
УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS

УДК 343.985 + 343.1 + 342.9

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ МАТЕРИАЛОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРОЦЕССЕ

Д. Л. ХАРЕВИЧ¹⁾

¹⁾Академия Министерства внутренних дел Республики Беларусь, пр. Машерова, 6а, 220005, г. Минск, Беларусь

Рассматривается проблема использования материалов оперативно-розыскной деятельности в административном процессе согласно законодательству Республики Беларусь. При отсутствии прямого запрета на использование материалов оперативно-розыскной деятельности в административном процессе Закон Республики Беларусь от 15 июля 2015 г. № 307-З «Об оперативно-розыскной деятельности», Процессуально-исполнительный кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях и Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь не содержат норм, допускающих такое использование и регламентирующих соответствующий порядок. Признавая недопустимость целенаправленного осуществления оперативно-розыскной деятельности для изобличения лица в совершении административного правонарушения (при отсутствии признаков преступления), автор делает вывод о возможности использования материалов оперативно-розыскной деятельности в административном процессе в случаях, когда после

Образец цитирования:

Харевич ДЛ. Использование материалов оперативно-розыскной деятельности в административном процессе. Журнал Белорусского государственного университета. Право. 2023;3:64–74.
EDN: QLPBZT

For citation:

Kharevich DL. Use of materials of operational-search activities in the administrative process. *Journal of the Belarusian State University. Law*. 2023;3:64–74. Russian.
EDN: QLPBZT

Автор:

Дмитрий Людвигович Харевич – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры оперативно-розыскной деятельности факультета криминальной милиции.

Author:

Dmitry L. Kharevich, PhD (law), docent; associate professor at the department of investigative activities, faculty of criminal police.
dmitryharevich@mail.ru
<https://orcid.org/0000-0002-1390-6077>

окончания проведения правомерно осуществленного оперативно-розыскного мероприятия квалификация деяния изменена с преступления на административное правонарушение или когда признаки административного правонарушения обнаружены попутно при документировании преступления. На основе анализа принципов соблюдения прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, соразмерности (пропорциональности) и конспирации сформулированы предложения для внесения в законодательные акты, устанавливающие порядок использования материалов оперативно-розыскной деятельности в административном процессе, что позволит повысить эффективность борьбы с административными правонарушениями, укрепить законность и правопорядок.

Ключевые слова: административный процесс; конспирация; материалы оперативно-розыскной деятельности; Республика Беларусь; совершенствование законодательства; пропорциональность; уголовный процесс.

USE OF MATERIALS OF OPERATIONAL-SEARCH ACTIVITIES IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS

D. L. KHAREVICH^a

^a*Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Belarus, 6a Masherava Avenue, Minsk 220005, Belarus*

The problem of using materials of operational-search activity in the administrative process in accordance with the legislation of the Republic of Belarus is considered. In the absence of a direct ban on the use of materials of operational-search activities in the administrative process, the Law of the Republic of Belarus of 15 July 2015 No. 307-3 «On operational-search activities», the Procedural and Executive Code of the Republic of Belarus on Administrative Offenses and the Criminal Procedure Code of the Republic of Belarus do not have norms allowing such use and regulating the relevant procedure. Recognising the inadmissibility of the purposeful implementation of operational-search activities to expose a person for committing an administrative offense (in the absence of signs of a crime), the author concludes that it is possible to use the materials of operational-search activities in the administrative process in cases where after the completion of the lawfully carried out operational-search activity, qualification of the act was changed from a crime to an administrative offense or signs of an administrative offense were found along the way when documenting the crime. Based on the analysis of the legal principles of observance of the rights, freedoms and legitimate interests of citizens, the rights and legitimate interests of organisations, proportionality (proportionality) and secrecy, proposals are formulated for legislative acts that establish the procedure for using materials of operational-search activities in the administrative process, which will increase the effectiveness of the fight against administrative offenses, to strengthen law and order.

Keywords: administrative procedure; conspiracy; materials of operational-search activity; the Republic of Belarus; improvement of legislation; proportionality; criminal procedure.

Введение

Оперативно-розыскная деятельность (ОРД) является одним из государственно-правовых средств борьбы с преступлениями, о чем свидетельствуют ее задачи, изложенные в ст. 3 Закона Республики Беларусь от 15 июля 2015 г. № 307-З «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – Закон об ОРД). Осуществление данной деятельности не всегда приводит к решению этих задач, и в ряде случаев актуализируется вопрос о возможности привлечения лица к ответственности за совершение административного правонарушения на основании собранных материалов ОРД.

Такие случаи могут иметь место, например, в сфере борьбы с незаконными посевом и (или) выращиванием растений либо грибов, содержащих наркотические средства или психотропные вещества. Законодательством предусмотрены смежные противоправные деяния, к которым относятся преступление, указанное в ст. 329 Уголовного кодекса Республики Беларусь (далее – УК) (при наличии

в деянии цели сбыта или изготовления либо иного получения наркотических средств или психотропных веществ), и административное правонарушение, предусмотренное ст. 17.1 Кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях (далее – КоАП) (при отсутствии такой цели). В случае если в материалах ОРД, собранных при документировании указанного преступления, не удастся зафиксировать признаки, упомянутые в ст. 329 УК (например, указывающие на наличие одной из целей деяния, содержащихся в диспозиции), лицо привлекается к уголовной ответственности по ч. 1 ст. 328 УК за хранение без цели сбыта частей растений, грибов, содержащих наркотические средства или психотропные вещества. При этом возникает необходимость правовой оценки его действий по посеву, выращиванию указанных растений, грибов с точки зрения совершения административного правонарушения (ст. 17.1 КоАП). Аналогичный вопрос может появиться в связи с отказом в возбуждении уголовного

дела по иным основаниям, если при этом лицо не привлечено к ответственности за незаконный посев и (или) выращивание растений либо грибов, содержащих наркотические средства или психотропные вещества.

