

X629
H192

Библиотека
Криминалиста

Назаров А.Д.

Провокации в оперативно – розыскной деятельности



Издательство «Юрлитинформ»

А.Д. Назаров

**ПРОВОКАЦИИ
В ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

**Издательство «Юрлитинформ»
Москва
2010**

УДК 343.985

ББК 67.52

Н19

Автор:

Назаров А.Д. — кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-процесса Сибирского федерального университета.

Рецензенты:

Зникин В.К. — профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики Кемеровского государственного университета, доктор юридических наук, профессор;

Пахоменко А.А. — заместитель руководителя Следственного Управления Следственного Комитета при Прокуратуре Российской Федерации по Красноярскому краю, советник юстиции.

Назаров А.Д.

Н19 Провокации в оперативно-розыскной деятельности. — М.: Юрлитинформ 2010. — 152 с.

ISBN 978-5-93295-722-6

В монографии рассматриваются проблемы, связанные с использованием оперативными сотрудниками провокаций при раскрытии и расследовании преступлений; ошибки дознавателей, следователей, прокуроров, судей, которые возникают, когда к ним поступают материалы оперативно-розыскной деятельности, совершенной с использованием провокационных методов. Исследованы подходы к понятию провокации в уголовном праве; провокационные способы проведения оперативно-розыскных мероприятий — проверочной закупки, оперативного эксперимента; позиции национального и европейского правосудия в отношении провокаций. Сделано обращение в части проблем провокации к историческому и международному опыту; сказано о причинах использования провокаций; предложены изменения в действующее законодательство, которые позволят уйти государственным органам от провокационной составляющей в борьбе с преступностью.

Монография предназначена для оперативных работников, дознавателей, следователей, прокуроров, судей, а также для ученых, студентов юридических высших учебных заведений и других юристов.

УДК 343.985

ББК 67.52

© Назаров А.Д., 2010

ISBN 978-5-93295-722-6 Издательство «Юрлитинформ», 2010

Введение

Одной из важных задач российского государства на современном этапе является борьба с преступностью, которая стала во многом профессиональной, приобрела транснациональный размах. Правоохранительные органы должны своевременно предотвратить готовящиеся, вовремя пресечь совершаемые, быстро раскрыть и качественно расследовать совершенные преступления.

На сегодняшний день устойчиво сохраняются преступные намерения определенного круга лиц. И если эти намерения касаются интересов личности и государства, частного бизнеса, то эту «болезнь» надо «лечить» самыми результативными средствами. Однако нередко правоохранительные органы настолько увлекаются служебными интересами и показателями раскрываемости, что не задумываясь применяют способы, которые самым непосредственным образом нарушают права человека, а деятельность сотрудников правоохранительных органов, направленная на борьбу с преступлениями, фактически эти преступления порождает.

Самое страшное, что может происходить в жизни общества и государства, — это когда правоохранительные органы, призванные служить интересам человека и гражданина, стоять на страже их прав и свобод, продуцируют преступное поведение, воплощаемое в общественно опасном деянии, и тут же его пресекают и раскрывают.

Несомненно одно: такая ситуация не согласуется с имеющимися на сегодняшний день международными и национальными правовыми актами. Однако в силу многих причин, вытекающих из характера функционирования органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, провокация как метод борьбы с преступностью и раскрытия преступлений очень распространена и активно «культивируется» в системе уголовной юстиции.

Одновременно с тем, как в лексикон сотрудников «силовых структур» входили такие понятия, как «оперативный эксперимент», «проверочная закупка», «машина-ловушка», «фирма-ловушка» и т.п., в лексикон адвокатов, журналистов, представителей научного и правозащитного сообществ настойчиво вошло и понятие «провокация».

Тема провокации на современном этапе выходит за пределы государства и приобретает особое звучание на международной арене, когда нарушения прав индивида находят свою защиту в Европейском суде по правам человека.

Провокация как метод борьбы с преступностью известна очень давно и активно используется не только в современной России, но и в других странах мира, в том числе и европейского континента. Но в России она приобретает свое «особое» звучание не только в силу субъективных факторов, связанных с правоприменением вообще, но также и из-за слабого законодательного регулирования деятельности правоохранителей при проведении оперативного эксперимента, проверочной закупки и других оперативно-розыскных мероприятий; отсутствия надлежащей ответственности за провокационную деятельность должностных лиц государства и адекватного механизма отношения государства к лицам, которые попали в оперативную разработку, совершили или покушались на совершение общественно опасного деяния с ведома и (или) под контролем спецслужб.

В этой связи весьма актуальной проблемой теории и практики оперативно-розыскной деятельности является определение допустимых пределов (в первую очередь, с правовой точки зрения) процедуры реализации оперативной информации с тем, чтобы действия оперативных сотрудников не превратились в провокацию преступлений¹.

Провокация в оперативно-розыском и уголовном процессе — явление неоднозначное. К проблеме провокации обращалось ограниченное количество ученых и правоприменителей. К их числу относятся А.С. Горелик, Б.В. Волженкин, А.Б. Соловьев, М.Е. Токарева, Ю.В. Кореневский, Н.Г. Стойко, С.Н. Мальгов, В.К. Зникин, П.С. Яни, Ю.П. Гармаев, В.А. Фалилев, С.Н. Радачинский, Б.Я. Гаврилов, Н.В. Артеменко, А.М. Минькова, А.А. Арутюнов, А.А. Мастерков, В.И. Михайлов, А.В. Чуркин, Ю.В. Астафьев, Т.В. Кондрашова и др.

Характерным для исследований данных авторов является отсутствие единого понимания как провокации, так и последствий, с ней связанных, но все же все они сходятся в единстве мнения о том, что «явная» провокация в деятельности правоохранительных органов должна однозначно получать негативную оценку.

По данной проблеме отсутствуют фундаментальные монографические исследования — практически все публикации носят обрывочный, частно-предметный характер.

О недостаточной разработанности данной проблемы свидетельствует складывающаяся судебная практика. Содержание связанных с данной темой документов Верховного Суда Российской Федерации понимается

¹ Гаврилов Б.Я., Боженко С. К вопросу о провокации преступлений (с учетом решений Европейского суда по правам человека) // Российская юстиция. 2006. № 5. С. 48.

судами по-разному, так как в одном деле при отсутствии формальных нарушений закона не усматривается провокации со стороны органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а другой суд, рассматривая схожее по фактическим обстоятельствам дело, категорично оценивает действия сотрудников, производивших оперативно-розыскное мероприятие, как провокацию.

В данной монографии предпринята попытка сделать некоторый анализ проблем, связанных с провокациями при осуществлении оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности; посмотреть на эти проблемы с позиций уголовного материального и процессуального права; обратиться к международному опыту в этих вопросах; предложить законодателю и правоприменителю определенные пути разрешения указанных проблем.

Глава 1

ХАРАКТЕРИСТИКА ПРОВОКАЦИИ В УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ, ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ И УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ СФЕРАХ

1.1. Понятие провокации в уголовном праве

Прежде чем говорить о провокациях как о деятельности, инициируемой в основном в оперативно-розыском процессе субъектами, его ведущими, важно понять — как в уголовном праве оцениваются подобные действия.

Уголовный закон России содержит понятие провокации и устанавливает уголовную ответственность за нее, когда речь идет о провокации взятки либо коммерческого подкупа (ст. 304 УК РФ). Однако остались за сферой уголовно-правовой регламентации такие виды провокационных действий, как провокация кражи, незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ и т.д.

Явление провокации имеет глубокие исторические корни.

В частности, Л. Колодкин упоминает о таких негативных последствиях процесса упорядочения общественной жизни Древних Афин, начавшегося с реформ Солона (640—559 годы до н.э.), как произвол, судебные расправы и засилье доносчиков — сикофантов¹. Буквально термин «сикофант» означал «указатель на смоковницу». Как известно, вывозить из Афин плоды смоковницы запрещалось, так как само это дерево являлось священным и, кроме того, существовала необходимость иметь постоянный запас его плодов на случай осады и голода. Для пресечения нередких нарушений этого обычая выделялись специальные надсмотрщики — сикофанты, обязанные доносить о такого рода проступках. Впоследствии сикофантами стали называть доносчиков о преступлениях вообще. За свою службу они получали определенную часть конфискованного имущества людей, осужденных в результате

¹ Колодкин Л. Я умру, когда яд дойдет по сердца // Человек и закон. 1993. № 8. С. 87.

доносов. Думается, что именно по этой причине жертвами сикофантов, не гнушавшихся устраивать провокации, чаще всего становились люди богатые и знаменитые. В числе потерпевших от действий сикофантов был известнейший афинский мыслитель Сократ, спровоцированный ими на «крамольные» высказывания и приговоренный к смерти в 399 году до н.э.

В русском языке слово *провокация* появилось в начале XVIII в. во время царствования Петра Первого, придя из польского (*przewokacja*) или немецкого (*Provocation*) языков, и разъяснялось оно тогда как юридический термин, означающий понуждение истца к подаче иска вопреки общему правилу.

В советское время *провокацию* (от лат. *provocatio* — вызов) определяли как: «1) подстрекательство, побуждение отдельных лиц, групп, организаций к действиям, которые повлекут за собой тяжелые, иногда гибельные последствия; 2) предательские действия, совершаемые частными агентами полиции и реакционных партий (провокаторами), направленные на разоблачение, дискредитацию и в конечном счете на разгром прогрессивных, революционных организаций»¹.

Толковый словарь русского языка С.И. Ожегова понимал под *провокацией*: 1) предательское поведение, подстрекательство кого-нибудь к таким действиям, которые могут повлечь за собой тяжелые для него последствия. Устроить провокацию. Не поддаваться на провокацию; 2) агрессивные действия с целью вызвать военный конфликт (спец.). Вооруженная п.; 3) искусственное возбуждение каких-нибудь признаков болезни (спец.)².

Первое упоминание самого этого термина в отечественных нормативно-правовых документах можно найти в полицейском циркуляре — секретной инструкции Департамента полиции России 1907 г. об организации политического розыска.

В российском законодательстве понятие *провокации* впервые появилось только в советский период. Следует сразу оговориться, что законодателя того времени интересовал только один вид провокации — провокация взятки.

Статья 115 Уголовного кодекса РСФСР 1922 г., а именно там впервые встречается норма о провокации, определяла провокацию взятки как «заведомое создание должностным лицом обстановки и условий,

¹ Большая советская энциклопедия. Т. 21. М., 1975. С. 15.

² Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. М., 2000. С. 607.

вызывающих предложение взятки, в целях последующего изобличения дающего взятку»¹.

С 1 января 1927 г. под провокацией взятки понималось заведомое создание должностным лицом обстановки и условий, вызывающих уже не только предложение, но и получение взятки, в целях последующего изобличения давшего или принявшего взятку².

Анализируя вышеприведенные нормы, можно сделать вывод, что *провокация* как правовой институт в то время понималась законодателем как заведомое создание должностным лицом обстановки и условий, вызывающих совершение преступления, в целях последующего изобличения лица, совершившего это преступление. Несомненно, что обязательным атрибутом провокации законодатель видел именно цель действий провокатора, заключающуюся в последующем изобличении лица, совершившего преступление.

Впоследствии понятие *провокация* изменило свое значение. Данный факт отмечают авторы-составители «Юридической энциклопедии», изданной в Москве в 1997 г. под редакцией М.Ю. Тихомирова. Приводя понятие *провокации* как института римского права, они также определяют ее как «подстрекательство, побуждение отдельных лиц, групп, организаций и т.п. к действиям, которые могут повлечь за собой тяжкие последствия»³.

Сразу следует оговориться, что провоцировать можно на совершение фактически любого преступления, и в этом случае возникает вопрос о правовой оценке провокаторской деятельности. «В свое время он поднимался еще дореволюционными криминалистами для оценки действий агентов-провокаторов, которые предлагалось признавать уголовно наказуемыми и оценивать как подстрекательство»⁴.

Науке уголовного права и уголовного процесса, а также существующей в настоящее время судебной практике известны факты провокации различных преступных деяний со стороны работников силовых структур. Например, в ситуации, когда с целью изобличения сбытчиков наркотических средств сотрудники милиции предлагают гражданину обратиться к конкретному лицу с просьбой продать наркотическое

¹ Уголовный кодекс РСФСР 1922 года // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917—1952 гг. М., 1953. С. 130.

² Уголовный кодекс РСФСР 1927 года // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917—1952 гг. М., 1953. С. 298.

³ Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия. М., 1998. С. 336.

⁴ Артеменко Н.В., Минькова А.М. Проблемы уголовно-правовой оценки деятельности посредника, провокатора и инициатора преступления в уголовном праве РФ // Журнал Российского права. 2004. № 11. С. 51.

средство. В случае если лицо согласится удовлетворить эту просьбу, то есть совершит преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 228.1 УК РФ, в момент продажи наркотика оно будет задержано «с поличным».

Именно провокации преступлений, организованные сотрудниками правоохранительных органов или при их участии, как самые опасные и недопустимые в правоприменительной практике, попали в поле зрения нашего исследования. Хотя, к примеру, Т.В. Кондрашова считает, что «не исключены и порой имеют место случаи провокации и со стороны рядовых граждан, например, преступлений против личности. Подобные провокации могут преследовать как цель дальнейшего привлечения лица к уголовной ответственности, так и цель физической расправы с лицом, спровоцированным на нападение»¹. Но это уже другой вид провокаций.

Проблема оценки провокации преступления осложняется тем, что в теории уголовного права явно недостаточно исследован вопрос о сущности действий лица, провоцирующих совершение преступления. Определение природы уголовно-правовой нормы о провокации взятки прямо зависит от решения вопроса о соотношении данного деяния с институтом соучастия, в частности, с подстрекательством к совершению преступления.

В дореволюционной науке уголовного права активным сторонником признания провокационных действий полицейских агентов в качестве подстрекательства к преступлению выступал С.В. Позднышев. Он считал, что «полиция должна предупреждать и пресекать преступления, а не создавать их сама; провокация противоречит цели полицейской деятельности, и как средство грязное и противное закону, не должна быть допускаема и разрешаема. Таким образом, если целью деятельности подстрекателя является изобличение подстрекаемого в совершении преступления или попытке его совершения, то подобная «благородная» цель не исключает привлечения его к уголовной ответственности за провокацию преступления»².

Т.В. Кондрашова полагает, что «характеристика поведения провокатора как предательского и недобросовестного означает, что он умышленно искажает представление провоцируемого относительно каких-либо обстоятельств объективной действительности... подобное поведение в доктринальной уголовно-правовой литературе традиционно вполне логично

¹ Кондрашова Т.В. Уголовная ответственность за провокацию преступлений // Уголовное право и современность: межвуз. сб. науч. тр. Вып. 3. Красноярск, 1999. С. 39.

² Полный курс уголовного права: в 5 т. Т. 1. Преступление и наказание / под ред. А.И. Коробеева. СПб., 2008. С. 589.

рассматривалось как один из способов подстрекательства и влекло уголовную ответственность за соучастие в преступной деятельности»¹.

А.А. Пионтковский писал, что в отличие от подстрекателя провокатор «руководствуется не стремлением в своей деятельности причинить вред объекту, на который направлено действия исполнителя, а стремлением изобличить преступника и передать его в руки государственной власти»².

Соответственно, возникает проблема — может ли ставиться вопрос об ответственности провокатора за подстрекательство к совершению преступления, если он не стремится причинить вред объекту?

По мнению В.Д. Иванова, односторонний подход к пониманию проблемы провокации был связан с позицией Верховного Суда СССР, выраженной в определении по делу Г., рассмотренному в 1946 г. Обстоятельства этого дела таковы. Активист колхоза Г., зная о регулярных хищениях кукурузы с колхозного поля неизвестными лицами, пришел к барaku кирпичного завода, где проживали Г-ко, П. и С, и предложил им купить кукурузу. Те согласились на это, после чего были задержаны самим же Г. и переданы следственным органам. В определении по этому делу Верховный Суд указал: «...лицо, спровоцировавшее другое лицо на совершение преступления, хотя бы с целью последующего изобличения, должно отвечать как за подстрекательство к преступлению»³.

Однако В.Д. Иванов отмечает, что приведенное выше определение Верховного Суда касалось лишь частного случая, когда провокация носила характер подстрекательства. Он указывает, что провокатор может выступать не только в роли подстрекателя, но и организатора либо пособника.

Представляется необходимым сравнить признаки подстрекательства с признаками провокации.

В российской теории уголовного права и в судебной практике сложился вполне определенный взгляд на подстрекательство, и его можно определить следующим образом: подстрекательство предполагает такое склонение другого лица к преступлению, при котором у подстрекаемого возникает намерение совершить преступление, если это намерение полностью или частично было реализовано⁴.

¹ Кондрашова Т.В. Указ. соч. С. 57.

² Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961. С. 573.

³ Иванов В. Провокация или правомерная деятельность // Уголовное право. 2001. № 3. С. 3.

⁴ Уголовное право. Общая часть / ред. И.Я. Козаченко, З.А. Незнамова. М., 2000. С. 240.

Сущность провокационных действий — не в изменении объективной обстановки, а в стремлении изменить субъективные обстоятельства — психическое отношение провоцируемых к тем или иным условиям или обстановке (независимо от того, созданы ли они искусственным или естественным путем). Именно стремлением сделать невинного человека виновным определяется опасность провокации¹.

Существует точка зрения, что лица, участвующие в преступной деятельности, должны быть взаимно осведомлены о совершении данного преступления и их действия должны быть согласованы².

В случае же провокации интеллектуальный признак соучастия (двусторонняя интеллектуальная связь) создается искусственно. При провокации имеет место совпадение деятельности провоцирующего лица с той или иной деятельностью провоцируемого, но эта деятельность не имеет той органичной интеллектуальной связанности, которая характерна для соучастия³.

