

**ҚЫЛМЫСТЫҚ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА,
СОТ-САРАПШЫЛЫҒЫНЫҢ ҚЫЗМЕТІ, ЖЕДЕЛ - ІЗДЕСТІРУ ҚЫЗМЕТІ**

**УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА,
СУДЕБНО-ЭКСПЕРТНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ И ОПЕРАТИВНО - РОЗЫСКНАЯ
ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ**

УДК - 343.37



КАНАТОВ АЛМАС КАНАТОВИЧ

*кандидат юридических наук,
ассоциированный профессор,
Ученый секретарь Академии правосудия
при Верховном Суде Республики Казахстан*

**К ПРОБЛЕМНЫМ АСПЕКТАМ
ОПЕРАТИВНО - РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
(МОНИТОРИНГ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА)**

Түйін. Мақала авторымен адам мен азаматтың құқықтары мен бостандықтары туралы конституциялық нормаларының үстемдігіне негізделген қылмыстық-процестік заңнаманы жетілдіру сұрақтары зерттелген, сонымен бірге жедел іздестіру қызметі туралы заңнаманы нәтижелі қолдануды көздейтін оптималды құқықтық механизмдер ұсынылады. «Жедел іздестіру туралы» Заңды детальды түрде талдау жекелеген кемшіліктерді анықтауға мүмкіндік берді: олқылықтар, коллизиялар, нормаларды қолдану кезінде құқықтық салдарды минимизациялау мақсатында бланкетілік пен коррупциогенділік. Осы саладағы салыстырмалы-құқықтық зерттеу жедел іздестіру шараларын жүзеге асыру кезінде құқық қорғау және арнайы органдардың құзыреттілігі туралы сұраққа алып келеді. Бұл саладағы шетел тәжірибесін зерттеу негізінде ұлттық заңнаманы жетілдіру бойынша нақты ұсыныстар беріледі.

Түйінді сөздер: жедел-іздестіру қызметі; жедел-іздестіру шаралары; қылмыстық-процестік заңнама; жасырын тергеу әрекеттері; ұлттық заңнаманы жетілдіру; соттық бақылау.

Аннотация. Автором статьи исследован вопрос усовершенствования уголовно-процессуального закона, основанного на верховенстве конституционных норм о правах и свободах человека и гражданина, а также предложены оптимальные правовые механизмы, предусматривающие эффективное применение законодательства об оперативно-розыскной деятельности. Детальный анализ (мониторинг) Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» позволил показать отдельные недостатки: пробелы, коллизии, бланкетность и коррупциогенность норм с целью минимизации правовых последствий при их применении. Сравнительно-правовое исследование в данной области приводит к постановке вопроса о компетенциях правоохранительных и специальных органов при осуществлении



оперативно-розыскных мероприятий. С учётом исследования зарубежного опыта в этой области были даны конкретные рекомендации по совершенствованию национального законодательства.

Ключевые слова: оперативно-розыскная деятельность; оперативно-розыскные мероприятия; уголовно-процессуальное законодательство; негласные следственные действия; совершенствование национального законодательства; судебный контроль.

Annotation. The author of the article investigated the issue of improving the criminal procedural law based on the supremacy of constitutional norms on the rights and freedoms of man and citizen, and also proposed the optimal legal mechanisms providing for the effective application of legislation on operational search activity. Detailed analysis (monitoring) of the Law «On Operative-Search Activity» allowed to show some shortcomings: gaps, collisions, blanketness and corruption-related norms in order to minimize legal consequences when applying them. Comparative legal research in this area leads to the formulation of the question of the competence of law enforcement and special bodies in the implementation of operational search activities. Taking into account the study of foreign experience in this area, specific recommendations were given to improve national legislation.

Keywords: operational search activity; operational search measures; criminal procedure legislation; secret investigative actions; improvement of national legislation; judicial control.

Согласно Концепции правовой политики, главная цель законодателя заключается в формировании уголовно-процессуального закона, основанного на признании конституционных норм о правах и свободах человека и гражданина непосредственно действующими, определяющими смысл, содержание и применение законов и обеспечиваемыми правосудием. Для этого требуется разработка оптимальных правовых механизмов, предусматривающих эффективное применение уголовно-процессуального и законодательства об оперативно-розыскной деятельности, в целях быстрого и полного раскрытия преступлений, изобличения и привлечения к уголовной ответственности лиц, их совершивших, справедливого судебного разбирательства и надлежащего применения уголовного закона.