Подобные ситуации могут возникать также при документировании сотрудниками подразделения по наркоконтролю и противодействию торговле людьми органов внутренних дел иных преступлений, имеющих смежные составы административных правонарушений. К таким преступлениям и административным правонарушениям относятся следующие:

- незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров и аналогов (ст. 328 УК), нарушение порядка оборота семян мака (ст. 13.30 КоАП), незаконные действия с некурительными табачными изделиями, предназначенными для сосания и (или) жевания (ст. 17.6 КоАП);
- незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров и аналогов (ст. 328 УК), склонение к потреблению наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов (ст. 331 УК), предоставление помещений, организация либо содержание притонов для изготовления, переработки и (или) потребления наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или других одурманивающих веществ (ст. 332 УК), а также потребление наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов в общественном месте либо появление в общественном месте или на работе в состоянии опьянения (ст. 19.3 КоАП);
- склонение к потреблению наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов (ст. 331 УК), незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров и аналогов (ст. 328 УК) и вовлечение несовершеннолетнего в немедицинское употребление сильнодействующих или других одурманивающих веществ (ст. 19.4 КоАП);
- развратные действия (ст. 169 УК) и мелкое хулиганство (ст. 19.1 КоАП);
- организация и (или) использование занятия проституцией либо создание условий для занятия проституцией (ст. 171 УК), вовлечение в занятие проституцией либо принуждение к продолжению занятия проституцией (ст. 171-1 УК), торговля людьми (ст. 181 УК) и занятие проституцией (ст. 19.5 КоАП);
- изготовление и распространение порнографических материалов или предметов порнографического характера (ст. 343 УК), изготовление и распространение порнографических материалов или предметов порнографического характера с изображением несовершеннолетнего (ст. 343-1 УК), а также хранение и распространение порнографических материалов или предметов порнографического характера (ст. 19.7 КоАП);
- торговля людьми (ст. 181 УК) и проживание без регистрации либо без документов, удостоверяющих личность (ст. 24.33 КоАП).

Указанная проблема актуальна и для других оперативных подразделений органов внутренних дел в отношении большого круга противоправных деяний, когда при осуществлении ОРД не удается зафиксировать (и впоследствии доказать в уголовном процессе) элементы состава правонарушения, позволяющие квалифицировать его как преступление, а не как административное правонарушение. Такими элементами могут являться следующие:

- содержание субъективной стороны (специфическая цель деяния, наличие умысла, корыстная или иная личная заинтересованность, хулиганские, корыстные или иные низменные побуждения, заведомое осознание виновным предмета преступления);
- более опасный способ совершения преступления в сравнении со способом административного правонарушения (не только хранение, но и сбыт, изготовление либо подделка, применение насилия или угроза его применения, действие, а не бездействие);
- размер вреда, ущерба, незаконного дохода, характер наступивших последствий;
- особая личность жертвы, специфические место, время, предмет, орудия и обстоятельства, указывающие на совершение преступления, а не административного правонарушения.

В отдельных случаях в данный перечень можно включить и повторное совершение административного правонарушения, если при этом выполняются условия административной преюдиции, закрепленные в диспозиции соответствующей статьи УК (например, совершение деяния повторно или неоднократно в течение одного года либо систематически). В то же время при отсутствии достоверных фактов предыдущего привлечения к административной ответственности, подтвержденных в установленном законом порядке, проведение оперативно-розыскного мероприятия или мероприятий (далее – ОРМ) представляется необоснованным в связи с отсутствием в Законе об ОРД основания для этого (наличие сведений, указывающих на административное правонарушение).

Помимо этого, установление признаков административного правонарушения может происходить попутно при документировании в рамках ОРД любого преступления, если возможность их фиксации и проведения необходимых действий в рамках административного процесса миновала ввиду изменения обстановки на месте происшествия, исчезновения следов деяния и т. п.

В связи с изложенным полагаем, что указанный вопрос можно рассматривать в более широком контексте возможности использования в административном процессе материалов, полученных в ходе ОРД. Однако имеется определенная коллизия. С одной стороны, сотрудник оперативного подразделения, как должностное лицо, наделенное правом осуществления ОРД, является также должностным лицом органа, ведущего административный процесс, и обладает соответствующими полномочия-

ми, в том числе на него возложена обязанность принимать меры по обнаружению административного правонарушения, выявлению лиц, совершивших его в соответствии со ст. 2.9 Процессуально-исполнительного кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях (далее – ПИКоАП). С другой стороны, противодействие административным правонарушениям не входит в круг задач ОРД, а непосредственное использование материалов ОРД в административном процессе не предусмотрено Законом об ОРД.

В то же время ограничение возможности использования материалов ОРД лишь сферой борьбы с преступностью не соответствует духу законодательства, при соблюдении норм которого такое использование может быть правомерным.

Например, если лицо привлечено судом к уголовной ответственности за преступление, предусмотренное ст. 328 УК, совершенное в отношении растений, грибов, содержащих наркотические средства или психотропные вещества (их частей или полученных из них веществ, находящихся под государственным контролем) и в материалах уголовного дела имеются признаки, указывающие на совершение административного правонарушения, предусмотренного ст. 17.1 КоАП, то в соответствии с ч. 3 ст. 6.2 ПИКоАП после вступления в силу приговора суда доказательства, полученные на основании материалов ОРД, могут быть использованы в качестве доказательств по делу об административном правонарушении, а отраженные в них факты не подлежат доказыванию как установленные вступившим в законную силу приговором по уголовному делу.

Административно-процессуальное законодательство не содержит правил, препятствующих использованию материалов ОРД в административном процессе. Так, согласно ст. 6.3 ПИКоАП правомерно полученные материалы ОРД могут являться источниками доказательств, выступая в роли иного документа и другого носителя информации, полученных в порядке, определенном иными законодательными актами (в рассматриваемом случае Законом об ОРД). Данное обстоятельство может иметь значение в том числе в ситуациях, когда материалы ОРД не были использованы для доказывания в уголовном процессе (в связи с отказом в возбуждении уголовного дела и прекращением производства по иным основаниям).

