторжении в личную жизнь человека. Мнение, существующее не только в обыденном правосознании, но и в воззрениях специалистов-правоведов. Однако задумаемся, что в действительности способно принести больший урон личности (прежде всего –добропорядочному гражданину и его близким людям), – публичные легальные проверки, сопряженные с вызовами для производства процессуальных действий, осмотрами, выемками, экспертными исследованиями, предъявлениями для опознания либо скрытые, осторожные, неофициальные, осуществленные в рамках правовых предписаний и обеспеченные необходимыми правовыми гарантиями, мероприятия? Мы отдаем предпочтение второй из названных процедур»[3].

Тема заслуживает широкого обсуждения. В рамках статьи ограничусь некоторыми штрихами. Европарламент утвердил закон о единой системе сбора данных авиапассажиров, сообщило информагентство «Интерфакс». В соответствии с новыми правилами авиакомпании будут собирать информацию, которую предоставляют пассажиры для бронирования и приобретения билетов. Имя, информация о рейсе, маршруте, сведения о багаже и способе оплаты за билет – все эти данные будут собираться в единый файл всего ЕС Центр информации о пассажирах, который появится в скором времени. Доступ к этой информации будут иметь правоохранительные органы всех 28 стран-членов. Данные о пассажирах будут храниться в течение пяти лет, но по истечении 6 месяцев доступ к ним будет ограничен.

По сообщениям печати в начале марта бельгийский кабмин обсуждал предложение министра юстиции Куна Генса расширить доступ к дистанционной слежке за персональными компьютерами, смартфонами и прочими мультимедийными устройствами населения, установить контроль за пересылкой данных через мессенджер для смартфонов Whatsapp, а также Skype, и ввести обязательную процедуру снятия отпечатков пальцев у всех лиц, находящихся на территории Бельгии. Тогда это вызвало шквал негодования в СМИ и в самом правительстве. Противники введе-

ния таких мер настаивали на недопустимости отмены либеральных и демократических европейских ценностей. Но полицейская операция 17 марта в Брюсселе поставила бельгийцев перед свершившимся фактом. Как заявил в связи с этим госсекретарь правительства Бельгии по вопросам охраны персональных данных и борьбы с социальным мошенничеством Барт Томмеляйн – сам член партии Фламандские либералы и демократы (VLD), «мир поменялся – и законы должны поменаться». Уже через несколько часов после завершения антитеррористической операции в Мольенбеке был создан Совет безопасности Бельгии. В ходе его заседания члены СБ единогласно одобрили введение ряда защитных мер, которые надолго, если не навсегда, перечеркнули некоторые общеевропейские принципы.

Впредь бельгийской полиции не придётся проходить долгую процедуру обоснования необходимости слежки за гражданами. Теперь, чтобы начать слежку, полицейским в соответствующем заявлении в суд надо будет написать всего одну фразу: «Невозможность добиться результатов другими способами». Этого будет достаточно, чтобы получить доступ к любому средству связи, находящемуся на территории Бельгии. Кроме того, разрешено тайное проникновение полиции в дом с целью секретного осмотра помещения. Упростится и процедура установки устройств для аудио- и видеослежки.

Как заявил официальный представитель бельгийского МВД Ян Жамбон, «наши полицейские – профессионалы, но и враг – тоже (напомню: в числе четырёх госпитализированных полицейских двое слепли в результате психологического стресса; хороши профессионалы!). Предпринятые сейчас меры по отмене ряда условий для прослушивания и слежения обсуждались весь 2015 год, так что это не спонтанное решение, вызванное паникой и страхом. Но в данный момент населению страны легче всего принять тот факт, что с некоторыми привычными вещами надо расстаться».

Если судить по многим публикациям отечественных процессуалистов, приведенная констатация бельгийского полицейского относится к ним в той же мере.

Использованные источники:

1. Теория конфиденциальности // Закон и бизнес. – 2013. - № 12 (1102). – С. 3.
2. Соколов А.Н. Убрать устаревшие положения УПК РФ / А.Н. Соколов // Актуальные проблемы криминалистической науки: сб. материалов науч.-практич. конференции. – Калининград: КЮИ МВД России, 2011. – С. 5–10.
3. Зинченко И.А. Интеграция розыскных начал в досудебное производство (компаративистский взгляд) / И.А. Зинченко, И.А. Попова // Библиотека криминалиста. – 2013. - № 4. – С. 19–29.

Розовський Б.Г. ОРД: помалий, але рух уперед

Теорія і практика ОРД довгий час була незаконнонародженою донькою кримінального процесу. Нині настає зворотна тенденція: ОРД намагаються предствити як рядову процесуальну дію. У результаті, як у прислів'ї – хрін за редьку не солодший. Основне протиріччя - ОРД нібито знаходиться в грубому протиріччі з гарантованими Конституцією України правами та свободами громадян. Тема ця була предметом низки дисертацій багатьох юристів і філософів, але продуктивного рішення не знайшла. Сьогодні вимогу розумного підходу висунуло саме життя. Цікаво, що ініціатором стала Європа, яка раніше займала вкрай жорстку позицію. Однак ослаблення заборони означає автоматичну трансформацію процесуального регламенту проведення ОРЗ. У статті зроблена спроба висвітлити частину проблем, які постають і визначити підходи до їх вирішення.

Ключові слова: *оперативно-розшукова діяльність, кримінальний процес, права громадян, оперативно-розшуковий захід, контроль, нагляд, прокурор, суд.*

Rozovsky B. OSA: small but moving forward

Theory and practice of the OSA has long been the illegitimate daughter of the criminal process. Today, the opposite trend is growing: OSA trying to imagine how ordinary proceedings. The basic contradiction - OSA is allegedly in gross contradiction with the constitutionally guaranteed rights and freedoms of citizens. This theme is the subject of entire theses many lawyers and philosophers, but productive solutions are not found. Today, the demand put forward a reasonable approach life itself. Interestingly, that was initiated by Europe, previously held an extremely tough stance. However, relaxation of the ban does not mean an automatic transformation of the procedural rules of the OSM.

For years, among the jurists, representatives of other sciences and public priority dispute lasted rights of the individual or of society in the fight against crime. As a practical result, the legislation limiting the ability to realize the potential of operational-investigative activity, regulated it very tough exercise routines. The fact of MPAs considered as an infringement of democratic rights and freedoms.

Fruits of the controller on the controller, the supervising of supervising, thus creating irresponsibility and direct executor, and supervising.

These and many other similar questions remain open for one reason: we are ashamed to show full nudity operatively-search activity, did not dare openly to justify the need for it, the consistency of the basic tenets of a civilized society. Yes, operatively-search activity - an activity in the field of extreme justice. But its history is older than the history of the court, and especially the investigation. The artifices of the CPC to disguise the shape of its implementation regardless of what the reasons were not certainly useless.

In modern conditions the key to successful operational and investigative activities, it is the proper provision of information, the possibility of rapid employee adequately and confidently navigate the complex information environment, having to do an effective specialized system of collection and analysis of primary data.

The article attempts to highlight the part of the problems faced and to identify approaches to their solution.

Key words: *operational-investigative activity, criminal procedure, civil rights, operational-search measures, control (OSM), surveillance, court prosecutor.*