Можно согласиться С.В. Кугушевой, которая полагает, что умысел лица на совершение преступления, в том числе и в соучастии с другими лицами, должен включать и волевой момент, который выражается в желании или сознательном допущении лицом определенного преступного результата⁴.

В случае провокации преступления у лица, ее осуществляющего, волевой момент умысла отсутствует, так как его желание направлено прежде всего на последующее изобличение лица, в отношении которого осуществляется провокация, либо его шантажа, создания зависимого положения. Таким образом, при провокации преступления фактически отсутствует единство умысла лица, ее осуществляющего, и лица, в отношении которого осуществляется провокация, что исключает возможность квалификации действий провокатора в рамках института соучастия.

Вместе с тем внешне все это выглядит достаточно сложно. По сути дела и подстрекатель, и провокатор — оба желают совершения преступления подстрекаемым (провоцируемым) лицом, но с разными целями,

¹ Мастерков А.А. Уголовно-правовые и криминологические аспекты провокационной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2000. С. 19.

² Уголовное право России. Общая часть / под ред. В.Н. Кудрявцев, В.В. Лунев, А.В. Наумов. С. 252.

³ Радачинский С.Н. Уголовная ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа. М., 2003. С. 10.

⁴ Кугушева С.В. Провокация преступления: проблемы уголовно — правовой квалификации // Уголовное право. 2005. № 10. С. 25.

оба желают наступления преступного результата, но каждый намерен распорядиться им по-своему. К примеру, подстрекателю важно «получить свой куш и оттянуться на Канарах», а провокатору — «сдать преступника властям», а заодно, возможно, и «денежку в кубышку заложить».

А.А. Мастерков заявляет, что провокация преступления не детерминируется такой разновидностью соучастия, как подстрекательство, а обладает собственными характеристиками:

- Цель действий провокатора — наступление вредных последствий для провоцируемого.

- Объективно провокация выражается в действиях, направленных на возбуждения у лица желания участвовать в совершении преступления, сопряженных с применением физического или психического воздействия. При этом способы такого воздействия могут быть самыми разнообразными: физическое насилие, уговоры, уверения в безнаказанности, лесть, угрозы и запугивание, подкуп, обман, возбуждение чувства мести, зависти или других низменных побуждений, дача совета о месте и способах совершения или сокрытия следов преступления, обещание оказать содействие в реализации похищенного и др.

- Наличие у провокатора только прямого умысла, причем этот умысел должен быть направлен не на вид и последствия совершенного вовлеченным преступления, а на сам факт его совершения.

- Отсутствие у провоцируемого умысла на совершение преступления, в которое его вовлекают, до начала провокационных действий¹.

Позиция А.А. Мастеркова вызывает определенную критику. Если считать, что цель действий провокатора — наступление вредных последствий для провоцируемого (привлечение его к уголовной ответственности), то он ее добьется лишь в том случае, если провоцируемый совершит преступление (или приготовление, покушение на совершение данного преступления). Соответственно, именно это — истинная цель действий провокатора, которую он достигает «чужими руками», а затем использует в своих интересах.

Кроме того, и у провоцируемого, и у подстрекаемого лица может не быть умысла на совершение преступления до начала провокационных (подстрекательских) действий.

Не вызывает споров то, что с объективной стороны подстрекательство к совершению преступления, вовлечение в его совершение и провокация преступления практически не имеют между собой различий.

¹ Мастерков А.А. Уголовно-правовые и криминологические аспекты провокационной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2000. С. 32—33.

С субъективной стороны провокация характеризуется умыслом, который носит двойственное состояние его интеллектуального и волевого признаков. Во-первых, провокатор осознает, что вовлекает другое лицо в совершение преступления, одновременно он предвидит, что в результате его провокационной деятельности данным лицом будет совершено преступление, и желает этого. Умысел провокатора, как и подстрекателя, должен быть направлен не только на возбуждение мотивов у исполнителя, то есть спровоцированного им лица, совершить преступление, но и на возбуждение у него решимости совершить само преступление. А поэтому подстрекатель-провокатор должен нести ответственность в зависимости от наступивших последствий от деятельности исполнителя. Деятельность провокатора не ограничивается только лишь подстрекательством к совершению преступления другим лицом.

Однако столь общая схема развития субъективной стороны провокационной деятельности нуждается в ее корректировке. Бесспорно, начиная свою деятельность и стремясь при этом возбудить решимость у исполнителя совершить преступление либо организовав его совершение, провокатор действует с прямым умыслом. Вместе с тем, провоцируя совершить другое лицо преступление, провокатор по-иному может проявлять волевое отношение к самой деятельности данного лица. И здесь могут сложиться следующие ситуации:

1) провоцируя с прямым умыслом к совершению преступления, а иного при провокации не может быть, провокатор желает наступления последствий, предусмотренных УК РФ для спровоцированного им преступления. И он сообщает в органы власти о совершенном преступлении тогда, когда оно уже было совершено;

2) провокатор, действуя с прямым умыслом, провоцирует лишь совершение преступного посягательства, то есть покушения, не желая при этом наступления последствий, предусмотренных УК РФ для оконченного преступления, для чего и сообщает о нем в органы правосудия до момента доведения спровоцированного им начатого преступления до конца, стремясь таким путем предотвратить наступление последствий;

3) провоцируя с прямым умыслом совершение преступления, провокатор проявляет безразличие к возможному наступлению последствий совершаемого преступления. Поэтому сообщение в органы правосудия может последовать от него в любой момент, то есть как на стадии приготовления к совершению преступления, так и в момент непосредственного посягательства (покушения) либо после окончания его совершения спровоцированным им лицом.

При наличии специальной нормы, предусматривающей уголовную ответственность за провокацию любого преступления, указанные ситуации на квалификацию действия провокатора влияния не оказывают.

При отсутствии же такой нормы, как это имеет место в действующем Уголовном кодексе Российской Федерации, эти ситуации оказывают существенное влияние на квалификацию деяния. Так, при первой из них действия провокатора должны квалифицироваться в зависимости от характера его деятельности по ч. 3 ст. 33 и соответствующей статье Особенной части УК РФ — при организации преступления и по ч. 4 ст. 33 УК РФ — при подстрекательстве. При второй ситуации содеянное надлежит квалифицировать по ч. 3 ст. 34 УК РФ как за приготовление к совершению преступления. При третьей же ситуации в зависимости от наступивших последствий или ненаступления их действия провокаторов квалифицируются по правилам применительно к первой или второй ситуациям¹. Однако если совершена провокация взятки либо коммерческого подкупа, то независимо от умысла провокатора его действия всегда следует квалифицировать по ст. 304 УК РФ.

Провоцируя совершение преступления, провокатор руководствуется различными мотивами, например местью, корыстью, завистью, карьеризмом, чувством ложного понятого долга и др. Однако любые из них на общественную опасность содеянного провокатором не влияют. А главенствующий мотив его деятельности — сообщить о совершенном преступлении спровоцированным им лицом в правоохранительные органы для привлечения его за содеянное к уголовной ответственности, гипертрофированно «работает» на процессуальную цель правоприменителей — дать повод и основание для возбуждения уголовного дела в отношении спровоцированного лица.

Вполне допустимо, чтобы Уголовный кодекс Российской Федерации содержал в Общей части формулировку провокации преступления, «что позволит избежать разногласий в определении сущности последней и обеспечить правильную юридическую оценку действий провокатора»². При этом не нужно будет пресыщать уголовный закон нормами об ответственности за каждую конкретную разновидность провокации.

Учитывая вышеизложенное, целесообразно дополнить главу 7 УК РФ ст. 34-1 следующего содержания:

¹ Иванов В. Провокация или правомерная деятельность. С. 17.

² Мастерков А.А. Уголовно-правовые и криминологические аспекты провокационной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2000. С. 17.

Статья 34-1. Провокация преступления.

Провокацией преступления признается вовлечение другого лица в совершение преступления, совершенное с целью возбуждения против него уголовного преследования. Провокация преступления влечет за собой уголовную ответственность в зависимости от роли провокатора в соответствии с положениями статей 33—34 настоящего Кодекса.

Соответственно, при таком подходе ст. 304 УК РФ должна быть исключена из Уголовного кодекса Российской Федерации.

Стоит заметить, что водораздел между классическим институтом соучастия в преступлении, вовлечением в его совершение и провокацией преступления точно обозначен в позиции Б.В. Волженкина: «Суть провокации состоит в том, что провокатор сам возбуждает у другого лица намерение совершить преступление с целью последующего изобличения этого лица либо его шантажа, создания зависимого положения и т.п.»¹

Какие бы определения провокации ни давали, безусловно одно: провокации порождают новое преступление действиями провокатора, а это вызывает в обществе большой резонанс — большинство его граждан отрицательно высказываются о провокации преступления, более опасным считают ситуацию, когда правоохранительные органы государства, используя уголовно-процессуальное и оперативно-розыскное законодательство, сами порождают преступление и сами же его раскрывают.

1.2. Провокации как способ раскрытия и расследования преступления

1.2.1. Международный опыт в проведении оперативно-розыскных мероприятий для целей справедливого правосудия

Став участником Совета Европы, Российская Федерация приняла на себя ряд обязательств, в частности, ратифицировала Конвенцию о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (ЕКПЧ). Согласно ст. 6 данной Конвенции, каждый человек имеет право при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона². Таким образом,

¹ Волженкин Б.В. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? // Российская юстиция. 2001. № 5. С. 43.

² Конвенция о защите прав человека и основных свобод: Заключена в г. Риме 4 ноября 1950 г. (с изм. и доп. от 11.05.1994) // СЗ РФ. 1998 г. № 20. Ст. 2143; 1998. № 4. Ст. 5400.

ЕКПЧ требует от государства-участника определенных действий по защите прав и свобод человека: создать и обеспечить эффективное функционирование соответствующих структур, необходимых для отправления правосудия, а также эффективное применение процессуальных норм, необходимых для осуществления правосудия.

Международный, и не только европейский, опыт отношения к провокации в деятельности правоохранительных структур крайне важен для изучения в России.

Провокация как метод деятельности спецслужб известна в Японии под термином «дознание с приманкой». В изданном еще в 1961 г. в Токио словаре уголовного права этот термин означает «способ дознания, когда сотрудник правоприменительной системы, выступая в качестве «приманки», вызывает преступное деяние, ждет его осуществления и производит задержание»¹. О каких-либо ограничениях в применении этого способа речи не идет.

Изучая во время научных стажировок опыт работы *германских и австрийских* полицейских, можно убедиться в том, что в их практике существует градация «уровней провокаций». Если, к примеру, к одетому в штатское полицейскому, который «гуляет», как и остальные граждане в «наркоквартале», подойдет наркоторговец и добровольно сам первый предложит купить у него наркотик, то покупка таким агентом наркотика не будет провокацией. Наркоторговец в этом случае будет привлечен к ответственности, так как агент выступал в данной сделке в роли обычного гражданина, которому предложили купить наркотик, и он не отказался. Но стоит только «агенту в штатском» проявить хоть малейшую собственную активность по инициированию купли-продажи наркотика, как это сразу же переходит в другой, недопустимый уровень провокации, не поощряемый законодателем. Закон в Германии и Австрии запрещает провокации, то есть активные действия государственных сотрудников по склонению лица к совершению преступления. Действия таких провокаторов преследуются в уголовном порядке.

При посещении во время стажировок в Германии судебных заседаний по уголовным делам привлекло внимание в контексте изучения проблем провокаций одно из судебных решений Верховного Суда ФРГ, фрагменты перевода которого с сохранением колорита языка немецкого юридического текста приведены ниже.

«...Подсудимый Л., формально профессионально успешный архитектор, стал в 1996 году жертвой сильной аварии, когда он оказывал

¹ Рюнти Х. и др. Словарь уголовного права. Токио, 1961. С. 19–20.

помощь попавшему в катастрофу водителю. Подсудимый получил повреждение лобных долей головного мозга. Тяжелая черепно-мозговая травма привела к упадку нравов, который снизил способность подсудимого к критической оценке и привел к изменению характера подсудимого. В дальнейшем подсудимый вошел в контакт с мюнхенским полусветским обществом (с вольными нравами) и стал употреблять кокаин. Эти обстоятельства привели его к финансовому и профессиональному спаду.

Уголовно наказуемые деяния проявились в одиннадцати актах приобретения — в каждом случае от двух до пяти грамм кокаина для собственного употребления — и содействии сделке скрытого агента полиции на четыре килограмма кокаина, которому передалась первая партия в размере 0,5 килограмма.

У своего знакомого и партнера по делу О., с которым подсудимый общался в мюнхенском полусветском обществе, он приобрел кокаин в шести случаях для собственного употребления. От других лиц он получал кокаин пять раз.

К торговой сделке с кокаином подсудимый пришел следующим образом: после того как О. был задержан поздним летом 1998 г. за преступления, связанные со злоупотреблением наркотиками, подсудимый отдалился от него и избегал любого контакта с этим знакомым. Работники его бюро получили указание «отделяться» от посетителей и звонящих, которые захотят говорить с ним.

Уже весной 1998 г. в полицию поступили сведения, что подсудимый торгует кокаином. Когда поздней осенью 1998 г. появились веские факты — в особенности за счет показаний О. — против подсудимого, обосновывающие совершение преступлений, связанных со злоупотреблением наркотиками, полицейские распорядились о проведении операции с участием скрытого агента полиции, с которым поверхностно познакомился подсудимый еще летом через О. при совместной встрече.

В середине ноября скрытый агент полиции позвонил в бюро подсудимого. Секретарь подсудимого соединила для разговора с подсудимым — против распоряжения, он не хотел иметь контактов со звонившими, но агент представил дело как неотложное.

После телефонного разговора при встрече с агентом подсудимый сообщил, что О. находится в предварительном заключении. Скрытый агент полиции дал понять, что он с О. вел переговоры о сделке по кокаину и он хвастался хорошими контактами с кокаиновыми дилерами. На это подсудимый отреагировал раздраженно и дал понять, что он,

напротив, сам располагает этими контактами. Когда агент показал свой интерес на принятие от трех до пяти килограмм кокаина, подсудимый согласился поставить «без всяких промедлений» такого рода количество срочно, так как у него есть поставщик.

Подсудимый после этого тщетно пытался договориться о приобретении четырех килограмм кокаина со знакомым в Гере. Также усилия о приобретении кокаина в Амстердаме потерпели неудачу. У двоих других знакомых внезапно получилось установить контакт с одним поставщиком в январе 1999 г. После того как знакомые передали через посредничество подсудимого скрытому агенту полиции сначала пробы кокаина, последовала передача первой партии кокаина в размере 0,5 килограмма из согласованного общего размера поставки в четыре килограмма. Подсудимый не присутствовал при передаче, он ожидал за свое посредничество прибыль в размере 40 000 DM.

Провокацию посредством скрытого агента полиции земельный суд отрицает, потому что подсудимый — как подтвердили приобретения — «уже сильно был впутанным» до того, как его попросил скрытый агент полиции. Кроме того, его не торопили ни в какое время совершить преступление.

Как установил сенат в своем решении от 18 ноября 1999 г. (1 StR 221/99 BGHST 45, 321), нарушение права на справедливое судебное разбирательство, установленное ст. 6 предложением 1 ЕКПЧ, считается в том случае, когда не внушающее подозрение и прежде всего не склонное к преступлению лицо склоняется определенным образом, санкционированным государством, что влечет за собой производство по уголовному делу.

Сенат конкретизировал этот критерий. Провокации к совершению преступления нет в том случае, когда третье лицо без прочего влияния обратилось с тем, может ли он приобрести это наркотическое средство. Таким образом, провокация не имеет места в случае использования открытой заметной готовности к совершению преступления или его продолжения.

Напротив, провокация наличествует, если на преступника будут воздействовать непокрытым и явным побуждением к готовности совершить преступление или усилением планирования преступления со значительным стимулирующим воздействием на преступника. (BGHST 45, 321, 338).

Этот критерий конкретизировал сенат в решении от 30 мая 2001 года (1 StR 42/01), в особенности для проблематики так называемого «квантового скачка» — взаимодействия между силой существующего

подозрения в совершении преступления и принятием провокации, значительного влияния посредством полицейского-provokatora. Чем сильнее подозрение, тем настойчивее может быть стимулирование к преступлению, прежде чем будет достигнут предел провокации.

В данном случае непременно сомнительно то, было ли достаточно фактических оснований в момент, когда скрытый полицейский агент инициировал сделку, для того, чтобы подсудимый был готов также на преступление подобного рода. Земельный суд обосновал это стечение обстоятельств именно актом приобретения, менее вескимотягчающим обстоятельством. Это относится, кроме того, на количество наркотика, которое было фактически значительно меньше, чем инициированное. Сделка отличается этим от прежнего стечения обстоятельств подсудимого (проблема «квантового скачка»).

С другой стороны, были указания на то, что подсудимый торгует кокаином, участие скрытого агента полиции рекомендовалось, так как наличествовало конкретное подозрение в совершении преступления, которое имеет важное значение в обороте наркотиков (сравните § 110a ч. 1 предложение 1 п. 1, §110b ч. 2 предложение 2 п. 1 УПК).

Во всяком случае, подсудимый был склонен тотчас к такого рода преступным сделкам, и агент полиции склонил его к этому без дальнейшего воздействия. Также не установлено, была ли известна скрытому полицейскому агенту или следственным органам сниженная способность к критической оценке подсудимого, или она была специально использована. Этим — также принятым во внимание взаимодействием между подозрением к совершению преступления и интенсивностью воздействия — предел провокации не был достигнут.

Недостаточно учтено в особенности такое обстоятельство, как причиненный способности подсудимого к критической оценке вред, обусловленные несчастным случаем существенные изменения личности. Эти изменения привели к хвостовству. Правда, следственные органы не воспользовались этим обстоятельством по незнанию. Объективно хочется использовать существенные изменения, но спонтанно решение о торговой сделке с большим ожиданием прибыли требовало спонтанного решения, тем более что подсудимый смог найти источник поставки только со значительными затратами. К тому же вследствие профессионального спада он находился в тяжелом материальном положении».