Лицо может быть привлечено к административной ответственности, в том числе с использованием материалов ОРД, в рамках уголовного процесса. Так, на основании ст. 30 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь (далее – УПК) и ст. 86 УК суд, прокурор или следователь с согласия прокурора вправе прекратить производство по уголовному делу о впервые совершенном лицом преступлении, не

представляющем большой общественной опасности, или менее тяжком преступлении и освободить лицо от уголовной ответственности с применением мер административного взыскания (при выполнении условий, указанных в ч. 1 ст. 86 УК). В соответствии с ч. 3 ст. 86 УК изложенный порядок не применяется к лицу, совершившему преступление, предусмотренное статьей Особенной части УК, содержащей административную преюдицию.

Привлечение к административной ответственности по результатам производства по материалам проверки или уголовному делу может осуществляться вследствие принятия организацией или должностным лицом мер по устранению нарушений закона, причин и условий, способствовавших совершению преступлений, в рамках рассмотрения соответствующего представления органа, ведущего уголовный процесс, представления субъекта профилактики правонарушений об устранении причин и условий, способствующих совершению правонарушений, либо его предписания об устранении нарушений законодательства. Определенную роль в установлении указанных причин, условий, нарушений закона могут играть и материалы ОРД, что в случае привлечения лица к административной ответственности следует рассматривать как опосредованное использование таких материалов.

Закон об ОРД не содержит прямого запрета на использование материалов ОРД в административном процессе. В некоторых случаях такое правонарушение исследователи рассматривают как причину (условие) совершения преступления, а использование материалов ОРД – как его предупреждение, что является одной из задач ОРД [1, с. 22; 2].

Закрепленная в абзаце 16 ч. 1 ст. 14 Закона об ОРД обязанность уничтожения материалов ОРД сформулирована широко и касается лишь тех из них, которые не связаны с *противоправной*¹ деятельностью. Это позволяет говорить, что данное правило не обязывает уничтожать материалы ОРД, в которых содержатся сведения об административном правонарушении.

Также некоторые ведомственные нормативные правовые акты в сфере ОРД, регламентирующие порядок ведения дел оперативного учета, допускают возможность использования материалов ОРД в иных видах деятельности (помимо уголовного процесса). Кроме этого, предусмотрена возможность использования сведений, полученных в ходе осуществления ОРД и направленных в целях профилактики правонарушений в соответствии с ч. 4 ст. 49 Закона об ОРД. Порядок использования таких сведений предусмотрен постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 23 апреля 2021 г. № 241 «О порядке использования сведений, содержащихся в материалах оперативно-розыскной деятельности».

¹Курсив наш. – Д. Х.

Отметим, что этот порядок предполагает наличие двух разных субъектов – субъекта ОРД, получившего материалы, и субъекта, принимающего меры профилактики. При этом используются не материалы ОРД, а содержащиеся в них сведения. Они не включают в себя порядок проведения ОРМ, тактику и методику их осуществления, ссылки на материалы ОРД и иные данные, содержание которых может привести к разглашению государственных секретов. Указанный порядок неприменим в рассматриваемом случае, поскольку в нем субъект получения и использования материалов ОРД чаще всего совпадают, а содержание материалов включает в себя порядок проведения ОРМ.

Использование в административно-юрисдикционной деятельности материалов ОРД, правомерно полученных в рамках документирования преступления, можно рассматривать как случайное обнаружение правонарушения. В качестве примера выступает норма ч. 5 ст. 49 Закона об ОРД, предусматривающая возможность передачи в орган уголовного преследования или суд материалов ОРД, не содержащих сведений о гражданах, в отношении

которых проводились ОРМ, если в таких материалах присутствуют сведения о подготавливаемом, совершаемом или совершенном преступлении или об имуществе, которое подлежит или может подлежать аресту в уголовном процессе. Отметим, что данная норма относится к случайному обнаружению преступления, но не административного правонарушения.

Вместе с тем возможность использования материалов ОРД в административном процессе не предусмотрена в ст. 49, 50 Закона об ОРД, где регламентировано использование материалов ОРД в уголовном процессе и некоторых иных видах правоохранительной деятельности. Она не представлена и в ПИКоАП.

Таким образом, при отсутствии прямого запрета на использование материалов ОРД в административном процессе в Законе об ОРД, ПИКоАП и УПК не содержатся нормы, допускающие такое использование и регламентирующие соответствующий порядок действий. Полагаем, что эти аспекты можно рассматривать как правовой пробел. Наличие данного пробела и ряда связанных с ним проблем ранее отмечалось исследователями [2; 3, с. 13].

Материалы и методы исследования

В научной литературе практически единогласно признается, что целенаправленное осуществление ОРД для изобличения лица в совершении административного правонарушения (при отсутствии признаков преступления) недопустимо [4, с. 3; 5, с. 194; 6, с. 120–121; 7, с. 6–7; 8, с. 10; 9, с. 18]. В пользу этого утверждения свидетельствует и норма абзаца 4 ч. 2 ст. 14 Закона об ОРД, согласно которой органам, осуществляющим ОРД, и их должностным лицам запрещается осуществлять ОРД для выполнения задач, не предусмотренных указанным законом.

В то же время данный запрет можно истолковать как распространяющийся на случаи проведения ОРМ, когда до их начала либо в процессе осуществления становится известно о том, что имеющиеся сведения не содержат признаков преступления. Так, многие из оснований для проведения ОРМ, указанных в ст. 16 Закона об ОРД, прямо или опосредованно связаны с информацией о преступлении, а согласно абзацу 1 ч. 1 ст. 46 Закона об ОРД установление обстоятельств, свидетельствующих об отсутствии оснований для дальнейшего проведения ОРМ (в том числе позволяющих квалифицировать деяние как административное правонарушение), является одним из оснований для его прекращения. Однако если после окончания правомерно осуществленного ОРМ данное преступление переквалифицировано как административное правонарушение или признаки административного правонарушения обнаружены попутно при документировании преступления, то категорического запрета на использование полученных материалов в административном процес-

се в Законе об ОРД не содержится. В пользу такого мнения свидетельствует норма абзаца 11 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД, согласно которой органы, осуществляющие ОРД, имеют право использовать сведения, полученные при осуществлении ОРД, в соответствии как с Законом об ОРД, так и с иными актами законодательства.

