



UNODC

United Nations Office on Drugs and Crime
Regional Office for Central Asia
Kyrgyzstan Programme Office

УПРАВЛЕНИЕ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО НАРКОТИКАМ И ПРЕСТУПНОСТИ
РЕГИОНАЛЬНОЕ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО В ЦЕНТРАЛЬНОЙ АЗИИ
ПРОГРАММНЫЙ ОФИС В КЫРГЫЗСТАНЕ

АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ ОБ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

*Анализ подготовлен в рамках проекта
Управления ООН по наркотикам и преступности
«Поддержка реформы уголовного правосудия
в Кыргызской Республике»*

г. Бишкек, 2014 г.



UNODC

Управление Организации Объединенных Наций
по наркотикам и преступности



*Проект выполняется Управлением ООН по наркотикам и преступности и
финансируется Правительством Соединенных Штатов Америки*

Содержание

1. Введение	3
2. Определение оперативно-розыскной деятельности в действующем законодательстве Кыргызской Республики	4
3. Положения Конституции Кыргызской Республики и законодательства об оперативно-розыскной деятельности	8
4. Право на неприкосновенность частной жизни и право на неприкосновенность жилища	9
5. Международные правовые нормы и законодательство Кыргызской Республики об оперативно-розыскной деятельности	1 3
6. Прецеденты Европейского суда по правам человека относительно оперативно-розыскной деятельности	1 5
7. Суд (судья), выносящий решение о применении оперативно-розыскных мероприятий	1 7
8. Правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности	1 9
9. Оперативно-розыскные мероприятия:	2
<i>a.</i>	3
<i>Опрос;</i>	
<i>b.</i>	
<i>Наведение справок;</i>	
<i>c.</i>	
<i>Сбор образцов для сравнительного исследования и отождествление личности;</i>	
<i>d.</i>	
<i>Проверочная закупка, контролируемая поставка (проверочная поставка) и оперативный эксперимент;</i>	
<i>e.</i>	
<i>Обследование помещений зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств;</i>	
<i>f.</i>	
<i>Контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание и запись переговоров, производящихся по телефону и другим переговорным устройствам, снятие информации с технических каналов связи;</i>	

<p><i>г. Оперативное внедрение;</i></p> <p><i>н. Получение судебного решения на проведение ОРМ в случаях, не терпящих отлагательства.</i></p>	
10. Уведомление лица о проведенном в отношении него оперативно-розыскных мероприятий	4 1
11. Рекомендации для внесения изменений в законодательство об оперативно-розыскной деятельности	4 2

АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ ОБ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ¹

1. Введение

Институт оперативно-розыскной деятельности (далее ОРД) в Кыргызской Республике в современной его форме был унаследован органами внутренних дел от советской милиции. В настоящий момент в Кыргызской Республике действует Закон об ОРД, принятый в 1998 г.² и претерпевший многочисленные изменения и дополнения. По состоянию на 9 декабря 2013 г. Парламентом Кыргызской Республики было принято 14 законов, которые внесли изменения и дополнения в Закон об ОРД. В данном анализе автор исследует существующее законодательство Кыргызской Республики на предмет его соответствия нормам конституционного и уголовно-правового законодательства Кыргызской Республики, положениям международного права, а также моделям и практике розыскной деятельности в ряде демократических стран.

¹ Анализ подготовлен Николаем Ковалёвым, профессором (Assistant Professor) кафедры криминологии (Department of Criminology) Университета Уилфрида Лорие (Wilfrid Laurier University), Брентфорд, Канада.

² Закон Кыргызской Республики от 16 октября 1998 года N 131 «Об оперативно-розыскной деятельности» с изменениями и дополнениями по состоянию на 28 сентября 2013 г. Доступен в системе «Токтом».

Советская правовая наука и практика традиционно разделяла оперативно-розыскную деятельность и уголовное судопроизводство на предварительном следствии. В то время как ход предварительного следствия регулировался нормами УПК, оперативно-розыскные мероприятия не регулировались ни УПК, ни другим законодательным актом.

В советский период ОРД не регламентировалась на законодательном уровне. И органы ОРД действовали на основе засекреченных ведомственных инструкций и приказов самих же органов, осуществляющих ОРД. Более того, в советский период на юридических факультетах гражданских вузов ОРД даже не упоминалась ни в одной из учебных дисциплин, а изучение ОРД в школах милиции осуществлялось под грифом секретности.³ Только с обретением независимости Кыргызская Республика закрепила на законодательном уровне основные принципы и положения об ОРД.

2. Оперативно-розыскная деятельность, согласно положениям действующего законодательства Кыргызской Республики

Ст. 1 Закона КР об ОРД дает следующее определение ОРД:

«Оперативно-розыскная деятельность - вид деятельности, осуществляемой, гласно или негласно, уполномоченными на то настоящим Законом государственными органами в пределах их компетенции путем проведения оперативно-розыскных мероприятий в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств» (выделено автором – Н.К.).

Данное положение не дает четкого определения оперативно-розыскной деятельности, а лишь указывает на то, что уполномоченные органы осуществляют

³См. Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности/ Под научн. ред. проф. В.Т. Томина. - Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2001.

эту деятельность путем проведения оперативно-розыскных мероприятий (далее ОРМ). Данное положение также указывает на то, что органы, осуществляющие ОРД, полномочны проводить ОРМ не согласно уголовно-процессуальному законодательству, а в силу закона об ОРД.

Закон об ОРД в ст. 7 дает более подробное разъяснение ОРД, перечисляя действия или способы, которыми соответствующие органы могут добывать и проверять информацию, это:

- 1) опрос граждан;
- 2) наведение справок;
- 3) сбор образцов для сравнительного исследования;
- 4) проверочные закупки;
- 5) исследование предметов и документов;
- 6) контролируемые поставки (проверочные поставки);
- 7) отождествление личности;
- 8) обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств;
- 9) контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений;
- 10) прослушивание и запись переговоров, производящихся по телефону и другим переговорным устройствам;
- 11) снятие информации с технических каналов связи;
- 12) создание конспиративных предприятий и организаций;
- 13) оперативное внедрение;
- 14) оперативное наблюдение;
- 15) оперативный эксперимент;
- 16) оперативная установка;
- 17) применение технических средств для получения сведений, не затрагивающих охраняемые законом неприкосновенность частной жизни, жилища, личной и семейной тайны, а также тайну личных вкладов и сбережений, переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений;
- 18) поиск технических средств незаконного снятия информации;
- 19) оперативный поиск в сетях и на каналах связи;
- 20) негласное прослушивание и запись разговоров (с использованием видео-, аудиотехники и (или) специальных технических средств);
- 21) получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами (выделено мной – Н.К.).

Из текста ст. 7 очевидно, что сбор информации с помощью ОРМ правоохранительными органами очень часто сопряжен с прямым вмешательством в

частную жизнь граждан, ограничением и нарушением их прав и свобод (см. выделенный выше текст).

Норма ст. 5 действующего закона КР об ОРД перечисляет источники права, регулирующие ОРД в Кыргызской Республике:

«Правовой основой оперативно-розыскной деятельности являются Конституция Кыргызской Республики, настоящий Закон, вступившие в установленном законом порядке в силу международные договоры, участницей которых является Кыргызская Республика, а также другие нормативные правовые акты Кыргызской Республики» (выделено мной – Н.К.).

Согласно этой статье, ОРД должна соответствовать положениям Конституции КР и нормам международного права. Данное положение прямо не ссылается на Уголовно-процессуальный кодекс Кыргызской Республики (далее УПК КР) в качестве основы для правового регулирования ОРД. Вместе с тем, следует отметить, что словосочетание «другие нормативные правовые акты» можно интерпретировать как норму, включающую УПК в качестве «других правовых актов».

Хотя действующее законодательство прямо не подразделяет ОРМ на категории, тем не менее, исходя из положения ст. 9, ОРМ могут быть разделены на три основные категории:

- (1) ОРМ, затрагивающие охраняемые законом тайну переписки, телефонных и иных переговоров, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища;
- (2) ОРМ, затрагивающие права и интересы, указанные в первом пункте, в случаях, не терпящих отлагательства и чреватых совершением террористического акта или диверсии;
- (3) ОРМ, затрагивающие права и свободы, указанные в первом пункте, в случае возникновения угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц по их заявлению или с их письменного согласия разрешается прослушивание

переговоров, ведущихся с их телефонов или других переговорных устройств;

(4) ОРМ, не затрагивающие права и интересы, указанные в первом пункте.

Согласно действующему законодательству, для проведения ОРМ первой категории требуется предварительное решение суда, а для проведения ОРМ второй и третьей категорий - нет. Для проведения ОРМ второй и третьей категорий нужно постановление, вынесенное или утвержденное руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, с обязательным уведомлением соответствующего суда (судьи) и надзирающего прокурора и последующим получением решения суда в течение 24 часов. Для проведения ОРМ четвертой категории не требуется решения суда, и решение о его применении отнесено к исключительной компетенции самих органов, осуществляющих ОРД.