Как видим, логика рассуждений немецких правоохранителей в отношении провокаций достаточно сложна — учитываются уровень подозрения в совершении преступления, интенсивность воздействия

полицейского сотрудника или их агента на подозреваемого, соблюдении этим воздействием допустимого порога провокации.

Во время нахождения автора на научных стажировках в *Соединенном Королевстве* также представилась возможность посмотреть на проблему провокации в уголовном судопроизводстве данной страны. Кроме того, переведенные материалы из интернета показывают, насколько уже давно, всесторонне и детально в Великобритании муссируются вопросы, связанные с провокацией.

Для разрешения проблемных вопросов необходимо раскрыть само понятие полицейской провокации, определить пределы ее допустимости. Важно понять английскую прецедентную практику и проанализировать некоторые мнения членов Палаты Лордов¹, которая является Высшим Апелляционным судом в британской судебной системе.

В Англии провокация обозначается словом *entrapment*, что в дословном переводе означает «ловушка, западня». Провокация происходит, когда агент государства — обычно сотрудник правоохранительных органов или информатор, которым управляют, — заставляют кого-то совершать преступление, чтобы преследовать по суду. Но для того чтобы разобраться, как регулируется вопрос о провокации в Англии, необходимо выделить критерии, исходя из которых решается вопрос о допустимости провокации.

А. Критерии допустимых пределов провокации.

Трудность заключается в идентификации поведения, которое отражено такими неточными словами, как «подстрекать», «соблазнять» или «провоцировать». Если бы полицейские действовали только как детективы и пассивные наблюдатели, была бы небольшая проблема в идентификации границы между допустимым и недопустимым полицейским поведением. Однако обнаружение и судебное преследование согласованных преступлений, совершенных конфиденциально, было бы чрезвычайно трудным. В таких преступлениях, как торговля наркотиками, обычно нет никаких жертв, чтобы сообщить о преступлении полиции. И иногда жертвы или свидетели не желают давать показания.

Нельзя выявить единственный критерий или разработать универсальную формулу, которая будет всегда давать правильный ответ. Можно выделить группу существенных критериев, но в итоге их значение и важность зависят от специфических обстоятельств дела.

¹ URL: <http://www.Publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd011025/loose-1.htm>. Opinions Of the Lords Of Appeal for Judgment in the cause Regina v. Loosely. Помощь в переводе текстов автору оказал аспирант Юридического института СФУ Н. Головин. При переводе решено было сохранить колорит языка английского юридического текста.

К существенным критериям относятся:

1. Предрасположение.

Считается, что предрасположение к совершению преступления не является достаточным основанием для провокации. Это было установлено в деле *R v. Mack* (1988). Поскольку возможно, что в особых случаях, несмотря на предрасположение человека, совершение преступления было вызвано именно провокацией полиции.

Как известно, согласно федеральной доктрине Соединенных Штатов Америки, провокация — основание для оправдания, она не защищает человека, который имел предрасположение к совершению преступления. Предрасположение расценивается как свидетельство того, что обвиняемый имел необходимое виновное намерение и не соблазнялся провокацией к совершению преступления, которое иначе он бы не совершил. Предрасположение может быть доказано предыдущими обвинительными приговорами или подобным свидетельством.

Но английская доктрина предполагает вину обвиняемого и заинтересована в стандартах поведения сотрудников правоохранительных органов. Факты, которые побуждают полицию подозревать, что преступления совершаются, и оправдывают использование офицера под прикрытием или контрольную закупку, могут также указать на обвиняемого и показать его предрасположение. Но это совпадение. Факт, что, например, у обвиняемого есть предыдущие обвинительные приговоры, в английском законе не является ни необходимым, ни достаточным свидетельством. Подозрение может быть свойственно человеку, который ранее избежал обвинительного приговора, и, наоборот, факт, что человек был ранее признан виновным, не может обеспечить основание для того, чтобы подозревать в текущей причастности к преступности, которая оправдала бы использование провокации. Не факт, что человек — наркоман и поэтому должен знать поставщика, — это недостаточное основание само по себе для того, чтобы предполагать, что он выступает в роли посредника в поставке наркотиков. Такие люди могут быть особенно подвержены риску к несправедливым давлениям в форме провокации.

В этих рамках досье обвиняемого вряд ли будет важно, если оно не может быть связано с другими факторами, основывающими разумное подозрение, что обвиняемый в настоящее время занят в преступной деятельности. Прошлые преступления навсегда не объявляют его вне закона и не дают право использовать полицейские методы, нацеленные на обеспечение повторных обвинительных приговоров, от которых защищен обычный гражданин.

2. Провокация или обеспечение возможности.

Во многих случаях придают значение установлению различия, спровоцировал ли полицейский совершение преступления или же просто обеспечил возможность обвиняемому совершить преступление с полицейским, а не в тайне с кем-то еще. Зачастую именно это будет самым важным критерием, решающим, переступил ли полицейский через грань между законным обнаружением преступления и недопустимым созданием преступления.

Хорошим примером для установления такого различия служит дело *Nottingham City Council v. Amin* [2000] 1 WLR 1071.

Господину Амину принадлежала такси, у которого не было лицензии, чтобы заниматься частным извозом в Ноттингеме. Два полицейских, которые увидели его в середине ночи на улицах Ноттингема, махнули ему рукой, чтобы остановить. Он остановился и после вопроса согласился отвезти их к месту, которое они назвали. По приезде полицейские заплатили плату за проезд, а затем обвинили его в преступлении.

Лорд Bingham заметил, что называть полицейских провокаторами — значит выразить заключение судьи, а не его рассуждение. Вопрос, могли ли бы они быть провокаторами, зависит от того, какой из позиций соответствует этот случай, который лорд Bingham сформулировал так: «С одной стороны, признано недопустимым, если обвиняемый был бы признан виновным и наказан за то, что он совершил преступление, лишь потому, что он подстрекался, провоцировался, шантажировался или уговаривался в совершение этого сотрудником правоохранительных органов. С другой стороны, у правоохранительных органов есть общая обязанность, чтобы провести закон в жизнь, и это расценивается как приемлемое, если сотрудник правоохранительных органов дает обвиняемому возможность нарушить закон и обвиняемый свободно пользуется такой возможностью, при обстоятельствах, где обвиняемый вел бы себя таким же образом, если бы возможность была предложена кем-либо еще».

В обращении к тому, вел бы обвиняемый себя таким же образом, если бы возможность была предложена кем-то еще, лорд Bingham, очевидно, не подразумевал, что обвиняемый вел бы себя таким же образом с кем-то, кто не был полицейским. Так как обвиняемый в таких случаях, исключая гипотезу, не знает, что он имеет дело с полицейским, такое условие было бы неизменно удовлетворительно. Он пояснил, что полицейские вели себя, как обычные люди в махании рукой, останавливая такси. Они не махали банкнотами в 50 £ и не симулировали бедственное положение.

Следовательно, полиция вела себя таким же образом, как любой член общественности, желающий воспользоваться услугами такси.

Действительно, поведение такого характера санкционируется в соответствии с парламентским актом. В случаях, предусматривающих особый состав преступления, можно уполномочить офицеров сделать контрольные закупки, как говорится в пункте 27 закона «О Торговых описаниях» 1968 г.

Вел ли сотрудник правоохранительных органов себя, как обычный член общественности, вероятно, будет иметь решающее значение во многих случаях, когда преступления совершены обычными членами общественности, такие как продажа ликера в непредусмотренных лицензией количествах (*Director of Public Prosecutions v. Marshall* [1988] 3 All ER 683), продажа видео детям, не достигшим требуемого возраста (*Ealing London Borough Council v. Woolworths plc* [1998] Crim LR 58 DC) или частный извоз без лицензии (*Taunton Deane Borough Council v. Brice* (DC unreported 10 July 1997)). Но обычные члены общественности не становятся вовлеченными в крупномасштабную торговлю наркотиками, не вступают в сговор, чтобы ограбить или для убийства. Соответствующие стандарты поведения в таких случаях более проблематичны. И даже в случае преступлений, совершенных обычными членами общественности, могут потребоваться другие критерии.

3. Природа, характер и степень полицейского участия.

Говоря о «заурядности», необходимо установить, не было ли поведение полиции, предшествующее совершению преступлению, не более чем, возможно, ожидалось от других в сложившейся ситуации. Если же оно было таковым, то не следует расценивать данное поведение как провокацию.

Такой подход был зафиксирован McHugh J в деле *Ridgeway v. The Queen* (1995). В частности, он сказал: «Государство может оправдывать использование методов провокации, чтобы вызвать совершение преступлений только тогда, когда стимул совместим с обычными искушениями и хитростями, с которыми, вероятно, столкнулся бы подозреваемый в ходе преступной деятельности. Это может означать, что немного обмана, назойливости и даже угроз со стороны властей может быть приемлемым. Но как только полиция превышает эту грань обыденности, она увеличивает уровень преступности искусственными средствами».

Потребность в санкционированном и добросовестном расследовании достаточна, чтобы установить, что на вопрос провокации нельзя ответить просто, предоставили ли подозреваемому возможность совершить преступление, которой он свободно воспользовался. Это важно,

но недостаточно. Вопрос более сложен, и другие факторы должны быть приняты во внимание. Даже на причинный вопрос нельзя ответить механическим заявлением об «активном» и «пассивном» поведении со стороны тайного полицейского или информатора. В случаях, в которых преступление составляет покупку товаров или услуг, таких как ликер или видеозаписи, или поездка в такси, было бы абсурдно ожидать, что офицер будет тихо ждать предложения. Он сделает то, что сделал бы обычный покупатель. Торговцы наркотиками, как следует ожидать, покажут некоторую осторожность в контакте с незнакомцем, который мог бы быть полицейским или информатором, и поэтому некоторое постоянство или образец поведения может быть необходимым, чтобы достигнуть цели. И это значит, что когда тайные офицеры собирают информацию по таким преступлениям, как убийство, грабеж или террористическая деятельность, такая информация может остаться скрытой, если офицер не проявил активность. Это значит, что активное поведение в ходе санкционированной операции может быть приемлемым, но не должно провоцировать совершение преступления.

Большой стимул (соблазн), предложенный полицией, и чем более постоянны полицейские увертюры, тем с большей готовностью суд может заключить, что полиция переступила через границу: их поведение, возможно, спровоцировало человека к совершению преступления, который обычно будет избегать преступления того вида. Следовательно, также должно иметь значение характеристика обвиняемого, включая его уязвимость. Это связано не с тем, что стандарты приемлемого поведения являются переменными. Скорее это вытекает из того, что стимул, предложенный одному человеку, может быть для него не таким существенным, как для другого.

4. Природа преступления.

В случаях, где результат применения тайного офицера или контрольной закупки не может быть разумно достигнут другими средствами, он будет частично зависеть от природы преступления. Согласованные преступления, такие как оборот незаконных веществ или преступления без непосредственной жертвы, такие как взяточничество, или преступления, о которых жертвы отказываются сообщить, являются самыми очевидными кандидатами на такие методы.

5. Провокатор.

Помощь с целью установления допустимости провокации может быть получена из определения провокатора, данного Королевской комиссией по правам полиции и процедуре, где было сказано, что полицейский или осведомитель не должны действовать как провокатор.

Провокатор — это человек, который подстрекает другого специально нарушить закон, который он иначе не нарушил бы, и затем подает в суд или доносит на него. Но это определение лишь предполагает, но не определяет стандарты благопристойности и допустимости, которым противопоставлена деятельность провокатора.

6. Основания для подозрения.

В случае небольшого количества регулирующих преступлений закон может потребовать, чтобы у офицеров полиции была возможность сделать случайные проверки. Но обычно это не считается законным, чтобы полиция провоцировала людей, не подозреваемых в причастности к преступной деятельности. Единственная надлежащая цель полицейского участия состоит в том, чтобы получить свидетельство преступных действий, если они имеют обоснованные подозрения, что кто-то собирается совершить или совершает преступление. Полиция не должна провоцировать людей совершать преступления, чтобы подвергнуть их наказанию.

Этот пункт был сформулирован лордом Бакстоном в деле «Городской совет Дин против Брис», когда г. Брис жаловался, что два полицейских заставили его везти их за вознаграждение в его не имеющем лицензию транспортном средстве, предлагая возможность получить значительную прибыль. Судья придал значение факту, что полицейские выполняли добросовестное расследование в рамках полученной жалобы на г. Брис.

И то, что решение об использовании провокации не было принято для выявления скрытого мотива или в надежде на провокацию кого-то, кто не нарушал закон, чтобы он совершил преступление, а скорее, чтобы увидеть, было ли достоверно свидетельство, на основании которого могло быть установлено должным образом судебное преследование.

Эти факты могут быть противопоставлены с примером, данным *Lamer J* в деле *R v. Mack* (1988), полицейского, который «решает, что он хочет увеличить свои показатели работы». Поэтому он бросает бумажник с деньгами в очевидном месте, таком как парк, и ждет. Это недопустимое поведение, потому что полицейский охотится на слабость человеческой натуры.

Принцип, что полиция должна предотвратить и обнаружить преступление, не порождать преступления, требует некоторой модификации критериев. В случае с бумажником полицейский «не подстрекал, провоцировал или инициировал» к совершению кражи. Он предоставил эту возможность, которой воспользовались. Однако по другой причине поведение полицейского — злоупотребление государственной властью, которую не должен одобрить суд.

Потребность в разумном подозрении подчеркнута в Процессуальном кодексе Тайных операций, выпущенном совместно всеми британскими полицейскими властями, таможенным и акцизным управлением в ответ на Европейскую Конвенцию о правах человека. Там говорится о делах с участием «офицеров под прикрытием» («тайных офицерах»), «контрольных закупках» и «приманках».

«Офицеры под прикрытием» определены как специально обучаемые сотрудники правоохранительных органов, работающие инкогнито «под руководством в санкционированном расследовании», чтобы выявить преступления, арестовать подозреваемых и противостоять угрозе национальной безопасности.

«Контрольные закупки», соответственно, совершаются сотрудниками правоохранительных органов, которые посредством санкционированной деятельности устанавливают природу и/или пригодность товара или услуги, владение, предоставление или использование которых, влечет совершение преступления. «Контрольная закупка» используются главным образом в торговле наркотиками.

«Приманки» — офицеры, которые становятся «жертвами» преступления с целью ареста правонарушителя.

«Офицеры под прикрытием» могут использоваться только в связи с угрозой национальной безопасности или тяжкими преступлениями и в случаях, в которых желательный результат не может быть достигнут другими средствами. Разрешение должно быть дано помощником начальника полиции или командующим в столичной полиции.

Использование «контрольной закупки» должно быть санкционировано руководителем полиции или Национальных, или Шотландских Регионов (National or Scottish Crime Squads). Параграф 3.2 сообщает, что офицер должен быть удостоверен в том, что «контрольная закупка» «требуется в поддержку расследования уголовного преступления относительно владения, предоставления или использования товара или услуги, и эти разумные основания были установлены до проведения «контрольной закупки», чтобы удостовериться в подозрении в совершении преступления».

Офицер должен также быть удостоверен, что желаемый результат «контрольной закупки» не может быть достигнут другими средствами, и записка для руководства (Note 3A) подчеркивает это: «Контрольная закупка» не должна использоваться как спекулятивное средство поиска товара или услуги, где нет оснований, чтобы подозревать, что уголовное преступление совершено или совершается».

Требование разумного подозрения не обязательно означает, что должно быть подозрение определенного лица, который подозревается

в совершении преступления. Полиция в ходе добросовестного расследования может обеспечить возможность совершения преступления, которое совершено кем-то, кому ранее не было свойственно никакое подозрение. Это может случиться, когда провокация используется в ходе раскрытия преступления, которое было распространено в специфических области, месте.

Lamer J в деле *R v. Mack* (1988) дал пример полиции, подкладывающей сумочку на автовокзале, где известны случаи многочисленного воровства. Реальным примером в Англии было дело *Williams v. Director of Public Prosecutions* (1994), в котором полицейские расследовали воровство из автомобилей в Эссексе. Они оставили без присмотра фургон с открытой задней дверью, чтобы были видны картонные коробки с сигаретами. Когда обвиняемые украли сигареты, они были арестованы. Хотя суждение судьи содержит некоторую ссылку на причинное рассуждение («их обманом заставили сделать то, что они хотели сделать»), оно не дает основания полагать, что в такой причинной обусловленности случай обеспечивает достаточный ответ. Если бы уловка была предпринята полицейским в области, где такое преступление не было распространено, то это было бы злоупотребление государственной властью. Это было оправданно, потому что было санкционированным расследованием, и факт, что ответчики ранее не подозревались, был удачей.

Само собой разумеется, что полиция должна поступить добросовестно и не использовать провокацию как часть злонамеренной вендетты против человека или группы людей. Наличие разумных оснований для подозрения является одним способом, которым могут быть установлены честные намерения, но основания для подозрения определенного лица не всегда существенны. Иногда подозрение может быть сосредоточено на специфическом месте, таком как трактир. Иногда случайные проверки могут быть единственным реальным путем охраны специфической торговой деятельности.

Таким образом, можно сказать, что наибольшее значение придается критерию, разграничивающему — спровоцировал ли полицейский совершение преступления или же просто обеспечил возможность обвиняемого совершить преступление с полицейским, а не в тайне с кем-то еще.

Но для установления этого иногда используются другие критерии, такие как степень полицейского участия. В целом же, как было замечено выше, невозможно выработать единый критерий или универсальную формулу (сочетание критериев), и решение о допустимости провокации в каждом случае будет зависеть от специфических обстоятельств дела.