Ряд белорусских и российских исследователей высказываются в пользу возможности использования в административном процессе материалов, полученных в ходе проведения некоторых ОРМ [7, с. 32; 10, с. 56; 11, с. 16] и ОРД в целом [4, с. 4; 12, с. 533]. В российской научной литературе существует позиция, согласно которой материалы ОРД могут использоваться для привлечения к административной ответственности лиц, проходящих по делу оперативного учета [13, с. 183].

Исследовав условия, при которых материалы ОРД могли бы использоваться в административном процессе, полагаем, что подобное использование может противоречить принципам соблюдения прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций (далее – основные права), а также принципам соразмерности (пропорциональности) и конспирации. Рассмотрим данные противоречия более подробно.

Принцип соразмерности (пропорциональности) выступает важнейшим конституционным принципом правоохранительной деятельности в целом, он тесно связан с принципом соблюдения основных прав. Принцип соразмерности (пропорциональности) явно не указан в Конституции Республики Беларусь,

но выражен в норме ч. 1 ст. 23 этого нормативного правового акта: «Ограничение прав и свобод личности допускается только в случаях, предусмотренных законом, в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц». Учеными, судьями Конституционного Суда Республики Беларусь данный принцип истолковывается более широко. Так, его следствием выступает запрет злоупотребления правом, не допускающий предпринимать действия, являющиеся несоразмерными по отношению к стоящим целям [14, с. 52–53]. При этом сравниваются форма вмешательства (гласное или негласное), его интенсивность с одной стороны и степень опасности противоправного деяния с другой стороны. Примером может служить (необоснованное) проведение негласного ОРМ для выявления административного правонарушения. Также из рассматриваемого принципа можно вывести правило субсидиарности, предписывающее избрание такого способа действий, который в меньшей степени ограничивает основные права. Например, для фиксации высказываний лица, в отношении которого ведется административный процесс, вместо получения объяснения необоснованно проводится ОРМ, ограничивающее основные права (например, контроль в сетях электросвязи или слуховой контроль). Использование материалов ОРД в рамках административного процесса, даже если они были получены при выявлении преступления, но не были использованы в связи с невозможностью доказывания его состава, также создает опасность злоупотребления правом и может рассматриваться через призму нарушения правила субсидиарности, поскольку соответствующие задачи чаще всего могут быть решены не относящимися к ОРД способами. Наличие нормы, допускающей такое использование, может приводить к фальсификации оснований проведения ОРМ с целью последующего заведомого использования их материалов в административном процессе.

В то же время некоторые ОРМ, проводимые гласно (оперативный опрос, наведение справок о сведениях, не составляющих охраняемую законом тайну, сбор образцов, исследование предметов и документов, компьютерной информации, оперативное отождествление, оперативный осмотр, наблюдение в общественном месте, в том числе проводимые с использованием технических средств), сходны со способами собирания доказательств в административном процессе (опросом, осмотром, экспертизой, получением образцов для сравнительного исследования, получением, истребованием или предоставлением предметов, документов, информации, звуко- и видеозаписи). В контексте средств познания на данный аспект обращается внимание в научной литературе [15, с. 45, 127]. С учетом нормы ст. 6.3 ПИКоАП, признающей источниками доказательств иной до-

кумент и другой носитель информации, полученные в порядке, определенном Законом об ОРД, это обстоятельство создает благоприятные предпосылки для использования соответствующих материалов ОРД в административном процессе в связи с близостью способов познания обстоятельств, имеющих значение для дела об административном правонарушении.

Следует отметить, что в Законе об ОРД отсутствует аналог меры обеспечения административного процесса и меры принуждения при осуществлении указанных ОРМ не применяются. Это позволяет утверждать, что получение в ходе проведения гласных ОРМ информации, имеющей значение для дела об административном правонарушении, явно не нарушает принцип соразмерности (пропорциональности), поскольку при этом основные права не ограничиваются.

Согласно ст. 8 Закона об ОРД содержание принципа конспирации предполагает сохранение в тайне сведений об организации, тактике, силах, средствах, методах и планах ОРД, применяемых при выполнении задач ОРД органами, ее осуществляющими; сведений об оказании гражданами содействия органам, осуществляющим ОРД; сведений о гражданах, оказывающих или оказывавших содействие на конфиденциальной основе органам, осуществляющим ОРД; сведений об организациях в связи с осуществлением ОРД; сведений о должностных лицах органов, осуществляющих ОРД, которые участвуют или участвовали в оперативном внедрении, о штатных негласных сотрудниках, а также об иных должностных лицах органов, осуществляющих ОРД, в соответствии с актами законодательства; сведений об ОРМ, проводимых органами, осуществляющими ОРД, и сведений об иной осуществляемой ими деятельности при выполнении задач ОРД.

Наличие в материалах ОРД указанных сведений влечет за собой ограничение в их распространении, в том числе запрет на их использование в юрисдикционном процессе. Данное ограничение длится до выполнения определенных условий.

В связи с этим полагаем, что в административном процессе возможно использование материалов, полученных в ходе наведения справок о сведениях, затрагивающих охраняемую законом тайну. Предпосылкой для этого является принятие органом, ведущим административный процесс, мер, обеспечивающих неразглашение сведений, которые содержат такую тайну, в том числе путем закрытого рассмотрения дела об административном правонарушении.

Одним из оснований снятия ограничительного грифа со сведений о проведении негласных ОРМ является принятие решения об использовании таких сведений в целях, предусмотренных Законом об ОРД, в том числе в уголовном процессе. В связи с этим материалы о проведении негласных ОРМ, которые были направлены для использования

в уголовном процессе, не ограничены в распространении и потенциально могут использоваться в административном процессе, если в них содержатся признаки административного правонарушения.