Закон не оговаривает, какие именно из двадцати одного ОРМ, перечисленных выше (ст. 7 Закона об ОРД), затрагивают охраняемые законом тайну переписки, телефонных и иных переговоров, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища. Отсюда неоднозначная трактовка того, каким образом решается вопрос о том, затрагивает ли конкретное ОРМ охраняемые законом вышеуказанные тайны, а также неприкосновенность жилища. В некоторых случаях ответ на этот вопрос очевиден. Например, обследование жилого помещения, безусловно, затрагивает право на неприкосновенность жилища, а прослушивание и запись переговоров, производящихся по телефону и другим переговорным устройствам, безусловно, затрагивает право на тайну телефонных и иных переговоров. Однако возникает вопрос, затрагивает ли одно из этих прав такое ОРМ, как оперативное внедрение. Согласно определению в ст. 2 Закона об ОРД КР, оперативное внедрение предполагает проникновение в окружение объекта оперативного интереса оперативного работника или конфиденнта либо создание конспиративной организации (юридического лица) для выполнения задач оперативно-розыскной деятельности. В процессе оперативного внедрения оперативные работники в целях конспирации используют документы, зашифровывающие их личность, а также

ведомственную принадлежность.⁴ С одной стороны, закон не требует решения суда для проведения оперативного внедрения. С другой стороны, проникновение в окружение объекта может привести к тому, что внедренный агент будет участвовать в телефонных переговорах с лицами, являющимися объектами ОРД, а также по приглашению этих лиц находиться и осматривать жилые помещения без решения суда. Для того, чтобы избежать неоднозначного толкования норм права, необходимо четко указать, в каких случаях требуется судебное решение для проведения конкретных ОРМ. Существует тонкая грань между ОРМ, которые не затрагивают охраняемые законом права на тайну корреспонденции и права на неприкосновенность жилища, и ОРМ, которые могут нарушить эти права. Предоставляя органам, осуществляющим ОРД, полномочия самостоятельно определять, какие ОРМ затрагивают конституционные права, а какие не затрагивают таковые, существует огромный риск того, что правоохранительные органы будут злоупотреблять этими полномочиями в интересах борьбы с преступностью и в ущерб правам граждан, которые стали объектами оперативного расследования.

3. Положения Конституции Кыргызской Республики и законодательства об ОРД

Как указывалось выше, ОРМ часто направлены на ограничения прав и свобод граждан, в том числе конституционных. В частности, ОРМ способны ограничить или нарушить следующие права и свободы, гарантированные Конституцией Кыргызской Республики:

⁴См. Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности/ Под научн. ред. проф. В.Т. Томина. - Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2001.

- (1) Право на неприкосновенность частной жизни, в том числе право на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных, электронных и иных сообщений (ст. 29 пп. 1, 2);
- (2) Запрет на сбор, хранение, использование и распространение конфиденциальной информации и информации о частной жизни человека без его согласия (ст. 29 п. 3);
- (3) Право на судебную защиту от неправомерного сбора, хранения, распространения конфиденциальной информации и информации о частной жизни человека (ст. 29 п. 4); и
- (4) Право на неприкосновенность жилища и иных объектов, находящихся у него в собственности или ином праве (ст. 30).

4. Право на неприкосновенность частной жизни и право на неприкосновенность жилища

В современной теории гражданских прав выделяют концепцию *прайвеси* (*privacy*), или свободы от необоснованного вторжения в деятельность гражданина, которая находится в сфере его индивидуальной автономии.⁵ Термин *прайвеси* содержится в английском варианте ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП). В русском тексте за неимением эквивалентного термина используется термин *личная жизнь*⁶. В странах английской правовой семьи, где концепция *прайвеси* получила свое начало, выделяют три ее различных аспекта или зоны:

- (1) территориальный аспект относится к определенному месту, например, жилищу человека;
- (2) личный или физический аспект, который затрагивает интересы в отношении человеческого тела (тело, облик человека, его голос или имя);

⁵ Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford University Press, 2005, p. 476.

⁶ В решениях Комитета по правам человека на русском языке также используется термин «частная жизнь».

- (3) информационный аспект, который затрагивает такие вопросы, как состояние здоровья, сексуальная ориентация и жизнь, социальные взгляды, дружеские и другие социальные отношения.⁷

Хотя Конституция Кыргызской Республики не содержит термина *прайвеси*, очевидно, что все три аспекта этой концепции закреплены в ее тексте в виде права на неприкосновенность частной жизни, права на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных, электронных и иных сообщений, а также права на неприкосновенность жилища и иных объектов, находящихся у него в собственности или ином праве. В этой связи в данном анализе мы используем термин «прайвеси» как право, охватывающее все конституционные права, затрагивающие интересы личную или частную жизнь граждан.

Оперативно-розыскная деятельность по своей природе направлена на ограничение прайвеси граждан, выступающих в качестве объектов наблюдения, прослушивания телефонных переговоров, контроля почтовых отправлений. Таким образом, ОРД априори ограничивает и нарушает конституционное право на неприкосновенность частной жизни. Однако, исходя из содержания Конституции Кыргызской Республики, право на неприкосновенность частной жизни и право на неприкосновенность жилища не являются абсолютными и могут быть ограничены. Вместе с тем, Конституция позволяет ограничивать право на неприкосновенность частной жизни и право на неприкосновенность жилища при соблюдении двух обязательных условий: (1) только в соответствии с законом; и (2) исключительно на основании судебного акта. Для того, чтобы действия органов, осуществляющих ОРМ, были конституционными, оба эти условия должны быть соблюдены. Первое условие означает, что случаи, основания и порядок принятия решения о применении ОРМ должны быть подробно указаны в законе. Второе условие означает, что решение о применении ОРМ, направленных на ограничение права на неприкосновенность частной жизни и права на неприкосновенность жилища, может быть принято исключительно судьей в ходе надлежащей правовой процедуры.

⁷ Michael Power, *The Law of Privacy*, LexisNexis, 2013, p. 236.

С одной стороны, действующий Закон КР «Об оперативно-розыскной деятельности» содержит положения, направленные на соблюдение обоих конституционных условий. Так, например, согласно ст. 9 этого закона:

«Проведение оперативно-розыскных мероприятий, затрагивающих охраняемые законом тайну переписки, телефонных и иных переговоров, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища, допускается лишь для сбора информации о лицах, подготавливающих или покушающихся на тяжкие и особо тяжкие преступления, совершающих либо совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления, по мотивированному постановлению одного из руководителей соответствующего органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, исключительно на основании судебного акта».

Кроме того, ст. 12 того же закона гласит:

«Рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан на тайну переписки, телефонных разговоров, почтовых, телефонных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, на неприкосновенность жилища при проведении оперативно-розыскных мероприятий осуществляется судом, как правило, по месту проведения таких мероприятий или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении. Указанные материалы рассматриваются судьей единолично и незамедлительно. Судья не вправе отказать в рассмотрении таких материалов в случае их представления».

Однако, с другой стороны, представляется, что положения закона об ОРД не соответствуют требованиям Конституции КР по следующим основаниям.

Во-первых, закон содержит положение, согласно которому проведение ОРМ, «затрагивающих охраняемые законом тайну переписки, телефонных и иных переговоров, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, допускается по мотивированному постановлению одного из руководителей соответствующего органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность исключительно на основании судебного акта». Использование законодателем словосочетания «по мотивированному

постановлению» органа ОРД, а не по «ходатайству» органа ОРД, свидетельствует о том, что решение о применении ОРМ принимается органом, осуществляющим ОРМ, а суд лишь формально санкционирует это решение. В уголовно-процессуальном законодательстве Кыргызской Республики постановление определяется как решение органа, а ходатайство - как просьба стороны или заявителя, обращенная к органу, в данном случае, к суду. Конституционное положение, закрепленное в ст. 29 п. 2, о том, что ограничение права на частную жизнь осуществляется только на основании судебного акта, означает, что решение должно быть вынесено судьей самостоятельно и независимо от органов, осуществляющих ОРМ. В этой связи представляется, что положение действующего закона о «мотивированном постановлении» должностного лица противоречит смыслу конституционного положения о том, что решение принимается судьей.

Во-вторых, в действующем законе отсутствуют четкие основания, при которых возможно применение ОРМ в отношении граждан. Закон лишь говорит о том, что «проведение оперативно-розыскных мероприятий, затрагивающих охраняемые законом тайну переписки, телефонных и иных переговоров, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, <...> допускается лишь для сбора информации о лицах, подготавливающих или покушающихся на тяжкие и особо тяжкие преступления, совершающих либо совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления». При этом закон умалчивает о том, должно ли лицо, в отношении которого проводятся ОРМ, подозреваться или обвиняться в подготовке, покушении или совершении тяжкого или особо тяжкого преступления, либо такой сбор информации допускается в отношении любого лица без наличия данных, дающих основания подозревать его в подготовке, покушении или совершении преступления. Кроме того, закон ничего не говорит о том, какие доказательства причастности лица к совершению преступления, в отношении которого могут быть применены ОРМ, могут рассматриваться в качестве достаточных для решения вопроса о применении ОРМ. Например, должны ли органы ОРД представить в суд показания очевидцев, которые могут утверждать, что лицо, в отношении которого могут быть проведены ОРМ, планирует, покушается или совершило тяжкое или особо тяжкое преступление.

Закон должен однозначно описать основания, при которых допустимо вмешательство в частную жизнь лица путем применения ОРМ. В частности, закон должен указывать, какие доказательства причастности лица к преступной деятельности могут быть достаточными для применения к нему ОРМ. В законе отсутствует четкий критерий или стандарт доказывания, который должен удовлетворить орган, ходатайствующий перед судом о применении ОРМ. В противном случае органы ОРД могут применять ОРМ в отношении любого лица без каких-либо обоснованных оснований. Это, на наш взгляд, сводит конституционные гарантии, запрещающие вмешательство в частную жизнь граждан без законных оснований, к простой декларации. Понятие законных оснований включает, на наш взгляд, объективные доказательства, свидетельствующие о причастности лица к совершению преступления.