Правовой оболочкой осуществления оперативно-розыскной работы является Закон РК «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – Закон РК «Об ОРД»). [1]. Данный законодательный акт определяет научно обоснованную систему гласных и негласных оперативно-розыскных, организационных и управленческих мероприятий, осуществляемых правоохранительными либо специальными органами в целях защиты жизни, здоровья, прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

В данном исследовании предметно дается детальный анализ (мониторинг) вышеотмеченного Закона, который был принят еще в 1994 году и, надо отметить, отдельные положения которого в настоящее время имеют не единообразные юридическую природу, понимание и, соответственно, применение на практике.

Для результативности восприятия большого пласта действующего международного и национального законодательства, юридической и специальной литературы, правоприменительной практики в правоохранительной области, аналитический материал условно будет разделен на три части: 1. Анализ сложившегося на территории Казахстана законодательства в исследуемой области; 2. Отдельные недостатки действующего Закона РК «Об ОРД»; 3. Рекомендации по совершенствованию национального законодательства.

И так.

Анализ сложившегося на территории Казахстана законодательства в исследуемой области показал следующее.

С обновлением уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан изменилось и отношение к содержанию негласных следственных действий. Связано это с введением в Уголовно – процессуальный кодекс Республики Казахстан (далее – УПК РК) в редакции 2014 года самостоятельной главы 30 «Негласные следственные действия». Под последними понимаются предусмотренные законом действия, проводимые в ходе досудебного производства без информирования вовлеченных в уголовный процесс лиц, интересов которых они касаются (п. 12 ст. 7 УПК РК).

ЗАКОНОДАТЕЛЬНО. В результате появилась необходимость разграничения следственных действий на два самостоятельных вида:

- гласные, проводимые органом уголовного преследования по общим правилам производства следственных действий (ст. 197 УПК РК);
- негласные, проводимые соответствующим подразделением правоохранительного или специального государственного органа с использованием форм и методов оперативно-розыскной деятельности (ч. 2 ст. 232 УПК РК).

Первый вид служит самостоятельным источником доказательств и может быть положен в основу обвинения и постановления приговора при условии соответствия правилам оценки доказательств, предусмотренным ст. 125 УПК РК.

Что же касается второго вида, то для придания ему значения доказательств необходимо предварительное исследование результатов негласного следственного действия органом досудебного расследования (следователем, дознавателем, прокурором), в чьем производстве находится уголовное дело, по которому они назначались. О произведенном исследовании составляется соответствующий протокол. В случае необходимости исследование проводится с привлечением специалиста и соответствующего сотрудника органа дознания (ст.ст. 237, 238 УПК РК).

Протоколы исследования и предварительной оценки результатов, полученных в ходе негласных следственных действий, аудиозаписи, изображений и иных запечатленных при помощи научно-технических средств данных, изъятые вещественные объекты или их копии приравниваются к иным источникам доказательств, вовлеченным в процесс доказывания с помощью следственных действий (ч. 2 ст. 239 УПК РК).

Тем самым законодатель устанавливает, что источником доказательств служат не сами негласные следственные действия, а протоколы их исследования, определяющие допустимость или недопустимость фактических данных в дальнейшем досудебном расследовании и судебном разбирательстве.

Первый промежуточный вывод - с одной стороны, можно констатировать, что законодательство в сфере оперативно-розыскной деятельности соответствует стратегическим целям государства и основным положениям смежного отраслевого законодательства Республики Казахстан, с другой стороны, надо понимать, что «здесь же» имеют место и недостатки, которые на практике могут привести к противоречиям и пробелам в регулировании.

Касательно норм Закона, порождающих коллизии.

Следует отметить, что порядок проведения негласных следственных действий (помимо УПК РК), в свою очередь (параллельно), регулируется также Законом РК «Об ОРД».

В статье 11 Закона РК «Об ОРД» указаны 23 вида оперативно-розыскных мероприятий (далее - ОРМ), которые, в свою очередь, разделены на 18 общих и 5 специальных ОРМ. При этом, все 5 специальных и еще 6 общих ОРМ, по своей сути, полностью тождественны негласным следственным действиям, предусмотренным ст. 231 УПК РК.

Порядок проведения указанных ОРМ лишь в некоторой мере согласован с соответствующими положениями нового УПК РК, а именно в части проведения специальных видов ОРМ, в то время как остальные, которые дублируют неглас-



ные следственные действия, проводятся в совершенно ином порядке, нежели это предусмотрено действующим УПК РК.

Такое несоответствие положений двух указанных нормативно-правовых актов на практике (несомненно) приводит к коллизиям и злоупотреблениям со стороны правоохранительных органов, что, в свою очередь, влечет за собой грубые нарушения прав человека во время проведения негласных следственных действий и тождественных им ОРМ.

Исходя из этого, следует привести Закон РК «Об ОРД» в соответствие с УПК РК в части регулирования порядка проведения ОРМ, носящих характер негласных следственных действий. Это необходимо для того, чтобы исключить возможные нарушения гарантий прав человека, которые могут быть допущены в связи с проведением негласных следственных действий «под видом ОРМ».