Выделив критерии допустимых пределов провокации, можно перейти к тому, как разрешается этот вопрос в ходе судебного разбирательства

Б. Разрешения вопроса допустимости провокации.

Изначально провокация привлекла выражение судебного неодобрения в Англии, это можно отметить из дела *Brannan v. Peek* (1948). Единственным законным решением судьи полагали вынесение приговора с незначительным наказанием для обвиняемого, дабы в последующем привлечь сотрудников полиции к дисциплинарной ответственности или возбудить против них уголовное дело по факту подстрекательства к совершению преступления.

В дальнейшем в деле *R v. Sang* (1980) Палата Лордов подтвердила решение Апелляционного суда в деле *R v. McEvilly* (1973) и *R v. Мили* (1974). Палата Лордов установила, что провокация не является обстоятельством, исключающим виновность деяния, или, иначе, средством защиты. Лорд Diplock, отметил, что многие преступления совершены из-за подстрекательства. Факт, что подстрекатель — полицейский или полицейский информатор, хотя это может иметь место в уменьшении наказания за преступление, не может затронуть вину исполнителя преступления.

Палата Лордов также решила, что, не принимая во внимание допуск и признания, суд не интересуется, как свидетельство было получено. Это не основание для судьи, чтобы исключить свидетельство, если свидетельство было получено как результат действий провокатора или другими несправедливыми или неподходящими средствами.

Рассуждение Палаты Лордов было направлено на вопрос, составляет ли провокация средство защиты или является причиной для исключения свидетельства в судебном разбирательстве. В деле *R v. Sang* (1980) Лорды не рассматривали, есть ли у судьи право продолжить уголовное преследование, когда сотрудники правоохранительных органов действуют таким образом.

Но английское уголовное право подверглось существенному развитию за сравнительно короткий период с момента рассмотрения дела *R v. Sang* (1980). Парламентом был издан закон о полиции и доказательствах по уголовным делам в 1984 г. Пунктом 78 этого закона у суда теперь есть возможность исключить свидетельство, на которое ссылается обвинение, если суд полагает, что у этого свидетельства было бы такое отрицательное воздействие на справедливость судебных разбирательств, что суд не должен допустить этого. В этом случае судья явно должен рассматривать обстоятельства, при которых было получено свидетельство.

Фраза «справедливость судебных разбирательств» в пункте 78 направлена прежде всего на дела, касающиеся справедливости в фактическом процессе судебного разбирательства: например, надежность свидетельства и способность проверки его надежности. Но судьи не желали свести область этого широкого и всестороннего выражения строго к процедурной справедливости. В деле *R v. Smurthwaite* (1994) Lord of Gosforth CJ заявил, что пункт 78 не изменил независимое правило, что провокация не является средством защиты. Факт, что свидетельство было получено провокацией, не требует, чтобы судья исключил его. Однако в решении вопроса, допустить ли свидетельство полицейского, судья может принять во внимание такие обстоятельства, как: провоцировал ли офицер обвиняемого совершить преступление, которое он иначе не совершил бы; природа провокации; насколько активной или пассивной была роль офицера в получении такого свидетельства.

Апелляционный суд в своем решении отметил: «В нашем толковании закон ясен и закон совместим с Европейской Конвенцией о правах человека и суждением Европейского суда по правам человека, а именно: если причастность обвиняемого человека к преступлению вызвана подстрекательством сотрудника правоохранительных органов, то свидетельство такого сотрудника правоохранительных органов должно быть исключено судьей. Во многих случаях решение, которое будет принято, не допустит перейти таким свидетельствам в суд. С другой стороны, если сотрудник правоохранительных органов сделал не больше, чем просто предоставил обвиняемому возможность нарушить закон, и тот свободно воспользовался такой возможностью, где кажется, что обвиняемый вел бы себя таким же образом, если бы возможность была предложена кем-либо еще, то нет никакой причины, чтобы свидетельство офицера было исключено».

В деле *R v. Latif* (1996) Палата Лордов подтвердила, что принцип прекращения производства можно использовать в делах о провокации. Лорд Steyn сказал, что суд должен осуществить юрисдикцию, когда, «взвесив встречные соображения полиции и справедливость (justice)», судья полагает, что обвинение «составляет оскорбление общественному сознанию».

Он также отметил: «Если суд не будет прекращать такие судебные разбирательства, то сложится впечатление, будто суд освобождает от ответственности преступное поведение и злоупотребление служебным положением правоохранительных органов. Это подорвало бы общественное доверие к системе уголовного судопроизводства и навлекло бы на него дурную славу. С другой стороны, если бы суд всегда прекращал судебные разбирательства в таких случаях, он подвергся бы упреку, что он не в состоянии защитить общественность от тяжкого преступления».

Ответ, который лорд Steyn дал, был следующий: «Слабости обеих позиций оставляет только одно принципиальное решение. У суда есть усмотрение, и именно оно должно выполнить балансирующую роль...» «...Судья должен взвесить общественный интерес в отношении того, что лиц, которые обвинены в тяжких преступлениях, нужно судить, и конкурирующий общественный интерес, чтобы не сложилось впечатления, что суд приемлет такой подход, где цель оправдывает любые средства».

Поэтому подход, проявленный в английских делах, состоит в том, что необходимо уравновесить (сбалансировать) конкурирующие требования, чтобы те, кто совершает преступления, были признаны виновными и наказаны, и не должно быть злоупотребления процессом, который составил бы оскорбление общественного сознания.

Для осуществления этого балансирования суду необходимо в каждом индивидуальном случае принимать во внимание различные критерии. Эти критерии были перечислены ранее. Подход, который будет принят судами, хорошо изложен в расходящемся во мнениях суждении McHugh J в деле High Court of Australia in *Ridgeway v. The Queen* (1995): «Я не думаю, что возможно сформулировать правило, которое охватит все случаи, которые возникают, когда обвиняемый человек стремится прекратить судебное преследование на том основании, что преступление было совершено в результате поведения правоохранительных органов. Окончательный вопрос должен всегда звучать так, навлекут ли на отправление правосудия дурную славу, потому что суд используется, чтобы преследовать по закону за преступления, которые были искусственно вызваны правоохранительными органами. Этот вопрос должен быть решен после рассмотрения четырех критериев:

1. Вызвало ли поведение правоохранительных органов преступление.

2. Были ли у властей разумные основания для того, чтобы подозревать, что обвиняемый, вероятно, совершит преступление или подобное преступление, или в ходе добросовестного расследования преступление данного вида, подобного тому, в котором подозревали обвиняемого.

3. Было ли до провокации у обвиняемого намерение совершить преступление или подобное преступление, если бы возникла возможность.

4. Было ли преступление вызвано в результате постоянной назойливости, угроз, обмана, предложений наград или других стимулов, которые не будут обычно встречаться в таких преступлениях или подобных преступлениях».

Таким образом, хотя провокация не средство защиты, английский закон предусматривает возможность суда прекратить уголовное преследование и исключить свидетельство в соответствии с пунктом 78 Закона о полиции и доказательствах по уголовным делам 1984 г. Из этих двух средств принцип прекращения производства, а не исключение свидетельства в судебном разбирательстве, должен расцениваться как соответствующий ответ в случае провокации. У исключения свидетельства из судебного разбирательства часто будет тот же самый результат, как прекращение судебного разбирательства. Но не обязательно так. Могут быть вещественные доказательства или свидетельства других свидетелей. Исключение всего свидетельства обвинения, конечно, избавило бы от любой аномалии в этом отношении. Но по существу это было бы прекращением судебного разбирательства. Кроме этих практических соображений судебное преследование, основанное на провокации, было бы злоупотреблением процессом. Суд не должен ставить целостность системы уголовного судопроизводства под угрозу, позволяя государству наказывать кого-то, кого само государство спровоцировало совершить преступление.

В подтверждении этого в деле *R v. Shannon* [2001] Апелляционный суд рассмотрел отношения между провокацией и пунктом 78:

«...Окончательный вопрос не широкий: обеспечение судебного разбирательства (в смысле соответствующего) в случаях провокации. Вопрос, будет ли справедливость судебных разбирательств неблагоприятно затронута, допуская свидетельство провокатора или свидетельство, которое появилось в результате его действия или действий. Так, например, если есть серьезное основание, чтобы подвергнуть сомнению достоверность свидетельских показаний, данных тайным офицером, или когда они подвергают сомнению надежность другого свидетельства в связи с его действиями, и этот вопрос не может быть решен в ходе судебного разбирательства, тогда судья может заключить, что такое свидетельство должно быть исключено. Если, с другой стороны, сомнение вызывает не более чем интуитивная реакция на то, что это в принципе несправедливо или незаконно как вопрос права, чтобы человек преследовался по суду за преступление, которое он не совершил бы без подстрекательства других, этого достаточно, если поведение полиции (или кого-то, действующего от имени или в союзе с полицией) и/или основание для преследования в судебном порядке будет являться злоупотреблением процессом, чтобы прекратить производство по делу».

Следует отметить, что прекращая судебное преследование, суд не стремится осуществить дисциплинарные взыскания в отношении

полиции, в то время как продолжение судебного преследования может иметь этот эффект. Как подчеркнуто ранее, возражение на уголовное преследование, основанное на провокации, намного глубже. По той же самой причине провокация — не вопрос, касающийся только наказуемости или виновности обвиняемого. В случае провокации возникает вопрос в уместности судебного преследования вообще, когда государство вовлечено в обстоятельства, при которых было совершено преступление.

Поэтому, если обвиняемый желает сослаться на провокацию, он должен делать это прежде, чем судебные разбирательства начнутся, для прекращения уголовного преследования по причине злоупотребления процессом. Если ему откажут, то у него все еще будет возможность, чтобы исключить свидетельство под пунктом 78. Соответственно, рассматривая заявление обвиняемого об исключении свидетельства под пунктом 78, суды должны различать заявления, чтобы исключить свидетельство на том основании, что обвиняемого нельзя судить вообще, и заявление, чтобы исключить свидетельство по причине недопустимости доказательств.

Иногда ответчик может базировать свое заявление под пунктом 78 на обоих основаниях. Тогда суд должен будет достигнуть отдельного решения относительно каждого основания.

Как уже отмечено, судебный ответ на провокацию основан на потребности поддержать закон. Этот вопрос, возможно ли уголовное преследование по причине провокации, должен быть решен прежде, чем начнется судебное разбирательство.

Обвиняемый освобождается от ответственности не потому что он не виновен, а потому что полицейские вели себя ненадлежащим образом. Полицейское поведение, которое провоцирует совершение преступления, является недопустимым. Преследовать по суду при таких обстоятельствах было бы оскорблением общественного сознания. В самом широком смысле такое судебное преследование было бы несправедливым.

Было время, когда Палата Лордов отказывалась признать провокацию как обстоятельство, исключаящее виновность деяния. Но все же решение в деле Тейшейра де Кастро против Португалии повлияло на их мнение. Палата Лордов признала, что требование справедливого судебного разбирательства зависит от самого процесса судебного разбирательства и требует полноты исследования обвинения. Определенные виды провокации могут формировать свидетельство, использовать которое против обвиняемого будет несправедливо в судебном разбирательстве. В таких случаях, чтобы выполнить требования ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, судья должен

использовать усмотрение под п. 78 из Закона о полиции и доказательств по уголовным делам 1984 г., чтобы исключить свидетельство, у которого было бы отрицательное воздействие на справедливость судебных разбирательств.

Однако Палата Лордов не рассматривает справедливость как преобладающее соображение. Главное возражение на многие виды неправомерных действий полиции — вред, наносимый целостности системы уголовного судопроизводства: «Это просто неприемлемо, чтобы государство через его агентов побуждало своих граждан к совершению действий, запрещенных законом, и затем стремилось преследовать их по суду за то, что они это сделали. Это было бы провокацией. Это было бы неправильным употреблением государственной власти и злоупотреблением процессом суда».

Палата Лордов правильно сделала акцент, что соответствующим ответом на провокации должно быть прекращение производства по делу на основании злоупотребления процессом. Если провокации не производят меру защиты (такую как физическое принуждение), то, следовательно, если на человека оказывают давление или убеждают в поставке наркотиков для другого, независимо от того, является ли человек, оказывающий давление или убеждающий его, тайным полицейским или наркоманом, не влияет на положение обвиняемого. Решение находится в степени полицейского участия, которая требуется для приемлемых форм охраны закона. Некоторые виды завлечения в поведении неизбежны. Если бы их не было, то многие виды преступной деятельности с участием добровольных покупателей и продавцов в практических условиях не охранялись бы (невозможно было бы выявить такие преступления). В то же время невозможно сформулировать с точностью, что в терминах публичного порядка является границей приемлемой провокации. В самом широком из критериев Палата Лордов провела различия между приемлемым поведением, которое просто предоставляет обвиняемому возможность совершить преступление — возможность, которой он свободно воспользовался, — и недобросовестным поведением правоохранительных органов, которое провоцирует обвиняемого к совершению преступления, которое иначе он бы не совершил.

Палата Лордов также отметила, что решение дела Тейшейра де Кастро против Португалии не создавало принципа недопустимости провокации. Оправдание обвиняемого не является соответствующим ответом, где его действия формируют состав преступления, в котором его обвиняют, и где у обвиняемого была справедливая возможность избежать нарушения закона.

Более полно провокационная деятельность правоохранительных органов регламентирована законодательством *Соединенных Штатов Америки*. «Данный вид деятельности делится на правомерную и неправомерную. Согласно решению Верховного Суда этой страны, неправомерная провокация предполагает разработку преступного замысла сотрудниками спецслужб и внушение невинному лицу мысли о совершении преступления в целях его последующего осуждения. Простое предоставление возможности или средств для совершения преступления считается правомерными действиями»¹.

Подобное разграничение содержится и в законодательстве ряда отдельных штатов. Так, в п. 40.05 ст. 40 Уголовного кодекса штата Нью-Йорк «Вовлечение в «ловушку» (entrapment)» сказано, что «побуждение или подстрекательство к совершению посягательства означает активное побуждение или подстрекательство. Поведение, которым лицу просто предоставляется возможность совершить посягательство, не составляет вовлечения в «ловушку»².

А.А. Меньших отмечает развитие исключительных процессуальных норм *французской* юстиции, направленных на облегчение раскрытия преступлений, совершенных организованной бандой и преступной организацией. К исключительным нормам относятся «продление срока нахождения под стражей, осуществление полицейских провокаций (то есть провоцирование преступников внедренными в преступную группировку агентами полиции на совершение преступлений). Во Франции такая провокация возможна только в отношении торговли наркотиками. Эти положения выпадают из общего ряда принятых уголовно-процессуальным законодательством норм, применяемых в отношении общеуголовных преступлений, но имеют своей целью наиболее эффективную борьбу с организованной преступностью»³.

Таким образом, зарубежная полицейская практика сдержанно относится к провокационным способам раскрытия преступлений. И вряд ли в ней нужно искать образцы, которые позволили бы легализовать в России провокационные схемы для привлечения лиц к уголовной ответственности.

¹ Мастерков А.А. Уголовно-правовые и криминологические аспекты провокационной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2000. С. 65.

² Уголовное право США. М., 1986. С. 95.

³ Меньших А.А. Уголовная ответственность за участие в преступных сообществах по законодательству Франции // Журнал российского права. 2006. № 7. С. 21.

1.2.2. Общие подходы к проведению оперативно-розыскных мероприятий

В последние годы под маркой проведения оперативно-розыскных мероприятий получили широкое распространение провокации, используемые как один из способов раскрытия и расследования преступлений.

Этот способ вступает в противоречие с принципом законности при производстве по уголовному делу (ст. 7 УПК РФ), так как ни УПК РФ, ни Федеральный Закон «Об оперативно-розыскной деятельности» не предоставляют должностным лицам государства право использовать провокационные мероприятия в борьбе с преступностью. К тому же провокационные методы по природе своей антигуманны, безнравственны, и в правовом государстве его служащим просто не к лицу их использовать.

Согласно исследованиям, которые провел А.А. Мастерков в Дальневосточном регионе, половина оперативных сотрудников МВД и ФСБ со стажем работы более трех лет считает возможным провоцировать лицо, подозреваемое в совершении преступления, на совершение того или иного преступления с целью последующего изобличения, а еще 20% опрошенных сотрудников имеют опыт осуществления такого рода провокаций¹.

Проведенные экспертные опросы оперативных сотрудников в Красноярском крае показывают примерно такую же картину применения провокаций в оперативно-розыскной деятельности и отношения к ней практических работников органов уголовной юстиции.

Все это опасные для оперативно-розыскной деятельности и уголовного судопроизводства тенденции.

«Всякая провокация несет негативный заряд и должна быть исключена», а доводы в пользу ее применения — примитивны, аморальны по сути своей, так как якобы «цель оправдывает средства»².

Безусловно, на современном этапе очень часто возникает противоречие между возрастающими потребностями российского общества в правовом государстве и реальными возможностями органов уголовной юстиции в выявлении и борьбе со становящимися все более жестокими, изощренными, профессиональными, организованными и транснациональными преступными проявлениями.

Складывающаяся ситуация заставляет серьезно задуматься над процедурой получения доказательств по уголовным делам. Но про-

¹ Мастерков А.А. Уголовно-правовые и криминологические аспекты провокационной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2000. С. 11.

² Практика уголовного сыска: научно-практический сборник / сост. А. Ваксян. М., 1999. С. 102—103.

вокация как способ получения доказательств по уголовному делу требует однозначного исключения, так как ее применение посягает на нормальную деятельность органов правосудия, существенно подрывая их авторитет.

В ст. 50 Конституции РФ сказано, что при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных в нарушение Федерального закона.