В-третьих, ст. 9 Закона КР об ОРД предполагает случаи, когда органы, осуществляющие ОРД, могут проводить ОРМ без предварительного решения судьи. Вместо этого, «в случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению террористического акта или диверсии», проведение ОРМ допускается на основании мотивированного постановления одного из руководителей соответствующего органа, осуществляющего ОРД. При этом закон требует незамедлительно уведомить соответствующий суд (судью) и получить решение суда в течение 24 часов. Данная норма также прямо противоречит положению Конституции, которое гласит, что ограничение прав на частную жизнь допустимо исключительно на основании судебного решения, а не на основании постановления исполнительного органа. Предполагается, что в таких исключительных и четко оговоренных случаях законодатель должен предусмотреть процедуру, при которой суд может принимать решения о применении ОРМ в срочном порядке, например, по телефону (см. пункт 9(h) данного анализа ниже).

В-четвертых, представляется, что действующий закон предусматривает слишком длительный максимальный срок действия судебного решения о применении ОРМ – до шести месяцев. На наш взгляд, для того, чтобы ограничить возможность правоохранительных органов вторгаться в частную жизнь граждан,

закон должен предусматривать более короткий срок действия судебного решения, если подается ходатайство о продлении срока действия ОРМ или предоставляются доказательства, поддерживающие это ходатайство в суде. Это будет способствовать более надежному контролю со стороны суда.

5. Международные правовые нормы и законодательство Кыргызской Республики об ОРД

Кыргызская Республика является участником ряда международных соглашений, гарантирующих права и свободы граждан, которые могут быть ограничены законодательством об ОРД. В частности, в 1994 г. Кыргызская Республика ратифицировала Международный пакт о гражданских и политических правах (МПГПП), положения которого имеют приоритет над нормами законодательства об ОРД.

Представляется, что некоторые нормы действующего Закона об ОРД не только входят в противоречие с Конституцией Кыргызской Республики, но также не соответствуют положениям МПГПП.

На наш взгляд, нормы действующего закона ОРД не соответствуют требованиям ст. 17 МПГПП, которая запрещает произвольное или незаконное вмешательство в личную и семейную жизнь граждан, произвольное или незаконное посягательство на неприкосновенность их жилища или тайну их корреспонденции. Так, в параграфе 8 Замечания общего порядка № 16 Комитет ООН по правам человека отмечает, что в «соответствующем законодательстве должны подробно определяться конкретные обстоятельства, в которых такое вмешательство [в частную жизнь] может допускаться».⁸

Комитет ООН по правам человека в своих докладах неоднократно подвергал критике правительства ряд государств за несоответствие их законодательства требованиям ст. 17 МПГПП. Например, в своих Замечаниях по Российской Федерации от 1995 г. Комитет ООН по правам человека высказал обеспокоенность,

⁸Замечания общего порядка № 16, ¶ 8. Русская версия замечаний доступна по адресу:

http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/8th/HRI.GEN.1.Rev9_ru.pdf

«что механизмы вторжения в частную телефонную связь продолжают существовать, без четкого законодательства, устанавливающего условия законного вмешательства в частную жизнь и обеспечения гарантий от незаконного вмешательства».⁹

Как говорилось выше, нормы действующего закона четко не описывают законные основания, при которых возможно применение ОРМ. В этой связи действующий Закон об ОРД не обеспечивает надежную защиту от произвольного и незаконного вмешательства в личную и семейную жизнь граждан, а также защиту от незаконного посягательства на неприкосновенность их жилища или тайну их корреспонденции.

6. Прецеденты Европейского суда по правам человека относительно ОРД

Европейская Конвенция по правам человека содержит положение, сходное с положением ст. 17 п. МПГПП. В частности, ст. 8 ЕКПЧ гласит:

«Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц».

Хотя Кыргызская Республика не является страной-участницей Совета Европы и на нее прямо не распространяются прецеденты Европейского суда по правам человека, тем не менее представляется, что юридические стандарты, выработанные Страсбургским судом, могут рассматриваться законодателем Кыргызской Республики в качестве модельных правил, возможных для заимствования, тем более, что около половины бывших советских республик являются участницами Совета Европы. В последние пять лет Европейский суд по правам человека вынес несколько решений против ряда стран-участниц Совета

⁹(1995) UN doc. CCPR/C/79/Add.54. Английский текст доступен по адресу:

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/ee8895c6dc1a616ac12563f00056728e?Opendocument>

Европы за несоответствие их законодательства об ОРД положениям ст. 8 Европейской конвенции по правам человека.

Так, в решении по делу *«Быков против Российской Федерации»* Европейский суд по правам человека указал:

«78. Суд неоднократно указывал, что, когда дело доходит до перехвата сообщений с целью полицейского расследования, «закон должен быть достаточно ясным в его содержании для того, чтобы дать гражданам адекватное указание на обстоятельства и условия, при которых государственные власти могут прибегнуть к такому тайному и потенциально опасному вмешательству в частную жизнь и корреспонденцию».¹⁰

В другом решении *«Сефилян против Армении»* Европейский суд по правам человека подверг критике законодательство Армении об ОРД:

«129. [...] Суд не может игнорировать ряд серьезных недостатков в законодательстве Армении в рассматриваемый период времени.

130. В частности, закон не устанавливал ни типы преступлений, ни категорий лиц, в отношении которых тайное наблюдение может быть разрешено. Также не уточнялись обстоятельства, при которых, или основания, на которых такая мера могла быть назначена. Следует отметить в этой связи, что отсутствие подобного рода деталей способно привести к особенно серьезным последствиям, учитывая то, что эта мера могла бы быть разрешена в отсутствии уголовного преследования.

131. В законе также не были четко предусмотрены максимальные сроки для тайного наблюдения. Таким образом, в то время как эффект наблюдения, разрешенного судебным ордером, обычно ограничивался шестью месяцами, судья, тем не менее, мог принимать иное решение.

132. Кроме того, закон не предписывает никаких периодических проверок за проведением оперативно-розыскной деятельности судебными либо другими независимыми органами и [...].

133. Вышеизложенное является достаточным для того, чтобы Суд пришел к выводу, что вмешательство [в частную жизнь] было

¹⁰*Bykov v. Russia*, application No. 4378/02, 10 March 2009.

осуществлено не «в соответствии с законом», поскольку законодательство Армении на момент рассмотрения дела не содержало достаточно четких и подробных правил и не представляло достаточных гарантий против злоупотреблений.¹¹

(выделено автором – Н.К.).

Приведенные примеры судебных решений указывают на то, что европейские стандарты прав человека требуют от законодательства об ОРД, во-первых, ясности содержания, а во-вторых, подробного указания, в каких случаях и обстоятельствах возможно применение ОРМ, затрагивающих частную жизнь. В-третьих, прецедентное право Европейского суда по правам человека требует наличия периодического контроля проведения ОРМ, в том числе судебного.

7. Суд (судья), выносящий решение о применении ОРМ

Как говорилось выше, Конституция и действующее законодательство об ОРД предусматривает, что решения, касающиеся применения ОРМ, затрагивающих конституционные права граждан, должны приниматься судом (судьей). При этом законодательство четко не определяет, какой именно суд или судья полномочен принимать такое решение. Ст. 12 Закона об ОРД КР лишь говорит, что это суд, который находится, «как правило, по месту проведения таких мероприятий [ОРМ] или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении». Судя по тексту этой статьи, можно сделать вывод, что вопрос о том, куда и к какому судье поступает ходатайство о применении ОРМ, принимается исключительно по усмотрению самого органа, проводящего ОРМ.

На наш взгляд, законодателю необходимо четко установить, какой именно суд (судья) полномочен давать разрешение на проведение ОРМ.

Во многих странах функции санкционирования ОРМ и следственных действий исполняются судьями, которые не участвуют в разбирательстве дел по существу. Кроме того, в некоторых странах Западной Европы существуют специализированные судьи, которые контролируют правоохранительные органы,

¹¹*Sefilyan v. Armenia*, Application no. 22491/08, final decision of 02/01/2013.

осуществляющие следственные и оперативно-розыскные мероприятия. Как правило, данные судьи не рассматривают дела по существу, а занимаются проверкой обоснованности и законности действий следственных органов и органов прокуратуры и обеспечением прав и свобод граждан при осуществлении следственных и оперативно-розыскных действий.

В Германии надзор за соблюдением прав и свобод личности в ходе предварительного следствия осуществляется специализированным судьей – *Ermittlungsrichter* (судья предварительного расследования). Данный судья обладает широкими полномочиями. Он, в частности, решает вопросы по заключению под стражу или временному помещению в психиатрический стационар; временному лишению водительских прав; санкционирует обыск и выемку; санкционирует телефонное прослушивание подозреваемого; выполняет функции по протоколированию свидетельских показаний; а также принимает другие решения, которые прокурор может принять самостоятельно. Данный судья не участвует в решении дел первой инстанции или по существу. Он проверяет законность и обоснованность актов полиции и прокуратуры, при этом не руководит предварительным следствием.¹² Обычно органы полиции не могут самостоятельно обратиться к судье по предварительному расследованию, кроме случаев, не терпящих отлагательства. Полиция должна обратиться к соответствующему прокурору с просьбой о заявлении ходатайства в суд.¹³

В Италии также существует институт специализированного судьи – *giudiceperleindaginipreliminary* (сокращенно GIP), или судья по предварительному расследованию. Данный судья надзирает за органами предварительного следствия (прокуратурой и полицией) с целью обеспечения прав подсудимых, когда идет санкционирование ареста, прослушивание телефонных переговоров и т.п.; он ведет контроль за соблюдением сроков предварительного следствия; в некоторых случаях протоколирование свидетельских показаний. Данный судья назначается на

¹²Николай Ковалёв. Заключение под стражу по решению суда в ряде европейских стран // Юрист, № 7, 2007, стр. 89-94.