Касательно пробелов в законе.

1. Новый УПК РК ввел институт негласных следственных действий (далее – НСД), которые по своему характеру и содержанию схожи с ОРМ, закреплёнными в Законе РК «Об ОРД». И УПК РК и Закон РК «Об ОРД» закрепляет прокурорский надзор за проведением НСД. При этом, Закон РК «Об ОРД» не предусматривает судебного контроля за проведением этих действий, что является его существенным недостатком. Из текста ст. 11 анализируемого Закона РК «Об ОРД» очевидно, что способы сбора информации путем проведения ОРМ правоохранительными органами очень часто сопряжены с прямым вмешательством в частную жизнь граждан, ограничением и нарушением их прав и свобод.

В частности, ОРМ способны ограничить или нарушить следующие права и свободы, гарантированные Конституцией Республики Казахстан (далее – Конституция РК):

- право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и достоинства (ст. 18);
- право на тайну личных вкладов и сбережений, переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений (ст. 18);
- право на неприкосновенность жилища (ст. 25).

В этой связи при проведении этих действий контроль независимого судебного органа просто необходим.

ПРАЙВЕСИ. В современной теории гражданских прав выделяют концепцию *прайвеси* (*privacy*) или свободы от необоснованного вторжения в деятельность гражданина, которая находится в сфере его индивидуальной автономии. Термин *прайвеси* содержится в английском варианте ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах (далее – МПГПП). В русском тексте за неимением эквивалентного термина используется термин *личная жизнь* [2]. 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);
- (3) информационный аспект, который затрагивает такие вопросы, как состояние здоровья, сексуальная ориентация и жизнь, социальные взгляды, дружеские и другие социальные отношения [3].

Хотя Конституция РК не содержит термина *прайвеси*, очевидно, что все три аспекта этой концепции закреплены в тексте Конституции РК 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. В этой связи в данном анализе мы используем термин «прайвеси», как право, охватывающее все конституционные права, затрагивающие интересы, личную или частную жизнь граждан.

Негласная следственная деятельность по своей природе направлена на ограничение прайвеси граждан, которые выступают в качестве объектов наблюдения, прослушивания

телефонных переговоров, контроля почтовых отправлений. Таким образом, ОРМ априори ограничивает и нарушает конституционное право на неприкосновенность частной жизни. Однако, исходя из содержания Конституции РК, право на неприкосновенность частной жизни и право на неприкосновенность жилища не являются абсолютными и могут быть ограничены. Вместе с тем, Конституция РК позволяет ограничивать право на неприкосновенность частной жизни и право на неприкосновенность жилища при соблюдении обязательного условия: в случаях и в порядке, установленных законом. Для того, чтобы действия органов, осуществляющих ОРМ, были конституционными это условие должно быть соблюдено. Это означает, что случаи, основания и порядок принятия решения о применении ОРМ должны быть подробно указаны в законе.

С одной стороны, действующий УПК РК содержит положения, направленные на соблюдение этого конституционного условия.

С другой стороны, однако, представляется, что положения анализируемого Закона РК «Об ОРМ» не соответствуют требованиям Конституции Республики Казахстан по следующим основаниям.

Во-первых, отсутствие судебного контроля над общими и специальными ОРМ нарушает положение ст. 13 Конституции Республики Казахстан о праве каждого на судебную защиту своих прав и свобод. Прокурор, который является **органом уголовного преследования** [4], в силу своей основной функции не может обеспечить защиту прав и свобод граждан, в отношении которых органы уголовного преследования намерены произвести ОРМ. Так как вынесение решений о производстве ОРМ производятся без участия стороны защиты при их принятии необходимы дополнительные гарантии того, что такие решения не будут предвзятыми. Это может быть обеспечено только при участии независимого от уголовного преследования органа, например, судьи по надзору за соблюдением прав и свобод личности в ходе предварительного следствия. Во многих странах функции санкционирования ОРМ исполняются судьями, которые не участвуют в разбирательстве дел по существу. Кроме того, как отмечалось выше, в некоторых странах западной Европы существуют специализированные судьи, которые осуществляют контроль за правоохранительными органами, 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 НСД.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ. 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 временное помещение в психиатрический стационар; временному лишению водительских прав; санкционирует обыск и выемку; санкционирует телефонное прослушивание подозреваемого; выполняет функции по протоколированию свидетельских показаний. 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. [5]. Обычно органы полиции не могут самостоятельно обратиться к судье по предварительному расследованию, кроме случаев, которые не терпят отлагательства. Полиция должна обратиться к соответствующему прокурору с просьбой о заявлении ходатайства в суд [6].