По сути дела сотрудники органов уголовной юстиции, использующие в своей деятельности провокационные методы для достижения, по их мнению, назначений уголовного судопроизводства, как минимум допускают ошибку (по нашей классификации следственных ошибок — ошибки, связанные с несоблюдением в уголовном процессе конституционных прав и свобод человека и гражданина, а именно — несоблюдение в уголовном судопроизводстве права на неприменение незаконных (недозволенных) методов ведения предварительного расследования — ст.ст. 21, 50 Конституции РФ), как максимум — совершают преступление (к примеру, предусмотренные ст.ст. 285, 286 УК РФ)¹.

Провокационные способы в своей служебной деятельности используют оперативные работники. Но затем они передают собранные в результате использования этих методов материалы оперативно — розыскной деятельности дознавателю, следователю, прокурору, судье. И если эти субъекты профессионально «не распознают» использованные при собирании данных материалов провокационные способы оперативных сотрудников, то как минимум они допускают ошибку, которая своим последствием в случае ее последующего выявления должна влечь признание собранных доказательств по делу недопустимыми (отклонения в собирании и проверке доказательств по уголовному делу от требований, указанных в ст.ст. 7, 9, 75, 89 УПК РФ, могут расцениваться и как существенные нарушения уголовно-процессуального закона со всеми вытекающими отсюда последствиями).

Значительное количество ученых-правоведов и представителей общественности с тревогой и озабоченностью высказывались и продолжают высказываться по проблеме провокаций в оперативно-розыскном и уголовном процессах². В то же время ряд других ученых предлагают

¹ Назаров А.Д. Влияние следственных ошибок на ошибки суда. СПб., 2003. С. 26—27.

² Дубоносов Е.В. Провокация взятки либо коммерческого подкупа: лекция. М., 2002. С. 35 ; Корневский Ю.В., Токарева М.Е. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2000. С. 26, 88—90 ; Соловьев А.Б. Доказывание в досудебных стадиях уголовного

оригинальный подход к проблеме провокаций в оперативно-розыском и уголовном процессах.

В частности, Н.С. Железняк и С.П. Новосельцев, в целом не приветствуя провокации в деятельности оперативных сотрудников, высказываются о необходимости принципиальной оценки делаемых стороной защиты заявлений о провокациях, да и об иных недозволенных методах ведения предварительного расследования сотрудниками правоохранительных органов. Ученые полагают, что стороне обвинения при наличии подобных заявлений стороны защиты следует «выяснить, имеется ли протокол устного заявления о признаках должностных злоупотреблений... полученного от защитника с обязательным предупреждением заявителя об уголовной ответственности за заведомо ложный донос по ст. 306 УК. Отказ заявителя подписать протокол устного заявления с обвинением конкретных должностных лиц в совершении «служебных» преступлений снимает все последующие проблемы, в том числе и вызовы новых свидетелей...»¹

В определенной степени подобную солидарность с высказываниями Н.С. Железняка и С.П. Новосельцева в плане принципиального

процесса. М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2002. С. 96—111; Соловьев А.Б. Доказывание по Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (досудебные стадии). М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2003. С. 87—100; Соловьев А.Б. Актуальные проблемы досудебных стадий уголовного судопроизводства. М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2006. С. 335—351; Соловьев А.Б., Токарева М.Е. Проблемы совершенствования общих положений уголовно-процессуального законодательства России (от УПК РСФСР 1960 г. к УПК РФ 2001 г.). Ереван: Изд-во Ереванского гос. ун-та, 2008. С. 191—192; Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. СПб.: Изд-во «Юридический Центр-Пресс», 2005. С. 191—202; Политковская А. Провокаторы в погонах // Новая газета. 1999. 16—22 августа; Алферов В.Ю., Ильиных В.Л. Оперативный эксперимент и провокация // Правоведение. 1998. № 1. С. 169—170; Капитанов Н. Эксперимент или подстрекательство. // Законность. 1996. № 5. С. 34—35; Волженкин Б.В. Провокация или оперативный эксперимент // Законность. 1996. № 6. С. 26—30; Котин В.П. Провокация взятки (к проблеме совершенства законодательства) // Государство и право. 1996. № 2. С. 82—87; Иванов В.Д. Понятие провокации преступления // Концепция развития органов внутренних дел и внутренних войск МВД: теория и практика. Тезисы и доклады межвузовской научно-практической конференции. Белгород, 1996. С. 100; Селезнев М. Эксперимент или провокация (к вопросу о борьбе с коррупцией) // Российская юстиция. 1996. № 5. С. 51; Мостовщиков С. Провокаторы используются властями в Москве для избличения взяточников // Известия. 1995. 24 ноября; Волженкин Б. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? С. 45; Курченко В. Отграничение провокации от действий при пресечении преступлений // Законность. 2004. № 4. С. 10—12; и др.

¹ Железняк Н.С., Новосельцев С.П. К вопросу о провокации в оперативно-розыскной деятельности как правовой категории // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе: сб. материалов научно-практической конференции с международным участием (14—15 февраля 2003 г.). Ч. 2. С. 226.

отношения к высказываниям адвокатов о провокациях и нарушениях оперативно-розыскного законодательства со стороны оперативных работников проявляет и Ю.П. Гармаев¹.

Очень хотелось бы отказаться от сложившегося в современной оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной практике засилья проверочных закупок, оперативных экспериментов и т.п., в результате проведения которых через нормативно созданный трансформер полученная оперативно-розыскная информация перетекает в доказательства по уголовному делу. Европейским судом по правам человека все эти наши оперативно-розыскные мероприятия названы провокационными. Но пока классическое уголовно-процессуальное доказывание в уголовном судопроизводстве не стало доминантным, все наши оперативные эксперименты с проверочными закупками будут вынужденно «причесываться» с целью выхолащивания из них провокационных составляющих и будут продолжаться попытки хоть как-то смягчить участь лиц, попавшихся в результате этих оперативно-розыскных мероприятий в орбиту оперативно-розыскного, а затем — и уголовного процессов.

Ясно, что государство в лице своих органов должно осуществлять свою деятельность в рамках закона. Данное утверждение усматривается из ст. 7 УПК РФ, которая прямо указывает, что правоохранительные органы в лице суда, прокурора, следователя, органа дознания и дознавателя обязаны при осуществлении своих полномочий руководствоваться положениями Уголовно-процессуального кодекса. В развитие данного положения п. 3 ст. 7 УПК РФ говорит о том, что нарушение норм настоящего Кодекса судом, прокурором, следователем, органом дознания или дознавателем в ходе уголовного судопроизводства влечет за собой признание недопустимыми полученных таким путем доказательств. Данный пункт получил свою конкретизацию в ст. 75 УПК РФ, согласно которой недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, подлежащих доказыванию.

Конституционный Суд Российской Федерации в своем определении от 11.07.2006 № 268-О пояснил, что «результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных и судебных действий, проведения оперативно-розыскных мероприятий; они могут служить поводом и основанием

¹ Подробнее об этом: Гармаев Ю.П. Пределы прав и полномочий адвоката в уголовном судопроизводстве и типичные правонарушения. Иркутск, 2004 ; Гармаев Ю.П. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам о взяточничестве: практическое пособие. Иркутск, 2004.

для возбуждения уголовного дела, представляться в орган дознания, следователю или в суд, в производстве которого находится уголовное дело, а также использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств. Соответственно, ст. 89 УПК Российской Федерации запрещает использование в процессе доказывания результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам, данным Кодексом»¹.

В 2003 г. в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации ввели п. 36.1 ст. 5 УПК РФ — «результаты оперативно-розыскной деятельности», под которыми понимаются «сведения, полученные в соответствии с федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда».

В.К. Зникин полагает, что «исходя из целей и задач оперативно-розыскной деятельности ее результатом, используемым в интересах следственных и судебных действий, будет фактическая оперативная информация, добываемая и собираемая силами и средствами оперативно-розыскной деятельности путем проведения оперативно-розыскных мероприятий в сфере и инфраструктуре преступности. Если произошло отступление от предписаний законодательных актов, регулирующих основания и условия проведения оперативно-розыскных мероприятий, то результаты их осуществления в интересах уголовного судопроизводства использованы быть не могут»².

Именно этим обстоятельством объясняется, что проведение разных оперативно-розыскных мероприятий обуславливается разными требованиями. Проведение одних мероприятий (опрос, наблюдение и т.п.) законодатель не оговаривает никакими условиями, и они осуществляются в соответствии с ведомственными нормативными актами. Реализация других мероприятий (прослушивание телефонных переговоров, обследование жилых помещений и т.п.) связана законом с наличием судебного решения. Третьи (оперативное внедрение, проверочная закупка и т.п.) в соответствии с законом могут осуществляться

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 11. 07. 2006 № 268-О // СПС «КонсультантПлюс».

² Зникин В. Результаты ОРД в Уголовном процессе // Законность. 2005. № 11. С. 37.

при наличии постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

Б.Т. Безлепкин тоже подчеркивает разницу между уголовно-процессуальной деятельностью и оперативно-розыскной деятельностью, полагая, что они, «будучи объединены общей целью раскрытия преступлений, различны по ряду существенных признаков. Одно из различий заключается в том, что в результате уголовно-процессуальных (следственных) действий добываются сведения, которые служат доказательствами по уголовному делу, а данные, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности, сами по себе доказательствами не являются. Методика их «трансформации» в доказательства, иначе говоря, легализация и использование в уголовно-процессуальном доказывании составляет одну из крупных, важных и сложных проблем, которая находится на стыке теории уголовного процесса и оперативно-розыскной деятельности»¹. Она органически связана с учением об источниках и о допустимости доказательств.

И.И. Крапива говорит, что оперативно-розыскная деятельность «призвана обеспечить уголовный процесс, вследствие чего с ним взаимосвязана и взаимообусловлена, без уголовно-процессуального воплощения оперативная деятельность теряет свою социально полезную функцию»².

Б.Т. Безлепкин акцентирует внимание на том, что «в обыденном массовом сознании эта проблема выглядит как броский парадокс: правоохранительные органы, под которыми, прежде всего, имеются в виду органы внутренних дел, публично констатируют, что они все или почти все знают о преступности, отдельных преступлениях, о преступных формированиях и даже об отдельных уголовниках и уголовных авторитетах, словом, о преступном мире. Казалось бы, остается только арестовать виновных и предать суду. Однако этого не происходит, потому что сведения получены оперативно-розыскным путем, но что это за путь и почему он не ведет к изобличению виновных, ясно далеко не каждому»³.

Для официального представления соответствующим должностным лицам предметов и документов, находящихся в распоряжении подразделений, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность,

¹ Безлепкин Б.Т. Уголовный процесс России: учебное пособие. М., 2004. С. 145.

² Крапива И.И. К проблеме использования результатов ОРД в процессе доказывания // Военно-юридический журнал. 2007. № 12. С. 55.

³ Крапива И.И. Указ. соч. С. 55.

согласно Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд¹, необходим ряд действий: вынесение руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, постановления о представлении результатов этой деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд; оформление сопроводительных документов и фактическую передачу материалов.

Уголовно-процессуальное доказывание основывается на том, «что доказательства должны признаваться полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении были нарушены гарантированные Конституцией Российской Федерации права человека и гражданина или установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления, а также, если собирание и закрепление доказательств осуществлено ненадлежащим лицом или органом либо в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами»².

То есть доказательства являются допустимыми только в том случае, когда не нарушены нормы УПК РФ при их собирании и закреплении, а результаты оперативно-розыскной деятельности были получены с соблюдением конституционных прав человека. Но сохранение конституционных прав человека в оперативно-розыскной деятельности возможно только при неукоснительном следовании оперативно-розыскному законодательству, в связи с чем оперативные данные, полученные с нарушением норм оперативно-розыскной деятельности, в качестве ее результатов представленными в уголовный процесс быть не могут³.

Допустимость как свойство результатов оперативно-розыскной деятельности — это их соответствие нормам закона и ведомственным нормативно-правовым актам относительно субъекта, задач, средств

¹ Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд: Приказ МВД РФ № 368, ФСБ РФ № 185, ФСО РФ № 164, ФТС РФ № 481, СВР РФ № 32, ФСИН РФ № 184, ФСКН РФ № 97, Минобороны РФ № 147 от 17.04.2007 // Российская газета. 2007. 16 мая. Эта Инструкция и есть тот самый «трансформер», о котором шла выше речь и с помощью которого результаты оперативно-розыскной деятельности переходят в ранг доказательств по уголовным делам.

² О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995 (ред. от 06.02.2007) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1. С. 6; 2007. № 5. С. 15.

³ Крапива И.И. Указ. соч. С. 59.

и методов собирания информации. Соответственно, недопустимыми должны признаваться «результаты оперативно-розыскной деятельности, когда оперативно-розыскное мероприятие проводил следователь, когда под видом проведения оперативно-розыскного мероприятия совершалось преступление (например, провокация взятки), когда оперативно-розыскная деятельность осуществлялась для достижения целей и решения задач, не предусмотренных ст. 2 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и т.п.»¹

«Представляется, что регламентированные Законом нормы о разрешении использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств только после их проверки в соответствии с действующим уголовно-процессуальным законодательством следует расценивать как возможность обеспечения процессуальных гарантий истинности получаемых таким путем фактических данных»².

Данный тезис подтверждается также п.п. 14 и 16 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия», согласно которому результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы в качестве доказательств по делам, когда они проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством, что неизбежно предполагает их процессуальное закрепление³.

Р.Х. Пардилов верно замечает, что законодатель не определил сущность и содержание отдельных оперативно-розыскных мероприятий, перечисленных в ч. 1 ст. 6 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности», в том числе оперативного эксперимента. Фактически установление правового содержания таких мероприятий, детальная регламентация их организации и порядка проведения «отданы на откуп» заинтересованным правоохранительным органам и ведомствам, уполномоченным на осуществление оперативно-розыскной деятельности⁴.

¹ Рыжаков А.П. Комментарий к инструкции о порядке предоставления результатов ОРД дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд // СПС «КонсультантПлюс».

² Стяжкин Ю.А. Некоторые актуальные вопросы использования и легализации органами предварительного следствия и суда результатов оперативно-розыскной деятельности // Российский следователь. 2006. № 4. С. 32—33.

³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1. С. 3 ; 2007. № 5. С. 15.

⁴ Пардилов Р.Х. О законодательном регулировании условий проведения оперативного эксперимента // Российский следователь. 2006. № 8. С. 44.

Применение провокационных приемов порой оправдывается необходимостью поиска и использования «нетрадиционных» средств и методов противодействия прогрессирующей социальной болезни — преступности¹.

Но еще Н.С. Таганцев справедливо высказывался по этому поводу: «Ссылка на служебные обязанности сама по себе несостоятельна уже потому, что никакой закон не уполномочивает и не может уполномочить кого-либо на подобную деятельность. Обязанность полиции состоит в раскрытии совершенных преступных деяний или в предупреждении готовящихся; но и в том, и в другом случае эта деятельность не имеет ничего общего с созданием новых преступлений или преступных попыток»².

При проведении оперативно-розыскных мероприятий оперативными сотрудниками владеет и желание разоблачить преступника, и служебное рвение, что нередко обуславливает применение метода «подталкивания» или провоцирования подозреваемого к совершению преступления³. Но это недопустимо ни при каких обстоятельствах.

1.2.3. Оперативный эксперимент и провокационные риски при его проведении

Оперативный эксперимент — одно из самых распространенных оперативно-розыскных мероприятий, предполагающее «моделирование определенных условий, благоприятствующих решению конкретных задач оперативно-розыскной деятельности. Речь идет об:

- установлении лиц, неизвестных оперативным подразделениям, тайно, с элементами маскировки совершающих опасные противоправные деяния, оставаясь при этом нераспознанными;

- определении намерений и действий граждан — объектов оперативной проверки или производства по делам оперативного учета за счет создания условий, позволяющих выявить эти намерения и действия»⁴.

Уже из смысла определения оперативного эксперимента, данного в милицеском учебнике («благоприятствующих решению конкретных

¹ Мастерков А.А. Уголовно-правовые и криминологические аспекты провокационной деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2000. С. 72.

² Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. М., 1994. С. 348—349.

³ Истомин А., Лопаткин Д. Провокация или изобличение преступника // Законность. 2005. № 3. С. 48.

⁴ Основы оперативно-розыскной деятельности: учебник для юридических вузов / под общ. ред. В.Б. Рушайло. СПб. МВД России. Санкт-Петербургский ун-т: Фонд «Университет», 2000. С. 382.

задач оперативно-розыскной деятельности», «определение намерений и действий граждан», «за счет создания условий») просматривается особый характер его проведения — на грани провокационных действий.

Оперативный эксперимент — очень сложное оперативно-розыскное мероприятие, которое в любую минуту может закончиться причинением вреда объекту оперативной заинтересованности и (или) трансформироваться в провокацию. Успешность его проведения зависит от правильной оценки и применения множества факторов, касающихся состояния проверяемого лица, подготовленности оперативных работников, организационной и технической оснащенности оперативного подразделения и т.д. Все это объясняет позицию законодателя о допустимости проведения оперативного эксперимента только в случаях, связанных с тяжкими и особо тяжкими преступлениями.

Оперативный эксперимент по своей сути напоминает следственный эксперимент как уголовно-процессуальное действие. Однако следственный эксперимент всегда направлен в прошлое и имеет своей целью проверку уже произошедшего события. Оперативный эксперимент по времени довольно часто проводится одновременно с совершением проверяемым лицом противоправных действий.

Согласно данным нашего исследования, примерно в 96% уголовных дел, связанных со взятками, в 48% уголовных дел, связанных с незаконным оборотом наркотиков и оружия, присутствуют материалы оперативных экспериментов.

В специальной литературе при рассмотрении различных аспектов оперативно-розыскной деятельности в определение оперативного эксперимента входит совокупность действий, заключающихся в активном наблюдении в управляемых и негласно контролируемых условиях за поведением лица. Ведется наблюдение за заподозренным в причастности к совершению тяжких и (или) особо тяжких преступлений во время проведения опытных действий, непосредственно не связанных с поведением лица, с целью получения оперативно значимой информации для проверки выдвинутых оперативно-розыскных версий¹.