¹³ Ed Cape, Jacqueline Hodgson, Ties Prakken and Taru Spronken (eds.), *Suspects in Europe*, 2007, стр. 82.

должность в каждый трибунал (*tribunale*) или суд административного или муниципального округа, охватывающий территорию нескольких коммун (*circondario*). В каждой итальянской провинции имеется хотя бы один трибунал. В отличие от судебных следователей (*giudice istruttore*), эквивалентных французскому следственному судье (*juged'instruction*) и существовавших в Италии до реформы 1989 г., институт GIP не имеет обвинительных или следственных функций, которые по новому закону являются функциями прокуратуры. Первоначально GIP участвовал в качестве председательствующего на предварительном слушании, однако закон 1998 г. изменил Уголовно-процессуальный кодекс и передал данную функцию другому специальному судье, *giudice dell'udienza preliminare* (сокращенно GUP – судья по предварительному слушанию).¹⁴

На наш взгляд, кыргызстанскому законодателю необходимо рассмотреть вопрос о создании института специализированного судьи, который бы занимался вынесением решений по вопросам, связанным с авторизацией ОРМ и следственных действий. По опыту некоторых европейских стран, таких как Германия и Италия, этот судья мог бы обладать функциями по санкционированию всех ОРМ и следственных действий, затрагивающих права и свободы граждан. Основные преимущества создания отдельного специализированного института мы видим в следующем. Во-первых, данные судьи могли бы пройти профессиональную подготовку на основе международных стандартов в области вынесения решений, касающихся прав и свобод граждан на стадии расследования преступлений, и в принятии подобных решений были бы более квалифицированы, чем другие судьи. Во-вторых, специализированные судьи по предварительному расследованию не участвовали бы в рассмотрении дел по существу и не находились бы в прямом подчинении и общении с судьями суда первой инстанции. Это бы способствовало их большей независимости и беспристрастности, а также беспристрастности судей первой инстанции.

8. Правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности

¹⁴Ковалёв, сноска 8 выше, стр. 90.

Несомненно, модель правового регулирования ОРД в рамках отдельного Закона об ОРД была заимствована кыргызстанским правительством и парламентом от их российских коллег, принявших соответствующий закон в 1992 г.,¹⁵ который в свою очередь был сменен новым Законом об ОРД в 1995 г.¹⁶ Многие статьи кыргызстанского Закона об ОРД слово в слово дублируют статьи российского федерального закона об ОРД.

Как указывают некоторые российские авторы, введение в действие закона об ОРД было направлено на решение двух основных задач: (1) создание в стране единой правовой основы оперативно-розыскной деятельности и (2) придание официального статуса оперативно-розыскной деятельности как государственно-правовой форме борьбы с преступностью.¹⁷ Данные аргументы справедливы также и в отношении кыргызстанского законодательства об ОРД. Действительно, Закон об ОРД ввел единую правовую основу для правоохранительных органов Кыргызской Республики, до того осуществлявших ОРД в соответствии с подзаконными актами, которые эти же правоохранительные органы и издавали. Иными словами, деятельность правоохранительных органов не регламентировалась законом. Кроме того, после официального признания ОРД на законодательном уровне, она стала частично подконтрольна судебным органам.

Как в Российской Федерации, так и в Кыргызской Республике законодатель не отнес правовое регулирование ОРД к уголовно-процессуальной отрасли права в рамках ее основного закона – Уголовно-процессуального кодекса. Хотя УПК КР и указывает на ОРД, в частности, в статьях, которые определяют полномочия прокурора и органов дознания, однако УПК КР не дает ни определения ОРД, ни указывает законные основания для осуществления ОРМ, ни критериев для определения законности проведения ОРМ. УПК КР также умалчивает о полномочиях суда по контролю органов, осуществляющих ОРМ.

¹⁵Закон РФ об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации от 13 марта 1992 г.

¹⁶Федеральный закон РФ об оперативно-розыскной деятельности от 12 августа 1995 г.

¹⁷Смирнов, указ. соч. выше

Представляется, что основной причиной, по которой законодатель не подчинил ОРД правовому регулированию в рамках уголовно-процессуального законодательства, является подход российских и других постсоветских ученых-юристов и практиков, согласно которому ОРД и предварительное расследование совершаются в «различных правовых режимах».¹⁸ Это разделение прослеживается в преподавании двух отдельных дисциплин или курсов на юридических факультетах постсоветских стран: уголовного процесса и оперативно-розыскной деятельности. Так, например, профессор Смирнов М.П. указывает на следующие различия: (1) «неодинаковая правовая база для их проведения, поскольку следователь действует на основании уголовно-процессуального закона, а оперативно-розыскная деятельность базируется на соответствующем [...] законе об ОРД»; (2) «различны пределы: для производства следственных действий необходимо наличие возбужденного уголовного дела, оперативно-розыскные мероприятия могут проводиться до возбуждения уголовного дела»; (3) «различны результаты: итогом следственных действий являются доказательства; итогом ОРД, как правило, - лишь негласные сведения об источниках тех фактов, которые могут стать доказательством только после их закрепления процессуальным путем».¹⁹

С одной стороны, разделение правового регулирования предварительного следствия и ОРД на два различных режима имеет под собой определенную логику. С другой стороны, однако, создание особого режима правового регулирования ОРД отличного, от правового режима, регулирующего следственные действия, способно привести к чрезмерному ограничению прав и свобод граждан, являющихся объектами ОРД, в том числе лица, предположительно избравшие преступный образ жизни.

Во-первых, факт того, что правоохранительные органы могут осуществлять ОРМ в отношении лиц без возбуждения против них уголовных дел, может существенно расширить круг лиц, чьи права и свободы ущемляются, в том числе право на неприкосновенность частной жизни и права на неприкосновенность жилища. Как мы говорили выше, действующее законодательство Кыргызской

¹⁸Смирнов, указ. соч. стр. 23.

¹⁹Там же.

Республики об ОРД не указывает на четкие правовые критерии, при которых нарушение этих конституционных прав может признаваться допустимым и законным.

Во-вторых, хотя по утверждению профессора Смирнова результаты ОРД могут стать доказательствами обвинения только после их закрепления процессуальным путем, тем не менее, действующее уголовно-процессуальное законодательство Кыргызской Республики прямо признает результаты ОРД в качестве доказательств по делу.²⁰ Иными словами, следователю не нужно проводить отдельное следственное действие для того, чтобы придать результатам ОРД характер доказательства. Таким образом, возникает противоречие между принципами уголовно-процессуального законодательства о допустимости доказательств в рамках одного правового режима и способами получения этих доказательств, которые регулируются другим правовым режимом.

Очевидно, что данное несоответствие выгодно, прежде всего, для самих органов, осуществляющих ОРД, так как их розыскная деятельность не ограничена рамками уголовно-процессуального права, в то время как результаты этой деятельности допустимы в качестве доказательств. Одним способом для разрешения этой проблемы могло бы стать исключение из списка доказательств результатов ОРД. Однако данная мера не является предпочтительной по ряду причин. Во-первых, это существенно ограничит способность правоохранительных органов в сборе доказательств по делу. Во-вторых, если правоохранительные органы все же будут собирать фактические данные в рамках оперативно-розыскной деятельности, а затем закреплять их процессуальным путем – это изменит ситуацию только с формальной стороны. На самом деле, правоохранительные органы также получают возможность собирать доказательства в обход уголовно-процессуального права, а затем подтверждать их путем проведения формальных следственных действий.

Более предпочтительным вариантом является регулирование ОРД в рамках единого уголовно-процессуального закона - УПК. Это бы способствовало упразднению противоречий между нормами существующего законодательства об

²⁰Ст. 81 ч. 2 п. 4-1 УПК КР.

ОРД и нормами уголовно-процессуального права. В едином уголовно-процессуальном законе содержались бы полномочия субъектов ОРД, следователей, которые дают поручения органам ОРД о проведении ОРМ, органов прокуратуры и суда. На наш взгляд, нормы, которые содержатся сейчас в подзаконных актах правительства²¹ и различных министерств и ведомств относительно ОРД, должны быть приведены в соответствие с текстом нового УПК КР и включены в текст УПК, чтобы избежать различного толкования норм подзаконных актов.

9. Оперативно-розыскные мероприятия

Специфика ОРД предполагает, что организация и тактика ОРМ носят негласный, закрытый характер и подробно обсуждаются в закрытой литературе. Кроме того, действующий Закон об ОРД прямо гласит, что организация и тактика проведения оперативно-розыскных мероприятий составляют государственную тайну. Однако, это не должно означать, что закрытость организации и тактики может распространяться на основания для проведения ОРМ. Законодательство должно эффективно защищать конституционные права граждан от произвола правоохранительных органов.

Как говорилось выше, законодателю необходимо четко определить, какие ОРМ требуют судебного решения об их применении, а также каким образом обеспечиваются права и свободы граждан в ходе проведения мероприятий, не требующих судебного разрешения. Закон не должен ограничиваться кратким определением некоторых ОРМ, а должен описать процедуру получения разрешения на их применение, а также полномочия правоохранительных органов при их реализации. Данный анализ лишь в общих чертах обсуждает важные, на наш взгляд, вопросы, касающиеся отдельных ОРМ.

а.

о

прос

²¹Например, Постановление Правительства Кыргызской Республики от 18 февраля 2013 года № 80 «Об утверждении Порядка представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд».