В Италии также существует институт специализированного судьи - *giudice per le indagini preliminary* (сокращенно GIP) или судья по предварительному расследованию. Данный судья надзирает над органами предварительного следствия (прокуратурой и полицией) с целью обеспечения прав подсудимых: санкционирование ареста, прослушивания телефонных переговоров и т.п.; контроль за соблюдением сроков предварительного следствия; в некоторых случаях протоколирование свидетельских показаний [7].

Законодателю необходимо рассмотреть вопрос о передаче функции санкционирования всех ОРМ следственному судье.



Во-вторых, в анализируемом Законе отсутствуют четкие основания, при которых возможно применение ОРМ в отношении граждан.

ЗАКОНОДАТЕЛЬНО. УПК РК предусматривает широкий список граждан, в отношении которых могут проводиться НСД:

1) лица, на которое в заявлении, сообщении об уголовном правонарушении указано как на лицо, его подготавливающее, совершающее или совершившее, либо в отношении которого имеются иные основания полагать, что оно имеет отношение к расследуемому правонарушению либо обладает сведениями о подготавливаемом, совершаемом или совершенном уголовном правонарушении;

2) подозреваемого;

3) потерпевшего с его письменного согласия;

4) третьего лица, если есть сведения, что третье лицо получает или передает информацию, имеющую значение для дела;

5) места в случае, если имеются обстоятельства или предполагается их возникновение, которые могут иметь значение для дела.

Таким образом, проведение НСД не ограничивается только подозреваемыми или обвиняемыми. Кроме того, закон ничего не говорит о том, какие доказательства причастности лица к совершению преступления, в отношении которого могут быть применены НСД, могут рассматриваться в качестве достаточных для решения вопроса о применении НСД. Например, должны ли органы НСД представить прокурору показания очевидцев, которые могут утверждать, что лицо, в отношении которого может быть проведены НСД, планирует, покушается или совершило 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 санкционирующим органом о проведении 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 включают, на наш взгляд, объективные доказательства, свидетельствующие о причастности лица к совершению преступления.

В-третьих, представляется, что действующий закон предусматривает слишком длительный максимальный срок действия ОРМ - до шести месяцев, а в некоторых случаях и более. Для того, чтобы ограничить возможность правоохранительных органов вторгаться в частную жизнь граждан, закон должен предусматривать более короткий срок действия решения при возможном продлении срока действия ОРМ при подаче ходатайства о продлении действия ОРМ и при подаче доказательств, поддерживающих это ходатайство в суде. Это будет способствовать более надежному контролю со стороны суда.

Республика Казахстан является участником ряда международных соглашений, гарантирующих права и свободы граждан, которые могут быть ограничены уголовно-процессуальным законодательством. В частности, в 2006 г. Республика Казахстан ратифицировала МПГПП, положения которого имеют приоритет над нормами уголовно-процессуального законодательства. Некоторые нормы действующего УПК РК не только входят в противоречие с Конституцией РК, но также не соответствуют положениям МПГПП.

Следовательно, нормы действующего УПК РК 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 ряда 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 тем, «что механизмы, вторгаться 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 производство ОРМ. В этой связи, анализируемый Закон РК «Об ОРД» в надежной степени не обеспечивает 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.

2. Единый понятийно-терминологический аппарат в Законе РК «Об ОРД» в достаточной мере не регламентирован. Отсутствует тождество с аналогичными понятиями, встречающимися в действующем УПК РК.

Необходим единый подход к глоссарию.

3. Законом РК «Об ОРД» предусматривается участие понятых при досмотре в процессе общих ОРМ (п. 16 ст. 11 Закона). Здесь возникает ряд вопросов. В указанном законе вообще не регламентирован статус понятого, что приводит к ошибкам в оперативно-розыскной практике, связанным с подбором понятых, привлечением их к другим видам ОРД, где по закону их участие не предусмотрено. Без указания правового положения понятого в названном законе его участие в ОРМ не может считаться легитимным [10].

Касательно излишних бланкетных и отсылочных норм закона.

Одним из эффективных инструментов нормотворческой деятельности и систематизации законодательства, дальнейшей консолидации в разрезе отраслей законодательства, а также освобождению его от устаревших и дублирующих норм, восполнению пробелов в правовом регулировании, устранению внутренних противоречий в действующем праве выступает **минимизация отсылочных норм в законах и, соответственно, расширение практики принятия законов прямого действия в рамках круга вопросов**, по которым, в соответствии с Конституцией РК, могут приниматься законодательные акты.

Необходимо отметить, что Закон РК «Об ОРД» содержит достаточное количество норм, которые имеют бланкетную (отсылочную) природу. В результате появления последних, на наш взгляд, будут и имеют место коррупционные правонарушения, ущемление прав, свобод человека и законных интересов граждан и организаций. Отечественный законодатель достаточно умело закамуфлировал «требования легальности» в реализации компетенции правоохранительных и специальных органов, которые считает приемлемыми. Детали же раскрыты через (уже упомянутый) институт бланкетности, отсылочности их понимания (толкования) в подзаконных актах.