Оперативный эксперимент — одно из самых распространенных оперативно-розыскных мероприятий, предполагающий «моделирование определенных условий, благоприятствующих решению конкретных задач оперативно-розыскной деятельности. Речь идет об:

¹ Дубягин Ю.П., Дубягина О.П., Михайлычев Е.А. Комментарий к Федеральному Закону «Об оперативно-розыскной деятельности» // СПС «КонсультантПлюс».

— установлении лиц, неизвестных оперативным подразделениям, тайно, с элементами маскировки, совершающих опасные противоправные деяния, оставаясь при этом нераспознанными;

— определении намерений и действий граждан — объектов оперативной проверки или производства по делам оперативного учета на счет создания условий, позволяющих выявить эти намерения и действия»¹.

Как видно из приведенного выше, для проведения эксперимента нужно создать хоть и управляемые, но все же условия для совершения преступления. В связи с этим особо важным и принципиальным становится вопрос о соблюдении границ между законными и провокационными действиями. Во избежание подобной ситуации следует разграничить эти действия по конкретным признакам.

Под признаки оперативного эксперимента нельзя подвести провокацию в качестве метода оперативно-розыскной деятельности. Как отмечает Б.В. Волженкин, оперативный эксперимент правомерен, когда субъект сам, без какой-либо инициативы со стороны лиц, пытающихся его уличить, начинает предварительную преступную деятельность, в которой его обоснованно подозревают и которую путем проведения оперативного эксперимента стремятся пресечь и этим же образом выявить преступника и раскрыть уже совершавшееся преступление².

Иначе говоря, проведение оперативного эксперимента должно быть продиктовано стремлением поставить под контроль, под непосредственное наблюдение правоохранительных органов уже начавшиеся процессы, связанные с посягательством на объект уголовно-правовой охраны, и в конечном итоге прервать их развитие. Пресечение незаконного оборота наркотиков с использованием оперативного эксперимента должно проводиться на основании информации, носящей отнюдь не предположительный характер. В иных случаях имеет место провокация преступления. Однако от провокации следует отличать предоставление возможности совершить преступление без элементов подстрекательства к нему.

Сложность выявления провокации при проведении оперативного эксперимента заключается в том, что сотрудники правоохранительных органов научились умело вуалировать свои действия.

В Советском районном суде г. Красноярска было рассмотрено с вынесением обвинительного приговора по ч. 2 ст. 228 УК РФ уголовное дело Черных А.В.

¹ Основы оперативно-розыскной деятельности: учебник для юрид. вузов / ред. В.Б. Рушайло. СПб., 2000. С. 382.

² Волженкин Б. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? С. 45.

Из материалов уголовного дела видно, что наркотики обвиняемому предложил приобрести мужчина, которого он ранее не видел и не знал. Как только Черных приобрел наркотик, прошел всего 20 метров по улице, его окликнул человек в штатском, который впоследствии оказался сотрудником милиции. Черных незаметно для окликнувшего выбросил пакетик с наркотиком. Но навстречу Черных шел еще один незнакомый ему человек. Оба незнакомых ему человека задержали его, и в отделении милиции Черных сразу же признался, что пакетик с наркотиком принадлежит ему. Незнакомое лицо, у которого Черных приобрел наркотик, естественно, установлено не было¹.

В показаниях подсудимого Петрова Д.В., осужденного все тем же Советским судом г. Красноярска по ч. 2 ст. 228 УК РФ, указано: «Я стоял на остановке. Ко мне подошел парень, которого я раньше никогда не видел, и предложил купить у него наркотик. Я приобрел у него наркотик на 3000 рублей. Затем поехал на машине на деловую встречу, а когда стал выходить из машины, то ко мне подошли два сотрудника милиции, которые обыскали автомобиль и под сиденьем нашли сверток. Я сказал сотрудникам, что сверток принадлежит мне, а вещество, находящееся в нем, является наркотиком»².

Таких дел, где наркотик предлагает приобрести «неизвестный человек», большое количество. В этих делах настораживает та быстрота, с которой сотрудники правоохранительных органов выявили и раскрыли данные преступления. Вполне вероятным представляется вывод, что «неизвестное лицо» является подставным и по договоренности с оперативными сотрудниками выполняет действия, провоцирующие к совершению преступления. Подобные мероприятия правоохранительных органов в служебно-оперативной документации оформляются как оперативный эксперимент. Поскольку эффективных способов защиты от подобных действий ни на законодательном уровне, ни в практике пока не выработано, то обвиняемые, подчас — и не без подсказки «милиейских адвокатов», как правило, соглашались на особый порядок судебного разбирательства, чтобы максимально сократить себе срок лишения свободы.

Ю.В. Астафьев, говоря о сложном характере оперативного эксперимента, требует конкретизации его правового понятия. Развивая эту мысль, он считает, что «нормы оперативно-розыскного и уголовно-процессуального права вообще не рассматривают сущность данного

¹ Уголовное дело № 16031883 // Архив Советского районного суда г. Красноярска. 2009 г.

² Уголовное дело № 14031367 // Архив Советского районного суда г. Красноярска. 2009 г.

мероприятия и особую значимость его результатов для всей последующей судьбы уголовного дела»¹.

Несомненно, что законодатель принял многочисленные пожелания и критику в адрес оперативных мероприятий, которые могут продуцировать преступление, и весьма однозначно обозначил, что органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается: подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (провокация)².

Большинство авторов полагают, что разграничение правомерных оперативных мероприятий и провокации преступления лежит в характере сведений, на основании которых осуществляются оперативно-розыскные мероприятия.

Так, В.П. Котин полагает, что «важным критерием разграничения провокации и правомерных действий является характер полученной информации, содержание которой и определяет правовые рамки и направление дальнейших действий спецслужб»³.

Оперативный эксперимент должен проводиться на основании информации, носящей отнюдь не предположительный характер⁴.

Некоторые сведения недостаточны для проведения оперативного эксперимента, поскольку не конкретизированы, но свидетельствуют о том, что определенный чиновник замечен в коррупции⁵.

При анализе вопроса о том, какие сведения (информацию) следует считать достаточными для проведения оперативного эксперимента, выявилось две противоположные позиции.

Так, В. Капканов, рассуждая над этим вопросом, приходит к выводу, что даже при наличии сведений о том, что чиновник систематически берет взятки, вопрос о проведении оперативного эксперимента не может быть поставлен до тех пор, пока не будет получена достоверная информация, свидетельствующая о приговoreнии этого чиновника к конкретному преступлению⁶.

¹ Астафьев Ю.В. Оперативный эксперимент и провокация: критерии разграничения // Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ): материалы междунаро. науч.-практич. конференции. Ч. 1. Екатеринбург, 2005. С. 53.

² Об оперативно-розыскной деятельности: ФЗ от 12.08.1995 № 144-ФЗ (ред. от 26.12.2008) // СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3349; 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6248.

³ Котин В.П. Указ. соч. С. 85.

⁴ Курченко В. Указ. соч. С. 11.

⁵ Капканов В. Там же. С. 118.

⁶ Там же.

На подобной позиции стоит Ю.В. Астафьев, который считает, что основанием для проведения оперативного эксперимента должны стать лишь обоснованные предположения о наличии в действиях лица признаков реального противоправного поведения или конкретного и направленного умысла на совершение преступления¹. Для того чтобы основания приобрели статус конкретности, Ю.В. Астафьев предлагает проверять их с использованием иных оперативно-розыскных мероприятий (наблюдения, контроля телефонных и иных переговоров, опроса заявителей).

Разделяя указанную позицию, В. Капканов указывает, что «для законного проведения оперативных мероприятий необходим источник получения информации. Сведения об источнике должны содержаться в материалах оперативной проверки. В противном случае будет всегда иметься возможность для произвола со стороны правоохранительных органов»².

В частности, А.Г. Маркушин вполне уместно акцентирует внимание на том, что «сведения о подготавливаемом или совершаемом преступлении в любом случае должны присутствовать в материалах уголовного дела в виде заявления потерпевшего, рапорта оперативного работника или иных предусмотренных нормативными актами форм. При этом данные документы должны быть зарегистрированы в установленном нормативном порядке до проведения оперативно-розыскных мероприятий»³.

Противоположную позицию занимает П.С. Яни, который полагает, что возможно проведение оперативного мероприятия в отношении чиновника в отсутствии сведений о совершении этим чиновником коррупционных преступлений, так как, «предположим, никакой информацией о том, что чиновник берет взятки, уполномоченные на проведение оперативных мероприятий сотрудники правоохранительных органов не располагают, но допустим, они получают задание руководства «проверить на честность» работника некоего ведомства»⁴.

Более законной и обоснованной представляется первая позиция, так как указанные оперативные сотрудники, «проверяя на честность», сами

¹ Астафьев Ю.В. Оперативный эксперимент и провокация: критерии разграничения. С. 52.

² Капканов В. Указ соч. С. 119.

³ Маркушин А.Г. Оперативно-розыскная деятельность — необходимость и законность. Н.Новгород, 1997. С. 160—161.

⁴ Яни П.С. «Проверка на честность» или уголовно правовые основания выявления взяточничества. Законность. 2007. № 1. С. 18.

совершают должностное преступление, поскольку нарушают требования ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

Исходя из закона возможны два варианта получения указанных сведений — из заявления гражданина и иных источников (ст. 140 УПК РФ). Заявление может быть сделано как в устном, так и письменном виде. Согласно инструкции «О едином учете преступлений», утвержденной совместным приказом № 39/1070 от 29 декабря 2005 г., в правоохранительных органах организован круглосуточный прием заявлений и сообщений о происшествиях.

«Граждане, желающие обратиться с заявлением о фактах коррупции, принимаются соответствующими оперативными работниками отделов собственной безопасности, по борьбе с коррупцией, контрольно-профилактических отделов. Если в заявлении содержатся достаточные данные, свидетельствующие о факте приготовления должностного лица к совершению коррупционного преступления, выносится постановление о проведении оперативного эксперимента, утверждаемое руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. К проведению оперативного эксперимента привлекаются «представители общественности» (по сути дела — понятые), денежные средства помечаются, переговоры с коррупционером фиксируются с помощью аудио- или видеозаписи»¹. Наряду с этими подготовительными действиями получается согласие на участие в оперативном мероприятии заявителя, либо это делает один из оперативных сотрудников.

Большинство ученых и практикующих юристов характерной чертой законного проведения оперативного эксперимента признают невмешательство сотрудников правоохранительных органов (несовершение ими каких-либо активных действий) в развитие и протекание образующейся или сложившейся преступной обстановки.

Безусловно, что определенные этапы преступной деятельности благодаря профессионализму сотрудников спецслужб государства идут под их пассивным контролем и в нужный момент они или пресекают преступление, или получают неопровержимый доказательственный материал как продукт законно проведенного оперативно-розыскного мероприятия.

В.Д. Иванов полагает, что проведение оперативного эксперимента возможно лишь в случаях, когда сотрудникам оперативных аппаратов стало известно о подготовке либо уже о начале совершения преступления, при этом у разрабатываемых лиц при проведении оперативного эксперимента должна оставаться свобода выбора между противоправ-

¹ Капканов В. Указ. соч. С. 119.

ным и законопослушным поведением. В связи с этим проведение инициативных действий со стороны сотрудников оперативных аппаратов, а также сотрудничающих с ними граждан, не допускается¹.

Аналогичной позиции придерживаются и другие авторы. К примеру, В. Курченко, отграничивая провокацию от действий при пресечении преступлений, отмечает: «Главный вопрос здесь — от кого исходит инициатива. Например, если заподозренное лицо само требует, тем более вымогает взятку без какого-либо провоцирующего вмешательства, совершает действия, направленные на ее получение, то последующая деятельность оперативных работников правомерна. Совсем другое дело, когда в ходе оперативно-розыскного мероприятия лицу, заподозренному в преступной деятельности, различными способами предлагают либо даже навязывают взятку, создают условия, способствующие ее вручению, даже если лицо само никаких действий, направленных на получение взятки, не совершает.

В подобных случаях оперативно-розыскное мероприятие проводится, так сказать, на грани преступления, и добытые с его помощью доказательства могут рассматриваться как полученные с нарушением закона»².

Б.В. Волженкин указывает, что оперативный эксперимент правомерен, когда субъект сам, без какой-либо инициативы со стороны лиц, пытающихся его уличить, начинает предварительную преступную деятельность, в которой его обоснованно подозревают и которую путем проведения оперативного эксперимента стремятся пресечь и этим же образом выявить преступника и раскрыть уже совершившееся преступление³.

В обоснование этой позиции почти все приводят «классический» пример, связанный с деятельностью сотрудников собственной безопасности, которые борются с коррупционерами и недобросовестными сотрудниками ГИБДД. Так, замаскированный сотрудник собственной безопасности специально на глазах у офицера ГИБДД нарушает правила дорожного движения, а когда последний останавливает его, упрощает не применять предусмотренных законом мер. Офицер ГИБДД соглашается и просит за это вознаграждение. Одна группа ученых считает, что если в данной ситуации проверяющий сам предлагает деньги, то это провокация⁴.

¹ Иванов В. Провокация или правомерная деятельность. С. 36.

² Курченко В. Указ. соч. С. 10.

³ Волженкин Б.В. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? С. 44.

⁴ Волженкин Б.В. Там же. С. 44 ; Горелик А.С. Провокация как метод борьбы с преступностью: моральные и юридические аспекты // Сб. науч. статей. Красноярск, 2001. С. 71 ; Яни П.С. Указ. соч. С. 33 ; Истомин А., Лопаткин Д. Указ. соч. С. 38.

Но если деньги требует инспектор, то этот факт нужно зафиксировать и использовать в качестве основания привлечения к ответственности.

А.С. Горелик, А. Истомин, Д. Лопаткин, В. Капканов в своих работах решающим критерием разграничения провокации и правомерного оперативного эксперимента называли то, от кого исходила инициатива в совершении преступления. Они полагали, что если инициатором был преступник, то проведение оперативных мер по его изобличению представляет собой нормальный способ борьбы с преступностью. Если же инициатива исходит от работников правоприменительных органов, то налицо незаконная провокация, создатели которой подлежат ответственности¹.

Н. Егорова, явно защищая интересы оперативных работников, вообще не видит каких-либо серьезных преград для проведения оперативного эксперимента и полагает, что такого рода действия могут совершаться в ситуации крайней необходимости, оперативный эксперимент допустим только для проявления преступных намерений лиц, обоснованно подозреваемых в принадлежности к организованной группе, преступному сообществу, а также для обнаружения возможных объектов посягательства в целях своевременного выявления, предупреждения, пресечения, раскрытия преступлений либо снижения их общественной опасности и возможного вреда².

В.И. Михайлов полагает, что «оперативная и судебно-следственная практика, научные исследования свидетельствуют, что в борьбе с преступностью вред как крайняя вынужденная мера правомерно причиняется в ходе освобождения заложников, прослушивания телефонных переговоров, проведения проверочной закупки, контролируемой поставки, оперативного эксперимента и других оперативно-розыскных мероприятий»³.

Получается, что если оперативный эксперимент признать обстоятельством, исключающим преступность деяния, то окончательно потеряется та грань между правомерными действиями при проведении оперативного эксперимента и провокацией преступления, которую желает обнаружить и в конечном счете установить ученая общественность и практикующие юристы. Если рассуждать еще дальше, то получится, что все мероприятия, проводимые в рамках оперативного эксперимента, будут признаны законным и обоснованным устранением

¹ Горелик А.С. Указ. соч. С. 75 ; Истомин А., Лопаткин Д. Указ. соч. С. 38 ; Капканов В. Указ. соч. С. 118.

² Егорова Н. Указ. соч. С. 48.

³ Михайлов В.И. Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в уголовном законодательстве государств СНГ // Законодательство. 2003. № 7. С. 75.

возможной угрозы общественной безопасности якобы ликвидированного преступного намерения лица.

Ю.П. Гармаев и В.А. Фалеев ратуют за проведение того же самого оперативного эксперимента, только без ожидания стороннего заявителя, а по инициативе, но без провокации самих органов — субъектов оперативно-розыскной деятельности. В рамках такого оперативно-розыскного мероприятия передача предмета взятки осуществляется «легендированным» оперативным сотрудником или лицом, оказывающим негласное содействие. Но все же инициативность в деятельности оперативных работников данными учеными не приветствуется¹.

Следует признать, что апологеты «контролируемого предложения взятки должностному лицу» сотрудниками правоохранительных органов, иначе говоря, провокации получения взятки нередко ссылаются на зарубежную практику. Здесь не все так просто. «Например, уголовные кодексы ряда штатов США, с одной стороны, запрещают так называемое «вовлечение в ловушку», когда с целью получения доказательств совершения преступления публичное должностное лицо или лицо, действующее совместно с ним, побуждает или поощряет другое лицо к совершению преступления, но в то же время разрешают подобную деятельность в отношении тех, кто уже был «готов», «склонен» совершить соответствующее преступление. Поведение, которым лицу просто предоставляется возможность совершить посягательство, не рассматривается как «вовлечение в ловушку»².

«Вряд ли столь неопределенные, «резиновые» понятия — «готовность», «склонность» и т.п., не имеющие никаких объективных критериев, могут служить образцом для использования чего-то подобного в отечественном законодательстве. Известно, что значительная часть оперативных работников весьма своеобразно относится к соблюдению принципов законности и прав человека и нередко готова пожертвовать законностью ради субъективно понимаемой целесообразности. Можно представить, как широко будут толковаться этими работниками понятия «готовности» и «склонности» к совершению преступления, появившись они в законодательстве. Почему бы не использовать провокацию для выявления лиц, «склонных» совершить государственную измену, сексуальные преступления, хищения чужого имущества и т.д., подстрекая их к этим действиям?»³

¹ Гармаев Ю.П., Фалилев В.А. Оперативный эксперимент по делам о получении взятки: правила проведения, исключаящие провокацию // СПС «КонсультантПлюс».