Как правило, вопрос о предоставлении органу, ведущему административный процесс, сведений об организации, тактике, силах, средствах, методах и планах ОРД, об организациях в связи с осуществлением ОРД неактуален, поскольку такие сведения не содержат информации, имеющей значение для рассмотрения дела об административном правонарушении, а потенциальный вред, возникающий в результате их предоставления и обусловленный разглашением государственных секретов, несоизмерим с пользой, выражающейся в пресечении административного правонарушения и привлечении лица к административной ответственности. Вместе с тем подобное решение должно быть закреплено документально.

Принцип конспирации не распространяется на сведения о проведении гласных ОРМ, поскольку в соответствии с ч. 2 ст. 9 Закона об ОРД они предполагают изначальную осведомленность гражданина и получение его согласия. В этом случае нет препятствий для использования этих сведений, вызванных ограничением их распространения.

Согласно ч. 3 ст. 48 Закона об ОРД порядок предания гласности сведений о гражданах, оказывающих или оказывавших содействие на конфиденциальной основе органам, осуществляющим ОРД, о должностных лицах органов, осуществляющих ОРД, которые участвуют или участвовали в оперативном внедрении, а также о штатных негласных сотрудниках допускается в соответствии с законодательством только с их согласия в письменной форме. В связи с этим после получения такого согласия указанные сведения могут использоваться и в административном процессе. В данном случае, безусловно, возникнет вопрос о целесообразности такого шага.

В ч. 2 ст. 3.32 ПИКоАП содержится предписание, обязывающее должностное лицо органа, ведущего административный процесс, при установлении в правонарушении признаков преступления прекратить дело об административном правонарушении и передать его материалы прокурору, органам, уполномоченным осуществлять предварительное следствие и дознание. В отличие от этого в УПК не обозначено, что орган, ведущий уголовный процесс, обязан направлять органу, ведущему административный процесс, уполномоченному рассматривать дела об административных правонарушениях, материалы уголовного дела, в которых содержатся признаки такого правонарушения. В ч. 6-1 ст. 165 УПК предусмотрена возможность выделения из уголовного дела материалов, не имеющих отношения к уголовному делу, которые необходимо возвратить предоставившим их органу или организации. Если

такие материалы включают в себя материалы ОРД, то подобный порядок обеспечит принятие решения об их дальнейшем движении уполномоченным органом, осуществляющим ОРД, в том числе о возможном их использовании в административном процессе.

В то же время при совокупности преступления и административного правонарушения данная норма неприменима. Материалы ОРД, в которых зафиксированы признаки обоих указанных правонарушений, не могут рассматриваться как не имеющие отношения к уголовному делу. Орган, ведущий уголовный процесс, является государственным органом, в связи с чем на него и его должностных лиц распространяется предусмотренная ст. 2.9 ПИКоАП обязанность принимать меры по обнаружению административного правонарушения и выявлению лиц, его совершивших. В связи с этим отсутствие в УПК предписания органу, ведущему уголовный процесс, выделять материалы, содержащие признаки административного правонарушения, является правовым пробелом, который не способствует эффективной борьбе с административными правонарушениями и требует разрешения.

В силу того, что материалы ОРД находятся в распоряжении органа, ведущего уголовный процесс, может возникнуть представление о том, что соответствующие правоотношения носят исключительно уголовно-процессуальный характер и решение об использовании материалов ОРД, находящихся в материалах проверки или уголовном деле, принимает лишь лицо, ведущее уголовный процесс. Это неверно, поскольку и в рассматриваемом случае имеют место оперативно-розыскные правоотношения. Например, сохраняется закреплённая в абзаце 8 ч. 2 ст. 14 Закона об ОРД обязанность органа, осуществляющего ОРД, соблюдать конспирацию. В соответствии с абзацем 5 ч. 1 ст. 10 Закона об ОРД по факту отказа от возбуждения уголовного дела, прекращения уголовного преследования в связи с отсутствием общественно опасного деяния, предусмотренного уголовным законом или отсутствием в деяниях состава преступления, или в связи с вынесением судом оправдательного приговора у гражданина появляется право ознакомиться со сведениями, полученными о нем в рамках ОРД (соответствующую информацию он может получить при ознакомлении с материалами ОРД, содержащимися в деле об административном правонарушении). При использовании материалов ОРД в административном процессе (например, при получении объяснения) может возникнуть вопрос о предании гласности сведений о confidente и иных лицах, что регулируется ч. 3 ст. 48 Закона об ОРД и требует получения его согласия в письменной форме.

В связи с этим полагаем, что решение об использовании материалов ОРД, направленных органу, ве-

дущему уголовный процесс, в административном процессе должно приниматься не только лицом, ведущим уголовный процесс, но и органом, осуществляющим ОРД.

Результаты интервьюирования начальников следственных подразделений и следователей показывают, что в правоприменительной деятельности материалы ОРД чаще всего направляются следователем для правовой оценки с точки зрения совершения административного правонарушения в тот же орган, который получил данные материалы. Такой подход исключает возникновение отмеченной коллизии,

поскольку подразумевает принятие решения об использовании материалов ОРД уполномоченным органом, осуществляющим ее. Вместе с тем он является скорее следствием совпадения благоприятных обстоятельств, интуитивного использования зарекомендовавшей себя правоприменительной практики, не вызывающей конфликтных ситуаций. На наш взгляд, в данном случае требуется установить обязывающую норму, исключающую принятие решения о направлении материалов ОРД для использования в административном процессе без ведома субъекта ОРД, получившего такие материалы.

Результаты и их обсуждение

Рассмотрим возможный порядок использования материалов ОРД в административном процессе.

Устраняя отмеченный выше правовой пробел, необходимо предусмотреть в УПК возможность для органа, ведущего уголовный процесс, при наличии признаков административного правонарушения в материалах проверки или уголовном деле (при отказе в возбуждении уголовного дела или выявлении таких признаков в ходе производства по нему) принимать решение о выделении соответствующих материалов и их направлении органу, в компетенцию которого входит рассмотрение соответствующего дела об административном правонарушении, при условии, что это существенно не отразится на всесторонности, полноте и объективности исследования обстоятельств уголовного дела в судебном заседании.