Действующее законодательство определяет данное ОРМ как «личную беседу оперативного работника с гражданином, которому могут быть известны фактические данные об исследуемом событии или о причастных к нему лицах».²² При этом закон умалчивает о ряде очень важных аспектов проведения данного ОРМ. Во-первых, является ли участие граждан в ОРМ добровольным и должен ли оперативный работник сообщать опрашиваемому лицу об этом? Во-вторых, может ли лицо, отказавшееся явиться для беседы по приглашению, быть подвергнуто принудительному приводу? В-третьих, может ли оперативник скрывать истинные цели опроса либо свою профессиональную принадлежность? В-четвертых, могут ли факты, полученные в ходе опроса, быть использованы в качестве доказательств? От ответов на данные вопросы зависит степень защищенности граждан от незаконного воздействия со стороны оперативных сотрудников и получения обманным путем признательных показаний от подозреваемых.

Законодательство должно указывать, что опрос граждан допускается только при их добровольном согласии на беседу, и они не могут быть подвергнуты принудительному приводу за отказ явиться на беседу по приглашению. Иными словами, оперативные сотрудники не могут использовать свое служебное положение для того, чтобы заставить лицо, которое не вызывается в качестве подозреваемого или свидетеля, беседовать с оперативным сотрудником. При этом оперативный сотрудник должен сообщить о праве гражданина отказаться от опроса до того, как ему зададут какие-либо вопросы. Законодательство\ может предоставить сотрудникам, осуществляющим ОРД, право скрывать свою личность, однако при этом сотрудники правоохранительных органов не имеют право использовать методы принуждения. Данные, полученные в ходе опроса, не должны использоваться в качестве доказательств потому, что граждане, участвующие в опросе, в отличие от свидетелей, не предупреждаются об уголовной ответственности за отказ или уклонение от дачи показаний, а также за дачу заведомо ложных показаний.²³

²²Ст. 2 Закона КР об ОРД.

²³Ст. 191 ч. 2 УПК КР.

аведение справок

Действующее законодательство дает очень расплывчатое определение данному ОРМ: официальное получение оперативником фактической информации, имеющей значение для решения задач оперативно-розыскной деятельности, из оперативных, криминалистических и иных баз данных. В частности, не совсем ясно, что понимается под фактической информацией. Например, может ли информация, касающаяся врачебной, банковской и другой личной тайны, быть получена в ходе этого ОРМ? Кроме этого, не ясно, могут ли органы, осуществляющие ОРД, наводить справки, используя государственные базы данных либо базы данных, принадлежащих негосударственным организациям, дающих гражданам обязательство о неразглашении конфиденциальной информации. Законодателю необходимо более подробно описать, что является фактической информацией для проведения данного ОРМ и каковы полномочия правоохранительных органов по получению данной информации из негосударственных организаций, находящихся в специальных правовых отношениях с гражданами, ставшими объектом ОРМ.

Представляется, что информация, содержащаяся в базах данных негосударственных организаций и носящая характер финансовой, врачебной и другой тайны, должна предоставляться органам ОРД только по решению суда. Информация, которая содержится в базах данных ряда организаций, таких как банки и другие коммерческие структуры, относится к защищаемому Конституцией Кыргызской Республики праву на частную жизнь. Граждане Кыргызской Республики ожидают, что их частная жизнь ограждена от произвольного вмешательства

Законодательство западных стран предусматривает ряд условий для предоставления полиции права для получения данных финансового и коммерческого характера. Например, ст. 487.013 Уголовного кодекса Канады предусматривает, что прежде чем требовать от банковской организации

предоставить полиции информацию коммерческого или финансового характера в отношении конкретного лица (номер банковского счета, статус счета, дата открытия счета и т.д.), судья должен удостовериться в наличии трех обязательных условий:

- (1) что преступление было или будет совершено;
- (2) что затребованная информация поможет в расследовании преступления; и
- (3) что организация или лицо, которому адресовано требование, имеет в наличии затребованную информацию.

Представляется, что кыргызстанскому законодателю следует рассмотреть необходимость закрепления аналогичной нормы в отношении информации, которая составляет банковскую, врачебную и коммерческую тайну.

с.

С

бор образцов для сравнительного исследования и отождествление личности

Данные два ОРМ по своему содержанию напоминают следственное действие, закрепленное в ст. 207 УПК КР - получение образцов для сравнительного исследования. Согласно действующему законодательству, основное отличие ОРМ от следственного действия состоит лишь в том, что при проведении следственного действия подозреваемый или обвиняемый обязан предоставить образцы, а в случае ОРМ эти образцы должны собираться при добровольном согласии лиц, располагающих необходимыми образцами либо, если образцы нужно собрать в тайне от проверяемых лиц, используются негласные приемы для их получения.²⁴

На наш взгляд, сбор образцов с тела человека затрагивает личностный или физический аспект прав личности граждан. Очевидно, что сбор образцов на добровольной основе может производиться правоохранительными органами без специального законодательного урегулирования, за исключением вопросов, связанных с хранением и последующем уничтожением образцов в случае, если

²⁴Смирнов, указ. соч. стр. 125-126.

сравнительный анализ не подтвердит результата отождествления личности лица, совершившего преступление.

Однако в случаях сбора образцов для сравнительного исследования путем негласных приемов законодательство и практика должны обеспечить гарантии того, что эти приемы не нарушают конституционных прав граждан. При сборе образцов генетической информации о лице, которое использовало предмет и оставило на нем следы ДНК (сигаретный окурок, сосуд из-под напитка), важно учитывать, при каких обстоятельствах данный предмет был изъят органами, осуществляющими ОРД. Например, если оперативный сотрудник подобрал этот предмет после того, как он был выброшен лицом, в отношении которого проводится данное ОРМ, можно говорить о том, что в данном случае нет нарушения конституционных прав личности. Однако, если оперативный сотрудник изъясил этот предмет из жилого помещения лица, в отношении которого проводится данное ОРМ, то можно говорить о нарушении права на неприкосновенность жилища. Поэтому данное ОРМ должно проводиться исключительно по решению суда. УПК также должен предусмотреть необходимость судебного решения и для проведения такого следственного действия, как получение образцов для сравнительного исследования в отношении подозреваемого и обвиняемого.

d.

П

***роверочная закупка, контролируемая поставка (проверочная поставка)
и оперативный эксперимент***

Хотя проверочная закупка, проверочная поставка и оперативный эксперимент представляют собой три различных ОРМ, аргументы в отношении их законности и обоснованности могут быть объединены в одну группу.

Во-первых, все эти три ОРМ могут проводиться «в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений» в отношении «предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также других предметов, являющихся орудием или средством совершения преступлений, либо предметов, добытых преступным

путем, либо предметов, противоправные деяния с которыми являются контрабандой».²⁵ Зачастую эти ОРМ проводятся в отношении лиц, подозреваемых в совершении преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств.

Во-вторых, при проведении этих ОРМ правоохранные органы используют методы хитрости и обмана в отношении объектов ОРД. Зачастую оперативные сотрудники совершают поступки, которые содержат в себе признаки противоправной деятельности. Проведение этих ОРМ можно сравнить с двумя тесно связанными между собой концепциями уголовного права: (1) использование правоохранными органами агентов-провокаторов (от француз. *agent provocateur*) и (2) применение так называемой «ловушки», или «приманки» (от английского *entrapment*).

Об использовании в различных странах Европы агентов-провокаторов, подстрекающих к совершению преступлений для того, чтобы привлечь исполнителя преступления за совершение преступления, писал еще в начале 20 века профессор Таганцев.²⁶ В ряде западных стран использование агентов-провокаторов и западни либо запрещено совершенно, либо ограничено в применении. Международное право по правам человека также осуждает использование провокации и западни в качестве методов расследования.

В своих решениях Европейский суд по правам человека выделил ряд критериев, свидетельствующих о наличии провокации и, вследствие этого, нарушения права на справедливое правосудие:

- (1) отсутствие разумных оснований для подозрения лица, в отношении которого проводится ОРМ, в том числе отсутствие доказательств совершения им преступлений ранее;
- (2) отсутствие предмета преступления (например, наркотических средств) у лица и получение их от третьего лица;
- (3) отсутствие доказательств того, что лицо было предрасположено к совершению преступления;

²⁵Смирнов, указ. соч. стр. 150.

²⁶Русское указ. соч. стр. 150I. 1902 г.

- (4) активная роль сотрудников полиции, воздействующих на лицо, чтобы оно совершило преступление.²⁷

В некоторых решениях Европейский суд по правам человека рассмотрел эти же критерии только через призму положительных условий для проведения ОРМ правоохранительными органами:

- (1) Правоохранительные органы должны обладать конкретными и объективными доказательствами того, что лицом сделаны первоначальные шаги для совершения преступления;
- (2) Информация, на которой основываются правоохранительные органы при выборе ОРМ, может и должна быть верифицирована;
- (3) Необходимо различать случаи, когда информация о совершаемом преступлении или подготовке к нему исходит от частного заявителя, и когда она исходит от агента или информатора, который сотрудничает с полицией. Во втором случае существует большой риск того, что информаторы могут превратиться в провокаторов, если они непосредственно участвуют в осуществлении ОРМ;
- (4) Само ОРМ должно обязательно проводиться при пассивной роли оперативных сотрудников и их агентов;
- (5) Провокация более вероятна в странах, в чьем законодательстве отсутствуют четкие и ясные процедуры по авторизации ОРМ, а также отсутствует независимый контроль правоохранительных органов. В частности, в своих решениях по делам против Российской Федерации Европейский суд по правам человека особо подчеркнул, что ни закон об ОРД, ни какие-либо другие законодательные акты не предоставляют достаточных гарантий в отношении таких ОРМ, как проверочная закупка (*testpurchase*), и указал на необходимость судебной или другой независимой авторизации и надзора.²⁸

²⁷*Teixeira de Castro v. Portugal*, 25829/94, 9 June 1998, para. 38; *Ramanauskas v. Lithuania* [GC], 74420/01, 5 February 2008; *Miliniene v. Lithuania*, 74355/01, 24 June 2008.