РЕЧЬ ИДЕТ о следующих нормах (выделено Курсивом) исследуемого Закона:

1. Статья 9. Ответственность сотрудников органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность

1. Сотрудники, допустившие противоправные действия при проведении оперативно-розыскных мероприятий, *несут ответственность в соответствии с законами Республики Казахстан.*

2. Ущерб, причиненный действиями органов, осуществляющих оперативно-розыск-



ную деятельность, возмещается ими в *порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.*

2. Статья 10. Основания проведения оперативно-розыскных мероприятий

2. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, в пределах своей компетенции по собственной инициативе либо инициативе иных государственных органов вправе собирать данные, характеризующие личность, необходимые для принятия решений:

- о допуске физических и юридических лиц к работам по охране и обслуживанию стратегических и охраняемых объектов, а также в окружении охраняемых лиц. Перечень стратегических и охраняемых объектов, а также охраняемых лиц *определяется законодательством Республики Казахстан;*

3. Статья 13. Содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность

2. Отдельные граждане могут с их согласия привлекаться к подготовке и проведению оперативно-розыскных мероприятий (в том числе и по контракту) с сохранением по их желанию конфиденциальности сотрудничества с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность. Эти лица обязаны сохранять в тайне сведения, ставшие им известными в ходе подготовки или проведения оперативно-розыскных мероприятий, и не представлять заведомо ложной информации указанным органам. За разглашение таких сведений и представление заведомо ложной информации они несут *ответственность, установленную законом Республики Казахстан.*

4. Статья 14. Использование материалов оперативно-розыскной деятельности

4. За разглашение сведений об оперативно-розыскной деятельности лица, которым они стали известны в результате выполнения профессиональных обязанностей, несут *ответственность, предусмотренную законами Республики Казахстан.*

5. Статья 23. Социальная и правовая защита конфиденциальных помощников

2. Гражданам, изъявившим согласие содействовать органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, государство гарантирует обеспечение их прав и выполнение обязательств, в соответствии с настоящим Законом, *другими законами и нормативными актами Республики Казахстан.*

3. При возникновении реальной угрозы противоправного посягательства на жизнь, здоровье или имущество граждан, в связи с их содействием органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, а равно членам их семей и близких родственников, эти органы обязаны принять все необходимые меры по предотвращению противоправных действий, установлению виновных и привлечению их к ответственности, а также по проведению, в случае необходимости, специальных мероприятий по их защите, *в соответствии с законами Республики Казахстан.*

6. Период сотрудничества граждан по контракту на платной основе в качестве основного рода занятий с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, включается в их общий трудовой стаж. Они имеют право на пенсионное обеспечение, в случае гибели их семьи и иждивенцы - на пенсию по случаю потери кормильца, *в соответствии с законодательством, и в порядке, определяемом Правительством Республики Казахстан.*

6. Статья 25. Надзор за оперативно-розыскной деятельностью

2. При осуществлении надзора за оперативно-розыскной деятельностью прокурор:

10) *в случаях, установленных законом Республики Казахстан,* дает санкцию на проведение оперативно-розыскных мероприятий.

ОСНОВНОЙ ВЫВОД:

Методологически общественная опасность таких бланкетных норм заключается в том, что принимаемые позже на основе «якобы» принятого Закона инструктивные нормы искажают смысл и содержание «родового нормативного правового акта», а, следовательно, правоохранительные, и, параллельно, специальные органы в своей функции подменяют власть законодательную. Это, в свою очередь, существенно повышает коррупционные риски и, как правило, снижает уровень доверия граждан не только к проводимым судебным-правовым реформам, но и к законодательству. В нашем случае, в Законе РК «Об оперативно-розыскной деятельности» не в полной мере (буквально) отражены

общепринятые достижения современной мысли в исследуемой области.

РЕКОМЕНДАЦИИ: 1. Выделенные курсивом отсылочно-бланкетные нормы необходимо определить с помощью современной правовой терминологии, которая была обновлена и уже используется во всех действующих нормативных правовых актах (в том числе, принятых в рамках Плана Нации – 100 конкретных шагов). *Либо* 2. С помощью автоматизации процесса обнаружения отсылочной нормы необходимо актуализировать подзаконные нормативные правовые акты с условием вкрапления туда основных организационно-правовых элементов наиболее удовлетворительных с позиции действующего права.

Касательно наличия в законе коррупциогенных факторов.