В отношении использования материалов ОРД следует рассмотреть две исходные ситуации: 1) решение принимается органом, осуществляющим ОРД и выступающим одновременно органом дознания и органом, ведущим административный процесс; 2) решение принимается иным органом, ведущим уголовный процесс.

В первой ситуации использование в административном процессе сотрудником оперативного подразделения, наделенным также уголовно-процессуальными и административно-юрисдикционными полномочиями, материалов ОРД, направленных для использования в уголовном процессе, целесообразно после его прекращения (принятия решения об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении проверки по заявлению или сообщению о преступлении). Принятие такого решения раньше нецелесообразно, поскольку может привести к фактическому осуществлению ОРД для решения задач административного процесса и подмене административно-юрисдикционных действий оперативно-розыскными мероприятиями.

Помимо этого, непосредственное использование в административном процессе материалов ОРД органом, совмещающим в себе компетенцию органа, осуществляющего ОРД, органа дознания и органа, ведущего административный процесс, следует

рассматривать с точки зрения возможности нарушения конституционного принципа соразмерности (пропорциональности) и злоупотребления правом. Это создает предпосылки для фальсификации оснований проведения ОРМ, преднамеренного искусственного создания предпосылок для проведения ОРМ в целях борьбы с административными правонарушениями, что на практике может привести к целенаправленному осуществлению ОРД в отношении административных правонарушений. Данная возможность должна быть исключена путем предоставления процессуальных гарантий, препятствующих необоснованному ограничению основных прав.

В связи с этим следует наделить прокурора правом утверждения решения такого органа об использовании материалов ОРД в административном процессе.

Данное правило следует распространить лишь на ситуации, когда в материалах ОРД содержатся сведения о лице, в отношении которого проводилось ОРМ (если эти сведения имеют значение для принятия решения по делу об административном правонарушении). По аналогии с ч. 5 ст. 49 Закона об ОРД возможность использования в административном процессе материалов ОРД, если они относятся к действиям третьих лиц, не являющихся объектом проведения ОРМ, необходимо запретить, что позволит исключить необоснованное ограничение основных прав третьих лиц.

В случае непосредственного использования материалов ОРД органом, осуществляющим данную деятельность, в ведомственных нормативных правовых актах необходимо предусмотреть соответствующее основание для снятия ограничительного грифа со сведений о проведении негласных ОРМ, предоставляемых для использования в административном процессе.

Полагаем, что следователь, прокурор, судья, которым материалы ОРД были ранее предоставлены для использования в уголовном процессе, могут направить указанные материалы (вместе с иными материалами уголовного дела) должностному лицу органа, ведущего административный процесс, в ходе уголовного процесса или после его окончания (например, в ходе производства по материалу или уголовному делу,

после принятия решения о прекращении проверки по заявлению или сообщению о преступлении, принятия решения об отказе в возбуждении уголовного дела, прекращения расследования по нему, уголовного преследования или судебного следствия). При этом должен учитываться двухмесячный срок наложения административного взыскания, указанный в ч. 3 ст. 7.6 КоАП.

С учетом требований соблюдения конспирации в ОРД полагаем, что данное решение подлежит утверждению руководителем органа, ведущего ОРД, предоставившего материалы ОРД для принятия решения о возбуждении уголовного дела, использования в доказывании по уголовному делу. Процесс принятия такого решения может регулироваться в порядке, сходном с правилами ст. 50 Закона об ОРД, устанавливающими порядок предоставления материалов ОРД в орган уголовного преследования или суд. При этом, безусловно, следует обязать орган, осуществляющий ОРД, выносить мотивированное постановление об отказе в предоставлении материалов ОРД органу, ведущему административный процесс, в случае принятия такого решения.

Возможность лица, в отношении которого осуществлялись ОРМ, ознакомиться с собранными о нем материалами ОРД может привести к разглашению государственных секретов. Отмеченное обстоятельство будет являться серьезным сдерживающим фактором для оперативных сотрудников при принятии решения об использовании материалов ОРД в административном процессе. В таком случае возможно использовать порядок, предусмотренный в ч. 4 ст. 49 Закона об ОРД и постановлении Совета Министров Республики Беларусь от 23 апреля 2021 г. № 241 «О порядке использования сведений, содержащихся в материалах оперативно-розыскной деятельности». С этой целью для использования в административном процессе можно предусмотреть составление доку-

мента (например, протокола), в котором не отражаются порядок проведения ОРМ, тактика и методика их осуществления, ссылки на материалы ОРД и иные данные, содержание которых может привести к разглашению государственных секретов.

Для того чтобы не обеднять доказательственную базу по делу об административном правонарушении в результате осуществления подобных процессуальных действий, можно рекомендовать оперативным сотрудникам в ситуациях, при которых возможна квалификация деяния как преступления либо административного правонарушения, применять вместо ОРМ сходные с ними действия, предусмотренные ст. 24, 25 Закона Республики Беларусь от 17 июля 2007 г. «Об органах внутренних дел Республики Беларусь» (получение объяснения, запрос и получение сведений из информационных ресурсов (систем), личный досмотр граждан и досмотр находящихся при них вещей, осмотр помещений, фотографирование, киносъемка, звуко- и видеозапись определенных категорий лиц и окружающей обстановки), или действия, предусмотренные законодательством, устанавливающим права иных органов, осуществляющих правоохранительную деятельность.

В отношении сведений о лицах, указанных в ч. 3 ст. 48 Закона об ОРД, возможно применить подход, описанный в п. 8 ч. 3 ст. 60 УПК, запретив в ч. 2 ст. 4.6 ПИКоАП привлекать в качестве свидетеля лицо, оказывающее или оказывавшее содействие на конфиденциальной основе органу, уполномоченному законом осуществлять ОРД, должностное лицо органа, осуществляющего ОРД, которое участвует или участвовало в оперативном внедрении, штатного негласного сотрудника без его согласия и согласия соответствующего органа, уполномоченного законом осуществлять ОРД. Порядок принятия и оформления согласия необходимо регламентировать в ведомственных нормативных правовых актах.