² Волженкин Б.В. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? С. 60.

³ Там же. С. 61.

В. Борков полагает, что при проведении оперативного эксперимента важно, чтобы именно чиновник выступил инициатором взяточничества, поэтому выражение участниками оперативного эксперимента одной лишь заинтересованности в употреблении проверяемым предоставленных ему полномочий не образует подстрекательства к получению взятки¹.

Ю.В. Астафьев в проведении оперативного эксперимента видит пограничную ситуацию между психологическим давлением на граждан с отклоняющимся поведением и психологическим воздействием на них. Психологическое же давление по своей сути лишает гражданина свободы воли и приводит не к предотвращению преступления, а к его появлению². Но не всегда волю лица, которое провоцируют на совершение преступления, подавляют и заставляют совершать данное деяние под некой неосознанной волей. Психологическое давление присутствует лишь при насильственном способе провокации, когда у провоцируемого не остается выбора, иного варианта поведения в сложившихся обстоятельствах.

К.К. Горяинов и В.С. Овчинский отмечают, что «допуская возможность совершения взяточничества, мы тем самым не создаем искусственных условий, способствующих предложению или получению взятки, не провоцируем эти действия, а создаем предпосылки для обнаружения уже имевших место фактов вымогательства взятки. Иными словами, такие действия не отражаются на решимости подозреваемых совершить преступление вообще. Создается лишь модель реальной ситуации, что позволяет взять под контроль ее развитие, получить изобличающие доказательства, задержать разрабатываемого с личным»³.

В Постановлении Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2000 года № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» была высказана однозначная позиция, согласно которой «не является провокацией взятки или коммерческого подкупа проведение предусмотренного законодательством оперативно-розыскного мероприятия в связи с проверкой заявления о вымогательстве взятки или имущественного вознаграждения при коммерческом подкупе»⁴.

¹ Борков В. Провокация взятки или допустимый оперативный эксперимент // Уголовное право. 2004. № 1. С. 15.

² Астафьев Ю.В. Оперативный эксперимент и провокация: критерии разграничения. С. 52.

³ Оперативно-розыскная деятельность: учебник / ред. К.К. Горяинов и др. М., 2004. С. 386.

⁴ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 5. С. 3—12.

Таким образом, высшая судебная инстанция весьма ограничила рамки возможного проведения данного мероприятия, пояснив, что законным и обоснованным будет лишь мероприятие по проверке заявления о вымогательстве, и предлагает компетентным органам занять пассивную позицию и ждать заявления от лица, у которого недобросовестный чиновник вымогает взятку. Даже если у этих органов появится информация в отношении конкретного лица о совершении им преступления или о подготовке к его совершению, то проведение оперативно-розыскного мероприятия невозможно без заявления лица, у которого происходит вымогательство взятки.

П.С. Яни находит легальный выход из сложившейся ситуации, заявляя, что «исследователи почему-то игнорируют иные основания проведения оперативных мероприятий, а именно основания, названные в п.п. 2 п. 2 ч. 1 ст. 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», где они определены так: ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведения о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации. В этом подпункте речь идет о таких случаях, которые, по определению, не охватываются предыдущим подпунктом соответствующих пункта и части ст. 7 Закона»¹.

В этом случае путем оперативных мероприятий, когда чиновника, в отношении которого есть информация о коррупционном характере его деятельности, «проверяют на честность», оперативные службы предотвращают возможную угрозу государственной безопасности. Об угрозе взяточничества именно этому виду безопасности свидетельствует понимание законодателем родового объекта получения взятки, определенного в наименовании раздела X Уголовного кодекса Российской Федерации как «государственная власть»: инициативное выявление взяточничества защищает отношения в сфере реализации полномочий органов государственной власти и тем предотвращает угрозу государственной безопасности.

К тому же законодатель установил, что проведение оперативного эксперимента допускается только в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступления средней тяжести, тяжкого или особо тяжкого преступления, а также в целях выявления и установления лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших².

¹ Яни П.С. Указ. соч. С. 33—34.

² Об оперативно-розыскной деятельности: ФЗ от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ (ред. от 26.12.2008) // СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3349; 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6248.

Разделяет данную точку зрения и В. Борков, указывая, что если должностное лицо заявило о готовности содействовать реализации законных интересов обратившегося, но не бескорыстно, то это обстоятельство характеризует его как постоянный источник общественной опасности. Вместе с тем повышенная опасность посягательства на авторитет государственной власти и фактическая объективизация намерений чиновника, выраженная в получении вознаграждения, позволяют констатировать законность и допустимость оперативного эксперимента¹.

Таким образом, в теории и практике сложились неоднозначные подходы при разграничении оперативного эксперимента как законного оперативно-розыскного мероприятия и оперативного эксперимента, основанного на провокации. В заключительной главе будет продолжено рассмотрение проблем, связанных с проведением оперативного эксперимента, когда будет идти речь о применении так называемых «ловушек» в оперативно-розыскной деятельности.

1.2.4. Проверочная закупка и провокационные риски при ее проведении

Провокация в уголовно-процессуальное поле может просочиться и через такое оперативно-розыскное мероприятие, как проверочная закупка.

В практике правоохранительных органов под проверочной закупкой принято понимать «оперативно-розыскное мероприятие, в рамках которого с ведома и под контролем органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, допускается возмездное приобретение (закупка) товаров, ценностей, предметов, веществ, продукции, инструментов или оборудования, прежде всего тех, свободная реализация которых запрещена или оборот которых ограничен, в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений, а также выявления и установления лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших их»².

В милицеском учебнике проверочная закупка представлена как провокационное мероприятие.

«Предметы, вещества и иные объекты, являющиеся носителями оперативно-розыскной информации, могут находиться в легальном обороте или сбываться на так называемых «черных» рынках, а также отдельным лицам, изъявляющим желание купить наркотики, оружие,

¹ Борков В. Указ. соч. С. 14—15.

² Михайлов В.И. Вопросы правового регулирования проверочной закупки // Наркоконтроль. 2006. № 1. С. 21.

драгоценности и иные предметы, изъятые из гражданского оборота или оборот которых ограничен. Для получения этих вещей, предметов, веществ сотрудники оперативных подразделений непосредственно, а по их поручению иные должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, граждане, открыто или конфиденциально содействующие оперативным подразделениям, могут заключить сделки по их приобретению¹.

По данным нашего исследования, в 84% уголовных дел, связанных с незаконным оборотом наркотиков, имеются материалы проверочных закупок.

Проверочная закупка для оперативных работников — важное действие при установлении признаков экономических преступлений; преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных препаратов; преступлений, связанных с незаконным приобретением, продажей и хранением огнестрельного оружия и взрывчатых веществ и др.

Верховный Суд РФ в Постановлении от 15.06.2006 № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами» указывает на то, что если в материалах уголовного дела имеются данные об осуществлении проверочной закупки наркотических средств или психотропных веществ, судам следует иметь в виду, что необходимыми условиями законности ее проведения являются соблюдение оснований для проведения оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных статьей 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», и требований части 7 статьи 8 указанного Федерального закона, в соответствии с которыми проверочная закупка веществ, свободная реализация которых запрещена, проводится на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

Высшая судебная инстанция государства делает очень важное замечание, что результаты оперативно-розыскного мероприятия могут быть положены в основу приговора, если они получены в соответствии с требованиями закона и свидетельствуют о наличии у виновного умысла на незаконный оборот наркотических средств или психотропных веществ, сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений, а также о проведении лицом всех подго-

¹ Основы оперативно-розыскной деятельности: учебник для юридических вузов / под общ. ред. В.Б. Рушайло. СПб. МВД России. Санкт-Петербургский ун-т: Фонд «Университет», 2000. С. 407.

товительных действий, необходимых для совершения противоправного деяния¹.

На примере «спиртовых дел» (ст. 238 УК РФ) можно показать, насколько тонкие грани между законными оперативно-розыскными действиями и провокацией. Тем более что по этой категории уголовных дел материалы проверочных закупок присутствуют практически всегда.

В одном из районов Красноярска в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия — проверочной закупки закупщиком Киреевой у гражданки Ларкиной — был приобретен спирт, опасный для жизни и здоровья человека. Сотрудники отдела борьбы с экономической преступностью (ОБЭП) РУВД города давно имели информацию о торговле некачественной спиртосодержащей продукцией по адресу, где проживала Ларкина.

В качестве закупщика и двух понятых для осмотра места происшествия сотрудники ОБЭП привлекли граждан, «содействующих органам, проводящим оперативно-розыскную деятельность» — Кирееву, Горецкого и Гельгорна, не работающих и страдающих алкоголизмом. Данные лица проживали в одной квартире, что значительно облегчало мобилизацию этой группы провокаторов для проведения оперативно-розыскного мероприятия и вызова к следователю. Неудивительно, что фамилии «Киреева», «Горецкий», «Гельгорн» встретились затем при изучении не менее десятка и других «спиртовых» уголовных дел.

Итак, после проведения проверочной закупки сотрудники ОБЭП с заранее подготовленными понятыми зашли в квартиру Ларкиной и с ее согласия провели осмотр места происшествия в жилом доме, в ходе которого изъяли не проданный ею спирт. Внешне все, казалось бы, безукоризненно.

Следующее уголовное дело почти аналогично предыдущему. Проверочная закупка спирта проводилась у гражданки Зверевой. Только закупщиком на этот раз был Гельгорн, а Киреева и Горецкий, соответственно, были затем понятыми при осмотре места происшествия.

Но у данного уголовного дела есть существенное отличие от предыдущего. Закупщик Гельгорн долго уговаривал Звереву продать ему спирт, после того как поначалу она отказывалась сделать это. Об этом факте свидетельствует содержание аудиокассеты, на которую оперативниками записывался разговор закупщика с продавцом спирта — Гельгорн

¹ О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14 // Российская газета. 2006. 28 июня.

упорно и с применением ненормативной лексики уговаривал Звереву продать ему «денатурат». Не провокация ли это?

Странно, но расследование спиртовых дел законодатель поручил следователям Следственного Комитета при Прокуратуре РФ, хотя это преступление не относится к категории тяжких или особо тяжких; не требуется и каких-то особых интеллектуальных, организационных, технических затрат на расследования этих преступлений, в то время как следственный аппарат при прокуратуре по логике своей предназначен для расследования трудоемких и сложных уголовных дел.

Непосредственно раскрытием незаконной торговли денатурированным спиртом занимаются оперативные сотрудники МВД России. Главным оперативно-розыскным мероприятием при работе над раскрытием спиртоторговли является проверочная закупка. Под нее обычно и маскируется провокация.

Проверочная закупка товара происходит гласно с зашифровкой ее сути от изучаемого лица (под видом обычной покупки товара). Кроме того, в этом оперативно-розыскном мероприятии используются финансовые средства, которые выделяются в установленном актом оперативно-розыскного органа порядке. Субъектом проведения рассматриваемого оперативно-розыскного мероприятия является либо оперативник, либо действующий по его поручению агент — лицо, содействующее органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность¹.

После проверочной закупки оперативные работники немедленно осуществляют осмотр места происшествия — такое право на проведение неотложных следственных действий, в том числе на осмотр места происшествия даже до возбуждения уголовного дела, законодатель им предоставил (ст. 157 УПК РФ). Основная цель осмотра — обнаружить денатурированный спирт у лица, у которого проводилась проверочная закупка. Такое лицо в силу различных причин, как правило, не возражает против проведения осмотра в своем жилище. Изъятый при осмотре спирт впоследствии является важным вещественным доказательством по уголовному делу.

Далее после возбуждения уголовного дела понятые и, как правило, закупщик, особенно если он не оперативник, допрашиваются в качестве свидетелей; продавец спирта привлекается к уголовной ответственности с квалификацией его деяния через ст. 30 УК РФ, допрашивается. Показания указанных выше лиц наряду с вещественными доказатель-

¹ Шумилов А.Ю. Комментарий к Федеральному Закону «Об оперативно-розыскной деятельности». М., 2004. С. 72.

ствами — «помеченными» (описанными, отскрокопированными, сфотографированными) деньгами закупащика (в копиях, фотографиях, сделанных перед закупкой, а также в подлинном виде, если удалось изъять полученные при закупке деньги у продавца спирта при осмотре места происшествия), изъятый спирт — вот основная совокупность доказательств по «спиртовым» делам.

Внешне — все просто. Но провокационная составляющая в таких делах видна невооруженным глазом. Поэтому ниже сделана попытка привести некоторые идеальные примеры непровокационной оперативно-розыскной деятельности.

1.2.5. Идеальные схемы осуществления оперативно-розыскной деятельности, исключающие провокационные риски

Непровокационная (идеальная) схема выявления, пресечения, предупреждения, раскрытия и расследования преступлений должна выглядеть следующим образом.

К примеру, проверочная закупка с использованием «условного покупателя» (будь то оперативный сотрудник или конфидент) и выделенных на это оперативно-розыскное мероприятие государственных денег должна проводиться исключительно с разведывательной целью, чтобы, как указывалось выше, у правоохранительных органов «обоснованное подозрение в отношении лица» было процессуально документировано. Важно, чтобы ход этой «оперативной игры» конспиративно записывался на аудиокассету или даже с использованием скрытой оперативной видеосъемки — прослушивание аудиозаписи, просмотр видеосъемки с достоверностью могут исключить или подтвердить элементы провокации в поведении, действиях, разговоре закупащика.

Положительные результаты проведенной разведки позволят провести другое оперативно-розыскное мероприятие — наблюдение за помещением, в котором происходит незаконная продажа спирта, наркотиков, оружия и т.п. В ходе наблюдения вполне можно использовать оперативную видеосъемку, технически снимать голосовую и иную информацию о происходящем в помещении.

И когда в орбиту наблюдения попадет не условный, а реальный покупатель незаконной продукции, оперативные сотрудники после произведенной таким покупателем незаконной сделки могут профессионально задержать его с поличным, в том числе с использованием видеозаписи такого задержания. А далее — осмотр помещения торговца криминальным товаром и т.п.

Именно все это и есть — «честный детектив» без каких-либо намеков на провокацию.

Нет, было бы неправильно выступать против использования современных тактических, технических, оперативно-розыскных методов борьбы с преступностью в раскрытии и расследовании преступлений. Однако надо определиться с критериями законности и допустимости использования этих методов.

Основное требование к спецслужбам при применении этих методов — с их стороны не должно быть никаких действий, которые прямо или косвенно подтолкнули бы лицо к совершению преступления под контролем спецслужб для последующего наказания виновных в уголовном порядке. И тогда все сразу становится ясным:

- Контроль и запись переговоров — почему законны? Применяя их, должностные лица занимают пассивную позицию, и процесс подготовки и совершения преступления идет без вмешательства извне, но под контролем государства, которое или пресекает преступную деятельность, или получает неопровержимые доказательства ее наличия.

- Видеосъемка скрытой камерой, операции с «мечеными деньгами» (при взятках, при требованиях выкупа заложников и т.д.) — когда законны? Опять же, когда, применяя их, должностные лица государства занимают позицию наблюдателей со стороны, активно не вмешивающихся в процесс подготовки и совершения преступления, «не подсовывающих» преступникам «игрушечных» потерпевших (это реальные потерпевшие от взяткымогателей, от похитителей человека и т.п.).

Однако определенные этапы преступной деятельности благодаря профессионализму сотрудников спецслужб государства идут под их пассивным контролем, но в нужный момент они или пресекают преступление, или получают неопровержимый доказательственный материал как продукт законно проведенного оперативно-розыскного мероприятия.

- Проверочная закупка (в советские времена это процессуальное действие более точно называлось «контрольный закуп») тогда законна, когда покупку у заподозренного лица делает обычный, рядовой покупатель, а не подставной, «игрушечный», но результат покупки после слов «проверочная (контрольная) закупка» рассматривается уже с участием оперативных работников, понятых, потерпевшего, свидетелей и всех заинтересованных лиц (продавца, его хозяина и т.п.).

В ситуации с проверочной закупкой нежелательно использовать «игрушечного» покупателя, даже если он выступает в роли обычного покупателя и продавец продает ему товар в обычном порядке, так как он не является настоящим покупателем.

Только покупка, проведенная настоящим покупателем у настоящего продавца, заснятая скрытой камерой, и «взятие с поличным» — не есть провокация. Такое процессуальное действие однозначно ведет к возбуждению уголовного преследования прежде всего в отношении продавца. И подобное оперативное мероприятие можно и нужно проводить по наркотикам и другим делам.

Именно при таких условиях уголовный процесс на досудебных стадиях можно воспринять как справедливый и законный со стороны государства, в определенном смысле — нравственный и интеллигентный. Тогда и следователь, и прокурор, и судья не будут представляться или ощущать себя «куклами», перед которыми проходят якобы «преступление и преступник», «жертва», которые якобы по всем канонам УПК РФ проводят расследование и судебное разбирательство этих «дел», назначая подчас очень строгие наказания.

Уголовные дела, имеющие провокационную природу, таят в себе большую опасность следственных, прокурорских, судебных ошибок из-за своей искусственности, неполной «настоящности».

Не будучи ретроградами, но все же исходя из государственной задачи борьбы с преступностью можно было бы допустить по отношению к контингенту, имеющему криминогенные установки, «оперативные игры», очень похожие на провокации, назвав их, к примеру, «блокирующие преступность мероприятия», «превентивные мероприятия» и т.п., но при одном очень важном условии: последствиями этих мероприятий не могут быть уголовные наказания.

Если законодатель допустит проведение таких превентивных мероприятий, он должен будет предусмотреть по образцу производства о применении принудительных мер медицинского характера (гл. 51 УПК РФ) — производство о применении принудительных мер безопасности.