Коррупциогенность минимизируется, если существует четкий порядок принятия решения (административные процедуры). Процедуры должны содержаться в законодательном акте, а не регулироваться на подзаконном уровне. Однако при отсутствии административных процедур в законе, они могут закрепляться в нормативном правовом акте органа исполнительной власти.

Учитывая вышеизложенное, необходимо отметить, что коррупциогенные факторы при анализе Закона РК «Об ОРД», **во-первых**, имманентно (напрямую) связаны с наличием излишних бланкетных и отсылочных норм закона (*детально отмеченных выше*). **Во-вторых**, в некоторых нормах из-за использования неопределенной формулировки «*может быть*», возникает неясность в толковании, что предполагает решение вопроса надзорным органом по своему усмотрению, в зависимости от заинтересованности. В частности, в третьем абзаце пункта 7 статьи 12 Закона определена компетенция по формуле «*вправе*»: «Специальные оперативно-розыскные мероприятия в отношении судьи *могут быть* проведены только с санкции прокурора».

Аналогичные случаи принятия решения органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность по своему усмотрению и в зависимости от заинтересованности, выявлены в следующих статьях анализируемого Закона:

«- Статья 14. Использование материалов оперативно-розыскной деятельности

1. Материалы, полученные в процессе оперативно-розыскной деятельности, *могут быть* использованы для подготовки и осуществления следственных действий и проведения оперативно-розыскных мероприятий по предупреждению, пресечению уголовных правонарушений, а также в процессе доказывания по уголовным делам при условии их проверки в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан, регламентирующими сбор, исследование и оценку доказательств.

- Статья 22. Социальная и правовая защита сотрудников органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность

1. Сотрудники органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, при исполнении служебных обязанностей являются представителями власти и находятся под защитой государства. На них распространяются гарантии правовой и социальной защиты работников министерств и ведомств, в штаты которых они входят. С учетом специфики работы сотрудники органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, *могут быть* наделены дополнительными льготами».

Таким образом, в тексте Закона РК «Об ОРД» необходимо детализировать компетенцию органа, принимающего решения или действия по своему усмотрению, путем устранения коррупциогенного фактора «*вправе*».

Касательно иных недостатков закона.

1. К одному из недостатков исследуемого Закона РК «Об ОРД» относится отсутствие конкретного механизма имплементации в правоприменительную практику международных (в том числе, европейских) стандартов обеспечения легитимности ОРД.

Реформа тайного следствия в указанных странах состояла в достижении такого **параметра**, как распространение судебного контроля на большинство НСД.

На необходимости судебного контроля сделан акцент во всех основополагаю-



щих решениях Европейского суда по правам человека, в которых дается толкование смысла статьи 8 Конституции РК.

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ. Объем судебного контроля над проведением негласных следственных действий в указанных выше странах, реформировавших уголовный процесс, достаточно большой. Так, в Латвии все предусмотренные 11 негласных оперативных мероприятий проводятся только по разрешению суда, в Украине - 9 из 12 мероприятий, в Молдове - 8 из 15, в Литве - все 5 действий, в Эстонии - 5 из 10.

Как сказано в Замечаниях общего порядка № 16 (1988 год) Комитета по правам человека о праве на неприкосновенность личной и семейной жизни, жилища и тайны корреспонденции (далее - Замечания общего порядка от 1988 года), в соответствии с пунктом 4 статьи 40 МПГПП, введение понятия «произвольности» призвано обеспечить, чтобы даже вмешательство, допускаемое законом, соответствовало положениям, целям и задачам Пакта и в любом случае являлось обоснованным в конкретных обстоятельствах. Очевидно, что выяснить, что именно является обоснованным в конкретной ситуации, может незаинтересованный субъект, которым является суд. В этом состоит суть **первого параметра**, который выше был назван как **судебный контроль над НСД**.

ВЫДЕРЖКИ ИЗ УПК РК. В статье 231 УПК РК установлены виды НСД, при этом согласно статье 232 УПК РК, ни на одно из десяти видов НСД не требуется санкция суда.

При этом, большинство НСД, а именно 6 из 10, санкционирует прокурор, что еще раз подчеркивает и без того немалую роль прокурора в уголовном производстве по новому УПК РК. Так, такие виды, как 1) негласные аудио- и (или) видеоконтроль лица или места; 2) негласные контроль, перехват и снятие информации, передающейся по сетям электрической (телекоммуникационной) связи; 3) негласное получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами; 4) негласное снятие информации с компьютеров, серверов и других устройств, предназначенных для сбора, обработки, накопления и хранения информации; 5) негласный контроль почтовых и иных отправлений; 6) негласные проникновение и (или) обследование места проводятся только с санкции прокурора (Генеральный прокурор РК и его заместители, прокуроры областей и приравненные к ним прокуроры) и только:

- по делам о преступлениях, санкция за совершение которых предусматривает наказание в виде лишения свободы от одного года и выше;

- по преступлениям, подготавливаемым и совершаемым преступной группой.