Заключение

Проведенный анализ дает возможность сделать вывод о том, что при соблюдении определенных условий использование материалов ОРД в административном процессе не противоречит общим принципам права и отраслевым принципам, такое использование целесообразно с точки зрения соблюдения законности и правопорядка.

В связи с этим можно предложить следующие изменения в законодательстве, допускающие такое использование и устанавливающие его порядок.

Дополнить ст. 49 Закона об ОРД возможностью использовать материалы ОРД для принятия решения по делу об административном правонарушении. Порядок принятия решения о таком использовании необходимо детализировать в ст. 50 Закона об ОРД, определив условия отказа в предоставлении материалов ОРД органу, ведущему административный процесс, с вынесением мотивированного постановления.

В ст. 49 Закона об ОРД предусмотреть запрет на направление материалов ОРД для использования в административном процессе, если в них зафиксированы действия (третьих) лиц, в отношении которых не проводились ОРМ.

Ведомственные нормативные правовые акты следует дополнить основанием для снятия ограничительного грифа со сведений о проведении негласных ОРМ при принятии решения об их предоставлении для использования в административном процессе.

Предусмотреть в УПК норму, дающую право органу, ведущему уголовный процесс, при наличии признаков административного правонарушения в материалах проверки или уголовном деле принимать решение о выделении соответствующих материалов и их направлении органу, в компетенцию которого входит рассмотрение соответствующего дела об административном правонарушении, при условии,

что это существенно не отразится на всесторонности, полноте и объективности исследования обстоятельств уголовного дела в судебном заседании.

Орган дознания, наделенный правом осуществления ОРД, может принять данное решение после принятия решения об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении проверки по заявлению или сообщению о преступлении. Для рассмотрения вопроса об использовании в административном процессе материалы ОРД, проверки и уголовного дела, содержащие признаки административного правонарушения, представляются данным органом прокурору, который принимает решение о даче согласия либо об отказе в даче согласия о таком использовании.

Следователь, прокурор, судья в ходе производства по материалу, по уголовному делу могут принять решение о направлении материалов ОРД органу, ведущему административный процесс, после утвер-

ждения данного решения руководителем органа, осуществляющего ОРД, предоставившего данные материалы.

Кроме того, необходимо в ч. 2 ст. 4.6 ПИКоАП запретить привлекать в качестве свидетеля лицо, оказывающее или оказывавшее содействие на конфиденциальной основе органу, уполномоченному законом осуществлять ОРД, должностное лицо органа, осуществляющего ОРД, которое участвует или участвовало в оперативном внедрении, штатного негласного сотрудника без его согласия и согласия соответствующего органа, уполномоченного законом осуществлять ОРД. Порядок принятия и оформления согласия необходимо регламентировать в ведомственных нормативных правовых актах.

Представляется, что реализация изложенных предложений позволит повысить эффективность борьбы с административными правонарушениями и послужит укреплению правопорядка и законности.

Библиографические ссылки

1. Денисов НЛ. Проблема оперативно-разыскного предупреждения преступлений с административной преюдицией как пробел, требующий изучения современной оперативно-разыскной наукой. *Оперативник (сыщик)*. 2018;1:21–23.
2. Мотрович ИД, Семенчук ВВ, Кулеш ЕА. Использование результатов оперативно-разыскной деятельности в административно-юрисдикционном производстве. *Административное право и процесс*. 2018;11:48–55.
3. Шумилов АЮ. Состояние и перспективы оперативно-разыскной науки в Российской Федерации: научный доклад. *Оперативник (сыщик)*. 2014;3:5–13.
4. Асаёнок БВ. Использование результатов оперативно-разыскной деятельности в административном процессе. В: Тукало АН, редактор. *Проблемы оперативно-разыскного обеспечения уголовного судопроизводства. Тезисы докладов Республиканской научно-практической конференции; 5 июня 2015 г.; Минск, Беларусь*. Минск: Академия МВД Республики Беларусь; 2015. с. 3–4.
5. Зажицкий ВИ. *Результаты оперативно-разыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика*. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс; 2006. 449 с.
6. Кузнецов ЕВ, Азаров ВА. *Теоретические основы формирования отрасли оперативно-разыскного права*. Москва: Юрлитинформ; 2016. 208 с.
7. Вагин ОА, Исиченко АП, Чечетин АЕ. *Комментарий к Федеральному закону № 144-ФЗ «Об оперативно-разыскной деятельности» (постатейный)*. Москва: Деловой двор; 2009. 328 с.
8. Вагин ОА. Конституционные проблемы оперативно-разыскной деятельности. В: Калиновский КБ, составитель. *Конституционно-правовые проблемы оперативно-разыскной деятельности. Сборник материалов Всероссийского круглого стола; 3 ноября 2011 г.; Санкт-Петербург, Россия*. Санкт-Петербург: Петрополис; 2012. с. 7–68.
9. Шумилов АЮ, Зажицкий ВИ, Михайлов ВИ, Башкатов ЛН, Наумец АБ. *Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-разыскной деятельности»*. Шумилов АЮ, редактор. Москва: Вердикт-1М; 1997. 208 с.
10. Алексеев АИ, Вагин ОА, Закаляпин ДВ, Овчинский ВС, Фальченко АА, Чечетин АЕ и др. *Комментарий к Федеральному закону Российской Федерации «Об оперативно-разыскной деятельности»*. Алексеев АИ, Овчинский ВС, редакторы. Москва: Проспект; 2014. 176 с.
11. Дубягин ЮП, Дубягина ОП, Михайлычев ЕА. *Комментарий к Федеральному закону от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-разыскной деятельности» (постатейный)*. Москва: Юстицинформ; 2006. 144 с.
12. Сурков КВ, Кваша ЮФ, Степашин СВ, Рушайло ВВ, Голубовский ВЮ, Сальников ВП и др. *Основы оперативно-разыскной деятельности*. Рушайло ВВ, редактор. Санкт-Петербург: Лань; 2002. 720 с.
13. Савинский АВ. *Оперативно-разыскная деятельность как средство выявления и раскрытия преступлений*. Архангельск: САФУ; 2019. 245 с.
14. Сазон КД, Середа РА. *Обеспечение прав человека в деятельности органов внутренних дел*. Минск: Академия МВД; 2020. 206 с.
15. Асаёнок БВ. *Выявление и пресечение административных правонарушений: криминалистические аспекты*. Минск: Интегралполиграф; 2020. 167 с.