²⁸*Bannikova v. Russia*, 18757/06, 4 November 2010, §§ 33-65; *Khudobin v. Russia*, 59696/00, 26 October 2006, § 135; *Veselov v. Russia*, 23200/10, 24009/07 and 556/10, 2 January 2013, §§ 88-94.

Несмотря на попытки постсоветских ученых-правоведов разграничить провокацию от «правомерной» ОРД,²⁹ на практике правоохранительные органы часто злоупотребляют своим положением и провоцируют лиц на совершение преступлений. Для того, чтобы предотвратить использование провокации, ловушек и приманок органами, осуществляющими ОРД, законодатель Кыргызской Республики должен принять ряд конкретных изменений в законодательстве.

Во-первых, необходимо внести в уголовное законодательство новое обстоятельство, исключающее преступность деяния – совершение деяния вследствие провокации или других активных действий органов, осуществляющих ОРД. В частности, законодателю необходимо дать четкое определение и указать на основные признаки провокации. Одно из возможных определений провокации дается профессором Радачинским: «умышленные односторонние действия, направленные на вовлечение лица в совершение преступления с целью последующего изобличения».³⁰

Во-вторых, хотя действующее законодательство Кыргызской Республики предусматривает уголовную ответственность правоохранительных органов за провокацию взятки или коммерческого подкупа (ст. 237 УК КР), тем не менее, оно не предполагает ответственности за провокацию других преступлений. В российской литературе высказывались предложения о введении уголовной ответственности за провокацию любого преступления.³¹ В этой связи кыргызстанскому законодателю предлагается рассмотреть возможность введения уголовной ответственности за провокацию любого преступления.

В-третьих, одной из основных проблем злоупотребления правоохранительными органами своих полномочий является отсутствие независимого контроля их деятельности при проведении данных ОРМ. В этой связи представляется, что проведение проверочных закупок, проверочных продаж и оперативных экспериментов должно проводиться только на основании решения

²⁹См. 88-94. 24 Радачинский. Провокация преступления как комплексный институт уголовного права: проблемы теории и практики. - Нижний Новгород, 2011 г.

³⁰Там же.

³¹Там же.

судьи, который должен убедиться в том, что против конкретного лица имеются основания подозревать его в продолжающейся преступной деятельности либо в подготовке к совершению преступления.

В некоторых западных странах, например, Дании, правоохранные органы могут использовать некоторые формы «ловушек» и «приманок» только по решению суда. В частности, Гражданский и Уголовно-процессуальный кодекс Дании содержит следующие специальные правила. Полиция не может в ходе расследования предлагать конкретному лицу совершить преступление, кроме случаев, когда существуют три обязательных условия: (1) есть разумное подозрение о том, что преступление совершается либо будет совершено; (2) другие методы расследования недостаточны; и (3) совершаемое преступление наказуемо более чем шестью годами лишения свободы. Кроме того, закон требует, что решение о проведении ОРМ должно быть санкционировано судом.³²

е. Обследование помещений зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств

Проникновение правоохранительных органов на территорию жилища или другого частного объекта затрагивает территориальный аспект приватности. В английском языке имеется выражение «A man's home is his castle» (дом человека – его крепость). Представляется, что данный аспект приватности также имеет крепкие корни и в кыргызстанском обществе. Граждане Кыргызской Республики ожидают, что никто, в том числе правоохранительные органы, не может проникать в их жилище и другие объекты собственности без их согласия, а также без специального судебного разрешения.

Обследование помещений зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств является оперативным аналогом такого следственного действия, как осмотр.³³ Как осмотр, так и обследование помещений затрагивают конституционное право граждан на неприкосновенность жилища и иных объектов,

³² Christopher Slobogin, *Criminal Procedure: Regulation of Police Investigation*. LexisNexis, 2012, стр. 515.

³³Ст. 177 УПК КР.

находящихся в его собственности или ином праве. В этой связи очевидно, что оба эти действия требуют либо согласия проживающих в нем лиц (в том числе временных жильцов)³⁴ или владельцев, либо решения суда, за исключением случаев, не требующих отлагательства, например погони или расследования звонка на «102», поступившего с номера, принадлежащего жильцу.

Действующее законодательство и практика ОРД разделяют гласное и негласное обследование помещений.³⁵ При гласном обследовании помещения его владельцы или жильцы знают о том, что осмотр проводится сотрудниками органов, осуществляющих ОРД. Негласное обследование проводится в тайне от жильцов или владельцев.³⁶ Представляется, что негласное обследование жилых помещений и иных объектов должно быть законодательно запрещено, так как существует большой риск того, что в ходе проведения данного ОРМ могут быть сфабрикованы вещественные доказательства. Вместо этого правоохранительные органы должны получать решение суда на осмотр или обыск и проводить их открыто, в присутствии жильцов или собственников.

Требование о судебном санкционировании всех ОРМ, связанных с проникновением в жилище, подтверждается ст. 30 ч. 2 Конституции КР, которая гласит, что «производство обыска, выемки, осмотра и осуществление иных действий, а также проникновение представителей власти в жилище и иные объекты, находящиеся в собственности или ином праве, допускаются лишь на основании судебного акта».

Следует отметить, что конституционное право на неприкосновенность помещений распространяется не только на жилые помещения, но и на любые другие помещения, которые находятся в собственности граждан, а также в ином праве, например, землепользования. Действующее законодательство об ОРД говорит только о судебном санкционировании решений о применении ОРМ, направленных на ограничение права на неприкосновенность жилища, что прямо противоречит положениям Конституции, которая требует судебного

³⁴См. Определение временных жильцов в ст. 1 Жилищного кодекса КР от 9 июля 2013 г. № 117.

³⁵Смирнов, указ. соч. стр. 136.

³⁶Там же, стр. 137.

санкционирования для осмотра и проникновения представителей власти в жилище и иные объекты, находящиеся в собственности или ином праве. В этой связи законодательство об ОРД должно быть приведено в соответствие с требованиями Конституции.

f. Контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание и запись переговоров, производящихся по телефону и другим переговорным устройствам, снятие информации с технических каналов связи

Эти три вида ОРМ можно объединить в одну группу, так как все они направлены на ограничение конституционного права граждан на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных, электронных и иных сообщений. Исходя из текста ст. 29 ч. 2 Конституции КР, эти виды ОРМ могут производиться исключительно по предварительному судебному решению.

Право на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных, электронных и иных сообщений составляет информационный аспект приватности.³⁷

Одним из наиболее широко используемых ОРМ, затрагивающих информационный аспект приватности, является прослушивание и запись переговоров по телефону.

В некоторых странах существуют довольно жесткие условия для применения таких оперативных мероприятий, как прослушивание телефонных переговоров.

Например, в Италии прослушивание телефонных переговоров может быть санкционировано судьей по предварительному расследованию при наличии серьезных оснований полагать, что преступление было совершено или совершается, и только в случае, если данное ОРМ абсолютно необходимо для

³⁷ Michael Power, *The Law of Privacy*, LexisNexis, 2013, p. 236.

продолжения расследования.³⁸ Иными словами, правоохранительные органы обязаны продемонстрировать судье, что использование прослушивания является не просто желательным методом расследования, но абсолютно необходимым, т.е. без него невозможно продолжение расследования.

Законодательство Швеции разрешает прослушивание телефонных переговоров только с санкции суда и только в случаях, когда есть «весомые основания для подозрения лица в совершении или подготовке преступления, и при этом соблюдается принцип пропорциональности». Принцип пропорциональности означает, что «тайное прослушивание телефона... [может] применяться только тогда, когда искомый результат не может быть достигнут иными разумными способами».³⁹ Шведское законодательство также разрешает прослушивание только переговоров с конкретного телефонного номера, который предположительно принадлежит подозреваемому, а не с любых телефонных номеров, которые подозреваемый может использовать.⁴⁰

Аналогичные требования к прослушиванию переговоров можно встретить и в законодательстве других демократических стран. В Германии прослушивание телефонных переговоров возможно при соблюдении следующих условий:

(1) Подозрение, основанное на фактах, что лицо совершило или планирует совершить одно из преступлений, специально указанных в ст. 100а УПК Германии. Это список включает серьезные преступления, варьирующиеся от убийства и государственной измены до поджога, вымогательства и преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков и отмыванием денег;

(2) Расследование преступления другими ОРМ и методами будет невозможно либо чрезвычайно затруднительно;

³⁸ Craig Bradley (ed.), *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, 2nd ed., Carolina Academic Press, 2007; *Codice di procedura penale*, доступен на итальянском языке по адресу: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447>.

³⁹ Защита прав граждан при внедрении системы оперативно-розыскных мероприятий в сетях связи. - Санкт-Петербург: ЛИК, 2000 г., стр. 204.

⁴⁰ Глава 27 пункт 20 Судебного процессуального кодекса (СПК) Швеции.