Остальные виды негласных следственных действий: 7) негласное наблюдение за лицом или местом; 8) негласный контрольный закуп; 9) негласные внедрение и (или) имитация преступной деятельности могут производиться с санкции прокурора по любым категориям правонарушений.

Согласно п.4 статьи 12 «Условия проведения оперативно-розыскных мероприятий» Закона РК «Об ОРД», специальные оперативно-розыскные мероприятия проводятся исключительно с санкции прокурора: 1) в целях выявления, предупреждения и пресечения преступлений, указанных в части четвертой статьи 232 УПК РК, в отношении проверяемого лица либо третьего лица, если есть сведения, что проверяемое лицо использует телефон или иное переговорное устройство третьего лица, или есть сведения, что третье лицо получает информацию для проверяемого лица либо от проверяемого лица для передачи другим лицам с использованием телефона и других переговорных устройств и фиксация ее содержания на материальном носителе; 2) для осуществления мер по розыску лиц, скрывающихся от следствия, дознания, суда и уклоняющихся от уголовной ответственности за совершение преступлений, указанных в части четвертой статьи 232 УПК РК, а также безвестно исчезнувших. Специальные ОРМ в целях выявления, предупреждения и пресечения преступлений, предусмотренных частью четвертой статьи 232 УПК РК, а также преступлений, подготавливаемых и совершаемых преступной группой, проводятся с санкции прокурора в отношении проверяемых лиц.

Санкцию на проведение таких мероприятий по постановлению органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, дают Генеральный Прокурор Республики Казахстан, его первый заместитель либо заместители, Главный военный прокурор, прокуроры областей и приравненные к ним прокуроры.

В соответствии с пунктом 8 статьи 12 анализируемого Закона при получении санкции на проведение специальных ОРМ прокурору представляются материалы - основания для их проведения, в форме и по содержанию исключающие возможность расшифровки сведений о личности конфиденциальных помощников и штатных негласных сотрудников. О результатах специального ОРМ уведомляется прокурор, санкционировавший его проведение.

Таким образом, как следует из статьи 12 исследуемого Закона, *все виды специальных ОРМ, которые могут причинить наибольший вред частной и семейной жизни человека, осуществляются без надлежащего судебного контроля, что нарушает международные стандарты прав человека.*

Исходя из вышеизложенного, можно заключить, что обусловленность проведения ОРМ не отвечает рассматриваемому требованию, то есть обязательности судебного контроля, поэтому в этой части соответствующие нормы статьи 12 Закона РК «Об ОРД» подлежат изменению. При этом в самом Законе (п.1-1) статьи 4) закреплено нормативное положение, согласно которому «если международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в настоящем Законе, то применяются правила международного договора».

2. В настоящее время одним из дискуссионных вопросов является параллельное регламентирование (хождение) НСД (ОРМ) в УПК РК и Законе «Об ОРД». Тем более, УПК РК достаточно детально закрепил условия и основания проведения этих действий, вопросы санкционирования, сроки проведения, исследование информации, полученной в результате НСД, её использования в качестве доказательств и т.д. Кроме того, в правовом поле действуют два совместных приказа руководителей правоохранительных и специальных органов в этой области.

ПОЗИТИВНОЕ ПРАВО. Совместный приказ Министра внутренних дел Республики Казахстан от 12 декабря 2014 года № 892, Министра финансов Республики Казахстан от 12 декабря 2014 года № 565, Председателя Агентства Республики Казахстан по делам государственной службы и противодействию коррупции от 12 декабря 2014 года № 62, Начальника Службы государственной охраны Республики Казахстан от 15 декабря 2014 года № 146 и Председателя Комитета национальной безопасности Республики Казахстан от 18 декабря 2014 года № 416. Зарегистрирован в Министерстве юстиции Республики Казахстан 27 декабря 2014 года № 10027 **«Об утверждении Правил проведения негласных следственных действий»**. Названные Правила проведения негласных следственных действий разработаны в соответствии с Конституцией Республики Казахстан, УПК РК от 4 июля 2014 года, Законами Республики Казахстан от 15 сентября 1994 года **«Об оперативно-розыскной деятельности»**, от 15 марта 1999 года **«О государственных секретах»** и определяют порядок проведения негласных следственных действий, а также приобщения их результатов к материалам уголовных дел.