References

1. Denisov NL. [The problem of operational-search prevention of crimes with administrative prejudice as a gap requiring the study of modern operational-search science]. *Operativnik (syshchik)*. 2018;1:21–23. Russian.
2. Motrovich ID, Semenchuk VV, Kulesh EA. [Using the results of operational-search activity in administrative-judicial proceedings]. *Administrativnoe pravo i protsess*. 2018;11:48–55. Russian.

3. Shumilov AYu. [Status and prospects of operational-search science in the Russian Federation: scientific report]. *Operativnik (syshchik)*. 2014;3:3–13. Russian.
4. Asayonok BV. [Using the results of operational-search activities in the administrative process]. In: Tykalo AN, editor. *Problemy operativno-rozysknogo obespecheniya ugovnogo sudoproizvodstva. Tezisy докладов respublikanskoi nauchno-prakticheskoi konferentsii; 5 iyunya 2015 g.; Minsk, Belarus'* [Problems of operational-search support of criminal proceedings. Materials of Republic scientific and practice conference; 2015 June 5; Minsk, Belarus]. Minsk: Academy of the Ministry of Interior Affairs of the Republic of Belarus; 2015. p. 3–4. Russian.
5. Zazhitskii VI. *Rezultaty operativno-rozysknoi deyatel'nosti v ugovnom sudoproizvodstve: teoriya i praktika* [Results of operational-search activity in criminal proceedings: theory and practice]. Saint Petersburg: Yuridicheskii tsentr Press; 2006. 449 p. Russian.
6. Kuznetsov EV, Azarov VA. *Teoreticheskie osnovy formirovaniya otrasli operativno-rozysknogo prava* [Theoretical foundations of the formation of the branch of operational-search law]. Moscow: Yurlitinform; 2016. 208 p. Russian.
7. Vagin OA, Isichenko AP, Chechetin AE. *Kommentarii k Federal'nomu zakonu № 144-ФЗ «Ob operativno-rozysknoi deyatel'nosti» (postateinyi)* [Commentary on the Federal law No. 144-ФЗ «On operational-search activities» (item-by-article)]. Moscow: Delovoi dvor; 2009. 328 p. Russian.
8. Vagin OA. [Constitutional problems of operational-search activity]. In: Kalinovskii KB, compiler. *Konstitutsionno-pravovye problemy operativno-rozysknoi deyatel'nosti. Sbornik materialov Vserossiiskogo kruglogo stola; 3 noyabrya 2011 g.; Sankt-Peterburg, Rossiya* [Constitutional and legal problems of operational-search activities. Collection of materials of All-Russian round table; 2011 November 3; Saint Petersburg, Russia]. Saint Peterburg: Petropolis; 2012. p. 7–68. Russian.
9. Shumilov AYu, Zazhitskii VI, Mikhailov VI, Bashkatov LN, Naumets AB. *Kommentarii k Federal'nomu zakonu «Ob operativno-rozysknoi deyatel'nosti»* [Commentary on the Federal law «On operational-search activities»]. Shumilov AYu, editor. Moscow: Verdikt-1M; 1997. 208 p. Russian.
10. Alekseev AI, Vagin OA, Zakalyapin DV, Ovchinskii VS, Falchenko AA, Chechetin AE, et al. *Kommentarii k Federal'nomu zakonu Rossiiskoi Federatsii «Ob operativno-rozysknoi deyatel'nosti»* [Commentary on the Federal law of the Russian Federation «On operational-search activities»]. Alekseev AI, Ovchinskii VS, editors. Moscow: Prospekt; 2014. 176 p. Russian.
11. Dubyagin YuP, Dubyagina OP, Mikhailichev EA. *Kommentarii k Federal'nomu zakonu ot 12 avgusta 1995 g. № 144-ФЗ «Ob operativno-rozysknoi deyatel'nosti» (postateinyi)* [Commentary to the Federal law of 12 August 1995 No. 144-ФЗ «On operational-search activities» (item-by-article)]. Moscow: Yustitsinform; 2006. 144 p. Russian.
12. Surkov KV, Kvasha YuF, Stepashin SV, Rushailo VV, Golubovsky VYu, Salnikov VP, et al. *Osnovy operativno-rozysknoi deyatel'nosti* [Fundamentals of operational-search activity]. Saint Petersburg: Lan'; 2002. 720 p. Russian.
13. Savinskii AV. *Operativno-rozysknaya deyatel'nost' kak sredstvo vyyavleniya i raskrytiya prestuplenii* [Operational-search activity as a means of detecting and solving crimes]. Arkhangelsk: Northern (Arctic) Federal University; 2019. 245 p. Russian.
14. Sazon KD, Sereda RA. *Obespechenie prav cheloveka v deyatel'nosti organov vnutrennikh del* [Ensuring human rights in the activities of internal affairs bodies]. Minsk: Academy of the Ministry of Interior Affairs of the Republic of Belarus; 2020. 206 p. Russian.
15. Asayonok BV. *Vyyavlenie i presechenie administrativnykh pravonarushenii: kriminalisticheskie aspekty* [Identification and suppression of administrative offenses: forensic aspects]. Minsk: Integralpoligraf; 2020. 167 p. Russian.

Статья поступила в редколлегию 30.01.2023.
Received by editorial board 30.01.2023.