(3) Решение о проведении данного ОРМ принимается судьей по предварительному расследованию.⁴¹

Уголовный кодекс Канады⁴² еще подробнее описывает обязательные требования для перехвата переговоров по телефонной и другой связи. За исключением случаев, не требующих отлагательства, например, когда потерпевшему грозит опасность, правоохранительные органы обязаны получить специальное разрешение суда. Ходатайство на получение такого судебного разрешения должно быть подписано генеральным прокурором соответствующей провинции Канады или его заместителем лично.

Данное ходатайство должно сопровождаться письменными показаниями офицера полиции, данными под присягой, в которых отражено следующее:

(1) факты, на которые полагался офицер при формировании своего убеждения о том, что судебное разрешение должно быть дано, с указанием на детали преступления;

(2) тип коммуникации, которая должна быть перехвачена;

(3) имена, адреса, образ жизни всех лиц, переговоры которых будут прослушиваться, при этом должны быть представлены разумные аргументы о том, что эти разговоры помогут в расследовании преступления; если известно, местоположение, где разговоры предположительно будут прослушаны, а также общее описание методов прослушивания;

(4) число случаев, когда уже было заявлено подобное ходатайство в отношении расследования данного преступного акта и лица, указанного в письменном показании офицера полиции, и число случаев, когда в ходатайстве было отказано, дата, когда каждое предыдущее ходатайство было заявлено и имя судьи, которому заявлялось ходатайство;

(5) период, на который требуется разрешение на прослушивание;

⁴¹ Cape, Hodgson, Prakken and Spronken, указ. соч. стр. 87; Criminal Procedure Code of Germany, Art.100a, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html.

⁴²Уголовный кодекс Канады (Criminal Code).

(б) возможное использование других методов расследования ранее, степень их успешности, а также то, почему использование других методов, скорее всего, будет неэффективным, либо срочность дела такова, что использование других методов делает расследование непрактичным.⁴³

После того, как ходатайство и письменные показания поданы для рассмотрения в суд, судья единолично принимает решение об удовлетворении или отказе в ходатайстве. Уголовно-процессуальное право Канады четко предписывает, при каких условиях судья может выдать разрешение на прослушивание переговоров. Согласно ст. 186 ч. 1 УК Канады, судья должен быть убежден, что применение прослушивания:

- (1) будет в лучших интересах правосудия; и
- (2) что правоохранительные органы пытались использовать другие методы расследования, но они были безуспешны, либо использование других методов, скорее всего, будет безуспешным, либо срочность дела такова, что использование других методов делает расследование непрактичным.

Законодательство демократических государств предусматривает различные максимальные сроки, на которые правоохранительные органы получают разрешение на прослушивание. Они варьируются от 15 дней в Италии,⁴⁴ до 30 дней - в Швеции,⁴⁵ 60 дней – в Канаде,⁴⁶ и до 90 дней в Германии.⁴⁷

Законодательство зарубежных стран предусматривает запрет на прослушивание переговоров между подозреваемым и его адвокатом. В этом случае закон исходит из принципа строгой конфиденциальности данных переговоров между адвокатом и клиентом. Так, например, в законодательстве Швеции говорится, что телефонные переговоры между подозреваемым и его адвокатом не могут быть предметом прослушивания правоохранительными органами, и если в

⁴³Ст. 185 УК Канады, Criminal Code of Canada, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/>.

⁴⁴Ст. 267 ч. 3 УПК Италии.

⁴⁵Глава 27 пункт 21 Судебного процессуального кодекса (СПК) Швеции.

⁴⁶Ст. 196 УК Канады.

⁴⁷Ст. 100 УК Канады.

ходе прослушивания переговоров будет установлено, что разговор происходит между подозреваемым и адвокатом, прослушивание должно быть немедленно прекращено, а запись переговоров должна быть уничтожена.⁴⁸

Уголовный кодекс Канады гласит, что судья не может санкционировать прослушивание переговоров в офисе или месте жительства адвоката, или в любом другом месте, которое обычно используется адвокатом с целью консультаций с клиентами, за исключением случаев, когда судья имеет разумные основания полагать, что сам адвокат, либо любой другой адвокат, который практикует с ним, стал или собирается стать участником преступления.⁴⁹ При этом полученная в ходе прослушивания таких переговоров конфиденциальная информация не может выступать в роли доказательства в суде.⁵⁰

Исходя из анализа законодательства ряда демократических стран, можно сделать вывод о том, что прослушивание телефонных переговоров в качестве ОРМ используется только в случаях крайней необходимости. Очевидно, что применение таких методов ОРД сопряжено с наиболее серьезным вмешательством в частную жизнь граждан.

Кыргызстанскому законодателю рекомендуется рассмотреть опыт демократических государств и предусмотреть четкие и жесткие правила в отношении прослушивания телефонных или иных переговоров. Представляется, что законодательство об ОРД в Кыргызской Республике также должно исходить из принципов пропорциональности и крайней необходимости при применении данных ОРМ. Также рекомендуется предусмотреть запрет на прослушивание переговоров между подозреваемым лицом и его адвокатом.

г. Оперативное внедрение

Данное ОРМ представляет собой «способ получения информации путем установления доверительных отношений между штатными негласными

⁴⁸Глава 27 пункт 22 СПК Швеции.

⁴⁹Ст. 186(2) УК Канады.

⁵⁰Ст. 189(6) УК Канады.

сотрудниками органов, осуществляющих ОРД, или лицами, оказывающими им содействие на конфиденциальной основе, и лицами, подозреваемыми в преступлениях, совершаемых организованными преступными группами».⁵¹ Действующее законодательство об ОРД прямо не предусматривает осуществление судебного контроля данных ОРМ. Вместо этого предполагается, что основанием для проведения данного ОРМ является постановление, утвержденное руководителем правоохранительного органа, уполномоченного на проведение ОРД. Оперативное внедрение, наряду с другими ОРМ, которые были рассмотрены выше, предполагает прямое вмешательство в частную жизнь лиц, подозреваемых в совершении преступлений. При установлении доверительных отношений с подозреваемыми лицами внедренные агенты получают доступ к информации о частной жизни подозреваемых лиц, могут вести частные телефонные переговоры с подозреваемыми лицами, могут быть приглашены в жилище подозреваемых лиц. Для того, чтобы обеспечить право на неприкосновенность частной жизни и жилища лиц, в отношении которых проводится ОРМ, оперативное внедрение должно всегда быть подконтрольно судебным органам. В частности, только суд должен давать разрешение на проведение скрытой видео- и аудио-записи при проведении телефонных переговоров или при посещении жилища подозреваемых лиц, даже если телефонные переговоры и посещение жилища производятся с согласия подозреваемого лица.

h. Получение судебного решения на проведение ОРМ в случаях, не терпящих отлагательства

Выше уже указывалось, что в случаях, не терпящих отлагательства, проведение ОРМ должно проводиться также по решению суда (см. п. 4 выше). В зарубежной литературе выделяется ряд преимуществ выдачи ордера по телефону или другим каналам связи: (1) ордер может быть выдан на расстоянии, когда судья находится вдали от офицера полиции, которому необходимо получить ордер; (2)

⁵¹Смирнов, указ. соч. стр. 148.

полицейскому не надо незамедлительно явиться в суд; (3) ордер может быть выдан относительно быстро.⁵²

На наш взгляд, необходимо рассмотреть, как этот вопрос регулируется в других демократических странах. В этой связи интересны положения Уголовного кодекса Канады, в котором процедура получения ордера по телефону описана довольно подробно. Ряд статей УК Канады позволяет органам полиции получить судебное решение на проведение обыска и других следственных и розыскных мероприятий по телефону.⁵³ В частности, ст. 487.1 канадский закон допускает выдачу ордера на обыск по телефону при наличии следующих обстоятельств:

- (1) ходатайство должно быть заявлено сотрудником полиции;
- (2) сотрудник полиции должен прийти к выводу, что было совершено серьезное преступление;
- (3) сотрудник полиции должен прийти к выводу о том, что появление перед судьей лично для заявления ходатайства о получении ордера является практически невыполнимым;
- (4) сотрудник полиции может подать ходатайство (связаться) по телефону (или другим средствам коммуникации) судье, уполномоченному принимать соответствующие решения;
- (5) это должно быть сделано под присягой, которая может быть принесена по телефону или другим способом;
- (6) судья, получающий информацию от сотрудника полиции, обязан дословно записать эту информацию в протокол, указать точное время, дату и содержание полученной информации и представить этот протокол секретарю суда.⁵⁴

Информация, представленная судье сотрудником полиции, должна соответствовать следующим требованиям:

- (1) указывать на обстоятельства, которые делают присутствие офицера полиции практически невозможным;

⁵² James A. Fontana and David Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada*, 8th ed., Lexis Nexis, 2010, p. 407.

⁵³ Ст.ст. 487.01(7); 487.05(3); 487.092(4); 529.5 УККанады.

⁵⁴ Ст. 487.01(7); 487.05(3см. также Fontana and Keeshan, указ. соч., стр. 408.