Совместный приказ Генерального Прокурора Республики Казахстан от 21 декабря 2015 года № 150 и Министра внутренних дел Республики Казахстан от 31 декабря 2015 года № 1119 и Министра финансов Республики Казахстан от 30 декабря 2015 года № 733 и Министра по делам государственной службы Республики Казахстан от 30 декабря 2015 года № 21. Зарегистрирован в Министерстве юстиции Республики Казахстан 13 января 2016 года № 12860 **«Об утверждении Правил и оснований получения правоохранительными органами из системы информационного обмена правоохранительных, специальных государственных и иных органов информации, необходимой для проведения негласных следственных действий и оперативно-розыскной деятельности, а также для решения иных возложенных на них задач»**.



В них более точно даётся разъяснение НСД, дана единая форма проведения их и фиксации, а также единая форма журналов учёта постановлений о проведении НСД, учёта дел НСД и другое. В этих правовых актах совпадают принципы, основные понятия, используемые в текстах, все НСД более детально расписаны в соответствующих статьях УПК РК.

Отсюда и возникает вопрос-дискуссия - может быть Закон «Об ОРД» уже выполнил свою историческую миссию? Ведь сторонники этого Закона не предложили меры по дальнейшему развитию этой отрасли права и законодательства.

«На основании п.3) ч.2 ст.10 Закона Республики Казахстан «О правовых актах» кодексы законодателем наделены более высокой юридической силой, нежели законы. Следователи и оперативники должны пользоваться только УПК РК. Больше будет толка и порядка в делах. Но главное – не должно быть дублирования норм (кодексов - ред.) и законов!» [11].

3. Основной вывод по исследуемому Закону РК «Об ОРД» следующий. Согласно нумерации в Законе 25 статей, который дополнен статьёй 14-1. В итоге фактическое количество статей – 26.

Изменения и дополнения внесены в 22 из 26 статей, т.е. в 84% норм анализируемого Закона. И это только количественный показатель. Что касается качественного показателя, то отметим, что с момента принятия (действия) анализируемого Закона (с 15 сентября 1994 года) изменения и дополнения в него вносились 28-ми различными Законами, в которых, подверглись коррекции 95 статей в более чем 200 пунктах.

ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ ПРЕДПОСЫЛКИ. В настоящее время проектом Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам модернизации процессуальных основ правоохранительной деятельности» готовятся очередные поправки в действующий Закон РК «Об ОРД». ПРОБЛЕМНЫМ (открытым) остается вопрос санкционирования ОРМ следственными судьями, т.к. вышеуказанным законопроектом ряд изменений и дополнений коснутся и Закон «Об ОРД». Так, в аналогичную редакцию будут приведены ч.3 статьи 11 Закона «Об ОРД», где редакционным изменениям подвергнуты специальные оперативно-розыскные мероприятия. Теперь, они в точь повторяют 6 первых НСД, указанных в статье 231 УПК РК.

В этой связи, следует руководствоваться п.9 статьи 26 Закона Республики Казахстан «О правовых актах» от 6 апреля 2016 года, который обязывает: «При внесении изменений и (или) дополнений в текст нормативного правового акта в объеме, превышающем половину текста нормативного правового акта, принимается его новая редакция».

Таким образом, с учётом решения важнейших задач ОРД для обеспечения упреждающей функции правоохранительных и специальных органов, с целью минимизации дублирования норм законов (кодексов), необходима новая редакция анализируемого Закона (возможно, постепенно, с учётом эволюции, модернизации уголовного процесса, назреет необходимость поставить на утрату Закон РК «Об ОРД»).

Список литературы:

1. Закон Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности» от 15 сентября 1994 года (с изменениями и дополнениями) <http://www.zakon.kz>.
2. Защита прав граждан при внедрении системы оперативно-розыскных мероприятий в сетях связи. Санкт-Петербург: ЛИК, 2000 г., стр. 204.
3. Глава 27 пункт 20 Судебного процессуального кодекса (СПК) Швеции.
4. Cape, Hodgson, Prakken and Spronken, указ. соч. стр. 87; Criminal Procedure Code of Germany, Art. 100a. URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html.

-
5. Уголовный Кодекс Канады (Criminal Code).
 6. Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights, Oxford University Press, 2005, p. 476.
 7. В решениях Комитета по правам человека на русском языке также используется термин «частная жизнь».
 8. Michael Power, The Law of Privacy, LexisNexis, 2013, p. 236.
 9. Ст. 7 п. 25 Уголовно – процессуального кодекса Республики Казахстан.
 10. О совершенствовании правового механизма оперативно-розыскной деятельности /А. Гинзбург, кандидат юридических наук, С. Даубасова, старший преподаватель Университета им. Д.А. Кунаева/<http://www.zakon.kz>.
 11. Вестник права Республики Казахстан «Заңгер» № 8 (193) 2017 года. – стр. 65-66.

От редакции. Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам модернизации процессуальных основ правоохранительной деятельности» был подписан Президентом Республики Казахстан 11 декабря т.г.