- (2) включать в себя описание преступления, а также место, которое будет подвергнуто обыску и где могут быть найдены следы преступления;
- (3) указывать на факты, на основании которых офицер полагает, что следы преступления будут найдены в том месте;
- (4) указывать, заявлялось ли подобное ходатайство в отношении этого же уголовного дела ранее.⁵⁵

В случае, если судья удовлетворен представленной сотрудником полиции информацией, он может выдать ордер на проведение следственного мероприятия (обыска и т.д.). Судья может указать временной промежуток, в течение которого должно быть проведено следственное мероприятие. После того, как судья выдал «ордер» по телефону, он должен заполнить специальную форму⁵⁶ – письменный ордер на проведение обыска, подписать его и указать точное время, дату и место выдачи ордера. После этого заполненный ордер должен быть передан органам полиции по каналам связи как телефакс.⁵⁷ После получения ордера-телефакса из суда органы полиции могут использовать в качестве основания для проведения розыскного мероприятия, например, обыска и, если в этом есть необходимость, предоставить его заинтересованным лицам, например, жильцам жилого помещения, где проходит обыск.⁵⁸

Законодательство также требует от органов полиции в течение семи дней после проведения следственного действия, санкционированного по телефону, представить судье полный отчет о проведенном розыскном мероприятии. Данный отчет должен включать следующую информацию:

- (1) точное время и дату проведения мероприятия, санкционированного ордера. Если действие не было проведено, должны быть указаны причины, по которым оно не было проведено;
- (2) список доказательств, полученных в ходе проведения мероприятия, с указанием места, где эти доказательства находятся;

⁵⁵Ст. 408.08.8.08.8.408.8.p.Fontana and Keeshan, указ.соч. стр. 408.

⁵⁶Form 5.1 в 1 gm 5.1 .08.8.408.8.ы.

⁵⁷Ст. 487.1(6.1) УК Канады.

⁵⁸Ст. 487.1(7) УК Канады.

- (3) список доказательств, полученных в дополнение к тем, которые были указаны в ордере;
- (4) основания, по которым органы расследования полагают, что эти дополнительные доказательства, полученные в ходе расследования, относятся к совершенному преступлению.

После получения данного отчета судья, который выдал ордер по телефону, решает вопрос о допустимости доказательств, полученных в ходе этого розыскного мероприятия. При этом в законодательстве и практике Канады существует презумпция, что доказательства, полученные в ходе розыскных мероприятий, считаются полученными без разрешения суда, если отсутствует протокол, составленный судьей, о получении информации от органов полиции по телефону с указанием точного времени и даты, а также ордера, подписанного судьей.⁵⁹

Кыргызстанскому законодателю рекомендуется рассмотреть вопрос о введении института выдачи по телефону и другим каналам связи решения суда на проведение следственных и оперативно-розыскных мероприятий. Законодатель должен довольно подробно описать процедуру заявления ходатайства, а также процедуру выдачи такого решения суда. Случаи выдачи решения по телефону должны быть ограничены случаями, которые не терпят отлагательства и при которых заявление ходатайства органами полиции лично в суде является практически невыполнимым. Следует учитывать, что органы полиции и суды, которые выдают судебные решения на проведение ОРМ, должны быть оснащены соответствующими средствами коммуникации (телефонами, телефаксами и т.п.) для оперативной связи между органами полиции и судом и передачи копии решения суда.

10. Уведомление лица о проведенном в отношении него ОРМ

Законодателю Кыргызской Республики необходимо предусмотреть требование, согласно которому правоохранительные органы обязаны в течение определенного периода после проведения соответствующих ОРМ уведомить лицо,

⁵⁹Ст. 487.1(11) и 487.1(7).

в отношении которого проводились данные ОРМ, о том, что оно было объектом ОРД.

Канадское законодательство обязывает прокурора провинции уведомить лицо, чьи переговоры прослушивались, в течение 90 дней после завершения прослушивания. При этом прокурор также обязан сообщить суду, выдавшему санкцию на проведение ОРМ, о том, что лицо, в отношении которого проводилось прослушивание, было уведомлено. Вместе с тем, законодательство Канады предусматривает ряд случаев, когда суд может выдать разрешение на продление срока, в течение которого объект слежки должен быть уведомлен. В частности, судья должен прийти к следующим выводам:

- (1) расследование преступления, в отношении которого было выдана санкция, продолжается либо начато новое расследование на основании информации, полученной в ходе прослушивания переговоров; и
- (2) продление срока, в течение которого объект слежки должен быть уведомлен, отвечает интересам правосудия.⁶⁰

В этом случае судья может продлить срок уведомления до трех лет. Другим исключением являются случаи, когда прослушивание осуществлялось в отношении организованной преступной группы либо террористической группы. В таком случае достаточно лишь второго условия, что продление необходимо в интересах правосудия. В этом случае срок может быть также продлен до трех лет.

В этой связи законодателю Кыргызской Республики рекомендуется предусмотреть обязанность правоохранительных органов уведомлять лица, ставшие объектами ОРД, в течение определенного срока. При этом возможно предусмотреть исключительные правила для дел, которые находятся в стадии расследования, а также дел, связанных с организованной преступностью и терроризмом.

11. Рекомендации для внесения изменений в законодательство об ОРД

⁶⁰Ст. 196 УК Канады.

- (1) Законодательные положения об ОРД должны быть инкорпорированы в новый единый закон об уголовно-процессуальной деятельности – Уголовно-процессуальный кодекс - для того, чтобы избежать коллизий при толковании различных законодательных актов;
- (2) Необходимо привести положения законодательства об ОРД в соответствие требованиям Конституции Кыргызской Республики;
- (3) Необходимо изменить положение действующего закона, согласно которому проведение ОРМ, «затрагивающих охраняемую законом тайну переписки, телефонных и иных переговоров, допускается по «мотивированному постановлению» правоохранительного органа», на положение о заявлении ходатайства правоохранительного органа перед судом о проведении соответствующего ОРМ;
- (4) Необходимо внести в законодательство четкие основания, при которых возможно применение тех или иных ОРМ. В частности, законодательство должно требовать, что назначение ОРМ может быть только в случае, если имеются серьезные основания подозревать конкретное лицо в совершении или подготовке к совершению преступления;
- (5) Закон должен четко указывать, какие именно доказательства причастности лица к преступной деятельности могут быть достаточными для применения в отношении него ОРМ;
- (6) Необходимо определить более короткий срок действия судебного решения, например, до одного месяца. При этом возможно продление срока действия ОРМ при подаче ходатайства о продлении действия ОРМ, подкрепленного новыми доказательствами, поддерживающими это ходатайство в суде;
- (7) Необходимо четко указать, в каких случаях требуется судебное решение для проведения конкретных ОРМ;
- (8) Необходимо рассмотреть вопрос о создании института специализированного судьи, который бы занимался вынесением решений по вопросам, связанным с санкционированием ОРМ и следственных действий. Этот судья мог бы обладать функциями по санкционированию всех ОРМ и следственных действий, затрагивающих права и свободы граждан;

- (9) Законодательство должно указывать, что опрос граждан допускается только при их добровольном согласии на беседу, и при отказе они не могут быть подвергнуты принудительному приводу;
- (10) Законодателю необходимо более подробно описать, что является фактической информацией для *наведения справок* и каковы полномочия правоохранительных органов по получению данной информации от негосударственных организаций, находящихся в специальных правовых отношениях с гражданами, которых касаются проводимые ОРМ;
- (11) Для того, чтобы предотвратить использование провокаций, ловушек и приманок органами, осуществляющими ОРД, законодатель Кыргызской Республики должен принять ряд конкретных изменений в законодательстве;
- (12) Необходимо внести в уголовное законодательство новое обстоятельство, исключающее преступность деяния – совершение деяния вследствие провокации или других активных действий органов, осуществляющих ОРД;
- (13) Законодателю предлагается рассмотреть возможность введения уголовной ответственности за провокацию любого преступления;
- (14) Проверочные закупки, проверочные продажи и оперативные эксперименты должны проводиться только на основании решения судьи, который должен убедиться в том, что имеются основания подозревать конкретное лицо в продолжающейся преступной деятельности либо в подготовке к совершению преступления;
- (15) Действующее законодательство об ОРД говорит только о судебном санкционировании решений о применении ОРМ, направленных на ограничение права на неприкосновенность жилища, что прямо противоречит положениям Конституции, которая требует судебного санкционирования для осмотра и проникновения представителей власти в жилище и иные объекты, находящиеся в собственности или ином праве. В этой связи законодательство об ОРД должно быть приведено в соответствие требованиям Конституции;

- (16) Законодателю рекомендуется рассмотреть опыт демократических государств и предусмотреть четкие и жесткие правила применения прослушивания телефонных или иных переговоров. Представляется, что законодательство об ОРД в Кыргызской Республике также должно исходить из принципов пропорциональности и крайней необходимости при применении данных ОРМ. Также рекомендуется предусмотреть запрет на прослушивание переговоров между подозреваемым лицом и его адвокатом;
- (17) Для того, чтобы обеспечить право на неприкосновенность частной жизни и жилища лиц, в отношении которых проводится ОРМ, оперативное внедрение должно всегда быть подконтрольно судебным органам. В частности, только суд должен давать разрешение на проведение скрытой видео- и аудио-записи телефонных переговоров или при посещении лицом жилища подозреваемых лиц, даже если телефонные переговоры и посещение жилища производятся с согласия подозреваемого лица;
- (18) Законодателю Кыргызской Республики необходимо предусмотреть требование, согласно которому правоохранительные органы обязаны в течение определенного периода после проведения соответствующих ОРМ уведомить об этом лицо, в отношении которого проводились данные ОРМ;
- (19) Необходимо рассмотреть вопрос о введении института выдачи решения суда о проведении следственных и оперативно-розыскных мероприятий по телефону и другим каналам связи. При этом законодатель должен подробно описать процедуру заявления ходатайства, а также процедуру выдачи судом такого решения. Выдача решения по телефону должна быть ограничена случаями, которые не терпят отлагательства и при которых заявление ходатайства органами полиции лично в суде является практически невозможным. Следует учитывать, что органы полиции и суды, которые выдают решения о проведении ОРМ, должны быть оснащены соответствующими средствами коммуникации (телефонами, телефаксами и т.п.) для оперативной связи между органами полиции и судом и передачи копии решения суда.