Теоретические разработки по мерам безопасности в уголовном праве уже имеются и представляют собой серьезные научные исследования и обоснования, опирающиеся на положительный опыт зарубежных стран, в том числе Германии¹.

¹ См., например: Щедрин Н.В. Меры безопасности: развитие теории, отличительные признаки и классификация // Правоведение. 1994. № 4. С. 91—95; Щедрин Н.В. Основания мер безопасности // Современные проблемы уголовного, процесса и криминалистики. М.—Кемерово, 1996. С. 57—67; Щедрин Н.В. Меры безопасности (защиты) в уголовном праве // Уголовное право и современность. Вып. 2. Красноярск, 1998. С. 52—63; Щедрин Н.В. Основные классификации мер безопасности // Актуальные проблемы правоведения в современный период. Ч. 3. Томск, 1998. С. 3—4; Щедрин Н.В. Введение в правовую теорию мер безопасности. Красноярск, 2000. 179 с.

Применение таких мер безопасности в уголовно-правовой практике России предоставляется достаточно актуальным, но об этом — в следующей главе.

Проанализировав приведенные позиции и толкования законодательных и ведомственных нормативных актов, можно констатировать следующее:

1. Если умысел на совершение преступления сформировался исключительно в результате конкретных действий сотрудников правоохранительных органов, — налицо провокация преступления.

2. Если не было достаточных сведений (информации), на основании которых проводились оперативно-розыскные мероприятия, — налицо провокация преступления.

3. Если действия сотрудников правоохранительных органов носили исключительно активный характер, — то это провокация преступления.

4. Доказательства, основанные на результатах оперативно-розыскных мероприятий, добытых при помощи провокации, должны признаваться недопустимыми (ст. 75 УПК РФ).

5. При проведении оперативно-розыскных мероприятий изучаемое или проверяемое лицо совершает действия в соответствии со своими внутренними убеждениями, замыслами и планами и вправе добровольно отказаться от доведения преступления до конца.

6. При проведении оперативно-розыскных мероприятий должны отсутствовать признаки подстрекательства к преступлению (ч. 4 ст. 33 УК РФ), под которым понимаются активные действия, связанные с уговором, подкупом, угрозой, направленные на возбуждение у исполнителя решимости совершить конкретное преступление.

1.3. Причины провокационной деятельности оперативных сотрудников

В современный период закономерно увеличивается количество корыстных преступлений, общественно опасных деяний, связанных с оборотом наркотиков, оружия, против личности, а также коррупционных преступлений. «Несмотря на предпринимаемые меры, коррупция, являясь неизбежным следствием избыточного администрирования со стороны государства, по-прежнему серьезно затрудняет нормальное функционирование всех общественных механизмов, препятствует проведению социальных преобразований и повышению эффективности

национальной экономики, вызывает в российском обществе серьезную тревогу и недоверие к государственным институтам, создает негативный имидж России на международной арене и правомерно рассматривается как одна из угроз безопасности Российской Федерации»¹.

Стремясь как можно быстрее расследовать и повысить показатели в данной сфере, сотрудники уголовной юстиции подчас попирают права и законные интересы граждан, заподозренных в совершении преступлений.

Конечно, ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» обозначил, что подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме, то есть провоцировать к совершению противоправных действий субъектам, производящим оперативно-розыскную деятельность, запрещено. Но никаких серьезных правовых последствий закон для провокаторов не предусматривает.

Интересным представляется мнение Ю. Костанова, заявляющего, что «провокация взятки, как и любое противозаконное явление, становится возможной там, где плохо выполняются законы и не применяются специальные юридические знания. Если бы следователи добросовестно выполняли то, что им предписано законом, таких случаев было бы гораздо меньше. На практике в большинстве ситуаций, где речь идет о возможном совершении преступления, если это не убийство, следователь быстренько протоколирует заявление, возбуждает дело — и в суд»².

Действительно, поражает скорость, с которой обнаруживаются и тут же раскрываются преступления, выявленные по провокационной технологии. А ведь следователь — это именно тот субъект уголовно-процессуальной деятельности, который обязан оценивать и проверять всеми доступными средствами поступившие к нему доказательства на предмет их относимости, допустимости и достоверности. Если он этого не сделал, то следственная ошибка, допущенная на стадии предварительного расследования, может переключиться в судебную, и невиновный человек будет отбывать уголовное наказание, в большинстве случаев — реальное лишение свободы.

Стремление любой ценой раскрыть преступление и выдерживать заданные параметры ведомственной оценки служебной деятельности оперативно-розыскных подразделений, в том числе используя и провокационные методы работы, попирает одно из важнейших назначений

¹ Национальный план противодействия коррупции от 31.07.2008 // URL://<http://kremlin.ru/text/docs/2008/07/204857.shtml>

² Костанов Ю. Взятка как провокация // Российская газета. 2009. 13 января.

уголовного судопроизводства — создание условий для формирования перед обществом ответственности у лица, совершившего преступление¹.

Как можно достичь цели формирования уголовной ответственности у правонарушителя, провоцируя его от имени государства к совершению преступления? Есть немало нравственно нестойких людей, которые не решились бы совершить преступления по собственной инициативе, если их к этому не подталкивать, склонять, уговаривать, соблазнять, создавать соответствующую обстановку и т.п., а именно это и делает провокатор, выступающий, по сути дела, подстрекателем к совершению преступления.

Причинами существования провокации взятки либо коммерческого подкупа С.А. Бабыч называет «низкую эффективность деятельности правоохранительных органов и несовершенство уголовно-правовой нормы, устанавливающей ответственность за данный вид преступления; омоложение корпуса следователей прокуратуры и ОВД, нарушение оптимального соотношения молодых и опытных кадров по возрасту и, особенно, по стажу работы в должности; наличие у части сотрудников таких негативных тенденций, как процессуальный нигилизм и упрощенчество, при доказывании приводят к одностороннему и неполному расследованию уголовных дел, нарушению уголовного и уголовно-процессуального законодательства»².

Многим провоцирующим преступления правоприменителям выгодно показать необходимость своего существования и «высокий уровень компетенции».

Провокация выгодна и тем, кто призван по долгу службы руководить правоохранительной системой или осуществлять контроль за ней. Как совершенно верно указывает Ю.И. Кулешов, «ряд руководителей органов внутренних дел в погоне за высокими показателями, не отражающими истинного положения дел в борьбе с преступностью, не останавливаются даже перед совершением преступлений против правосудия, не говоря уже о либеральном отношении к «творчеству» подчиненных»³.

¹ Барабаш А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. СПб., 2005. С. 133—150.

² Бабыч С.А. Провокация взятки либо коммерческого подкупа: уголовно-правовые и криминологические аспекты (электронный ресурс): дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 70.

³ Кулешов Ю.И. Уголовная ответственность должностных лиц органов внутренних дел за преступления против правосудия. Хабаровск, 1988. С. 66.

Возможно, дело здесь и в исконно русской ментальной покорности человека перед судьбой, подкрепленной его неверием в справедливость правоохранительной системы.

Ф.М. Лурье считал, что «провокация распространилась и прижилась в России благодаря отсутствию общественного правосознания у широких масс населения»¹. Действительно, спровоцированный на преступление человек, даже понимая, что в отношении его совершена провокация, вряд ли станет жаловаться на это обстоятельство, считая (не без оснований), что он сам виноват в содеянном и что ссылки на незаконность применявшихся правоприменительными службами методов не улучшат его положения.

Говоря о причинах провокационных действий сотрудников правоохранительных органов, необходимо иметь в виду и такие факторы в их деятельности:

- 1) недостаточный, а подчас и гипертрофированный контроль со стороны ведомственных руководителей;
- 2) упущения в прокурорском надзоре за исполнением законов;
- 3) отсутствие у сотрудников правоохранительных органов необходимых профессиональных познаний и навыков в работе;
- 4) пренебрежительно-нигилистическое отношение сотрудников к выполнению предписаний закона;
- 5) обвинительный уклон, неkritичность и самонадеянность сотрудников при принятии процессуальных решений, при оценке полученных доказательств;
- 6) недобросовестное отношение сотрудников к выполнению служебного долга.

Ю.В. Астафьев также обращает внимание на то обстоятельство, что «длительный период правового бесправия российских граждан породил отсутствие у них веры в возможность судебным порядком пресечь государственный произвол. Если для США и Европы типичны дела граждан против государства в случае незаконных действий полиции как государственного органа, то в России такие прецеденты — крайняя редкость»².

Однако неизбежное изменение правосознания все же породило ряд дел по жалобам граждан на незаконные оперативно-розыскные

¹ Лурье Ф.М. Полицейские и провокаторы: Политический сыск в России. 1649—1917. СПб., 1992. С. 392.

² Астафьев Ю.В. Совершенствование форм и методов оперативно-розыскной деятельности в правовом государстве // Право и политика. 2005. № 11. С. 85.

мероприятия, проводимые в отношении них. К примеру, предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ стало дело гражданки Черновой И.Г., обратившейся с жалобой в связи с оперативно-розыскными мероприятиями, проводившимися в отношении нее¹. Но этот случай скорее исключение, чем правило. Граждане обычно удовлетворены тем, что за оперативным контролем в отношении них не последовало уголовное преследование.

Не случайно жалобы на провокационные действия сотрудников правоохранительных органов крайне редко встречаются в отечественной правоприменительной практике. Как правило, это прерогатива крупных чиновников, пытающихся уйти от обвинений в коррупции, а также известных политиков, то есть людей, обоснованно полагающих, что их жалоба будет услышана и не оставлена без внимания.

Причиной существования провокации следует признать фактическое отсутствие уголовной ответственности за провокационные методы выявления преступлений.

Таким образом, приходится говорить о практической безнаказанности за провокационную деятельность, носящей довольно распространенный, как уже было показано, характер. Причем эта безнаказанность является практически абсолютной, ибо ни один правовой акт, регламентирующий осуществление правоприменительными службами оперативно-розыскной деятельности, не устанавливает никакой реальной ответственности за нарушение содержащихся в нем запретов.

Самое большее, что реально может ожидать провокатора в погонах, — это прекращение уголовного преследования в отношении спровоцированного им лица и дисциплинарное взыскание для оперативных сотрудников на основании ведомственных положений и инструкций.

¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 1998 г. № 86-О // СЗ РФ. 1998. № 34. Ст. 4368.

Глава 2

НАЦИОНАЛЬНАЯ И МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАКТИКА БОРЬБЫ С ПРОВОКАЦИОННЫМИ МЕТОДАМИ ВЕДЕНИЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

2.1. Практика борьбы национальных судов с провокационными методами деятельности оперативных сотрудников

В российской судебно-следственной практике лишь начинает формироваться хоть какое-то отношение к оперативно-розыскным ситуациям, в которых не исключена провокационная составляющая.

Яркое свидетельство тому — сформулированный Верховным Судом РФ постулат, согласно которому действия лица, совершенные в условиях проведения в отношении него ОРМ, то есть под контролем оперативных работников, квалифицируются не как оконченное преступление, а как покушение на него — через ст. 30 УК РФ.

В опубликованных ранее работах автор не раз высказывался по проблеме провокаций в уголовном процессе, идущих с подачи сотрудников оперативных подразделений правоохранительных органов¹.

¹ Например: Назаров А.Д. Влияние следственных ошибок на ошибки суда. СПб.: Изд-во «Юрический Центр-Пресс», 2003. С. 54—60 ; Майер К.А., Назаров А.Д. Недопустимость провокаций в уголовном процессе // Следственная практика. 2004. № 4. С. 29—35 ; Майер К.А., Назаров А.Д. Провокации в уголовном процессе // Информационный бюллетень Адвокатской палаты Красноярского края. 2004. № 5. С. 92—98 ; Мальтов С.Н., Назаров А.Д., Стойко Н.Г. Провокация в уголовном судопроизводстве: правовые последствия и применение мер безопасности // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. Красноярск, 2005. № 3. С. 119—163 ; Назаров А.Д. Доказательства, полученные провокационным путем, являются недопустимыми: некоторые практические аспекты проблемы // Вестник Красноярского государственного университета. 2006. № 3. С. 336—340 ; Назаров А.Д. Как противопоставить провокации в уголовном процессе мероприятиям, блокирующим преступные проявления // Ученые записки: сб. науч. тр. Института государства и права. Вып. № 8. Тюмень: Изд-во Тюменского гос. ун-та, 2007. С. 86—93 ; Мальтов С.Н., Назаров А.Д., Стойко Н.Г. К вопросу о правовых последствиях провокаций в уголовном процессе // Право на судебную защиту в уголовном процессе: европейские стандарты и российская практика: сб. статей по материалам Международ. научн.-практич. конференции (г. Томск, 20—22 сентября 2007 г.) / под ред. М.К. Свиридова. Томск: Изд-во Томского ун-та, 2007. С. 98—106.

В судебной практике робко, но намечается тенденция к отторжению доказательств, имеющих провокационную природу.

Так, в кассационном определении Красноярского краевого суда по уголовному делу Зеленкова констатируется следующее:

«Совершение органами внутренних дел оперативных мероприятий, направленных на провокацию преступных действий, противоречит Закону РФ «Об оперативно-розыскной деятельности» и Конституции РФ.

Имеющиеся в деле данные свидетельствуют, что на начало проведения проверочной закупки в отношении Зеленкова последний не имел наркотических средств, предназначенных для незаконного оборота, и его действия по приобретению героина с целью передачи Лапшеву были спровоцированы сотрудниками милиции. Поэтому Зеленков не должен нести уголовную ответственность за приобретение и сбыт Лапшеву героина»¹.

Судебная коллегия по уголовным делам Красноярского краевого суда переквалифицировала действия Зеленкова с ч. 4 ст. 228 УК РФ на ч. 1 ст. 228 УК РФ и снизила размер назначенного ему наказания с 7 лет 6 месяцев лишения свободы до 3 лет лишения свободы.

В правоприменительной практике Красноярского края имеются примеры использования в уголовном процессе консультативных заключений ученых-правоведов, в которых обосновывается противоправность применения провокационных методов по уголовным делам.

Например, адвокат обвиняемой И. заявил ходатайство о приобщении составленного автором данной работы заключения к материалам дела, а в защитительной речи предложил суду вынести в отношении И. оправдательный приговор в виду отсутствия в ее действиях состава преступления.

Адвокат выиграл данное дело.

А в заключении констатировалось следующее:

В оцениваемой ситуации сотрудники Октябрьского РУВД нарушили часть 1 статьи 21 Конституции РФ — «Достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления».

Замышляя оперативно-розыскное мероприятие, они не располагали какой-либо объективной информацией о том, кто из физических лиц конкретно на территории Октябрьского района города подготавливает противоправное деяние — дачу взятки сотрудникам ГАИ.

¹ Уголовное дело № 06-2460 // Архив Октябрьского районного суда г. Красноярска. 2008 г.

Сотрудник милиции в своем рапорте от 6 августа сообщает начальнику РУВД о каких-то неперсонифицированных лицах, которые якобы «в последнее время» делают попытки незаконного вознаграждения сотрудникам ГАИ.

И на основании этого неаргументированного рапорта планируется оперативный эксперимент в отношении неопределенного круга лиц — водителей, которые могут быть в сплошном порядке остановлены в городе, в том числе и для выяснения обстоятельств, связанных с подозрениями в совершении административных правонарушений. При этом каждый из таких водителей подвергается скрытой от него процедуре записи его беседы с сотрудником ГАИ на магнитофон.

В рассматриваемой ситуации сотрудники Октябрьского РУВД грубо нарушили конституционные права неопределенного круга не подготавливающих, не совершающих преступления лиц, в том числе — и И.

И в отношении И. сотрудники Октябрьского РУВД не представили в органы следствия никакой убедительной информации, что у нее до начала проведения оперативного эксперимента было преступное намерение дать взятку должностному лицу милиции.

Из представленных материалов усматривается, что И. совершенно случайно попала на коварную уловку с «экспериментом» сотрудников Октябрьского РУВД. На ее месте могли оказаться и другие граждане. Тем самым жестко обозначенные в части 1 статьи 7 Закона РФ «Об оперативно-розыскной деятельности» основания проведения оперативно-розыскного мероприятия были не соблюдены.

Оперативный эксперимент проводился не по ставшим известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведениям о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших.

Оперативный эксперимент был проведен «на авось кто-нибудь попадется», то есть «на удачу», а не без четко обозначенных в законе оснований.

Проведенный оперативный эксперимент в рассматриваемой ситуации неопределенности в части законности его оснований может быть оценен как действие, проходившее в условиях провокации лиц на дачу взятки.

Действительно, автомобиль «Мерседес Бенц» под управлением И. был остановлен сотрудниками ГАИ в ночное время в произвольном порядке. Факт нахождения И. в состоянии алкогольного опьянения был установлен милиционерами лишь после остановки ее автомобиля.

Провокационной к даче взятки выглядит и ситуация оформления протокола об административном правонарушении именно в автомобиле ГАИ в отсутствие свидетелей (понятых).

Если проанализировать содержание беседы в автомобиле ГАИ, записанной с перерывами на аудиопленке, то оно также представляется провокационным со стороны работника ГАИ, вступившего в неоправданно продолжительный диалог с И. на тему взятки.

Статья 6 ЕКПЧ и корреспондирующие ей статьи 45—49 Конституции РФ гарантируют защиту основных прав и свобод человека и гражданина.

Статья 6 ЕКПЧ касается вопросов осуществления правосудия, в том числе и по уголовным делам, распространяет свое действие как на судебное, так и досудебное производство. В ней формулируется право каждого на правовую защиту путем надлежащего правосудия, то есть надлежащим судом (независимым и беспристрастным) и надлежащим способом (справедливым по своему характеру рассмотрением дела).

Таким образом, статья 6 ЕКПЧ требует от государства определенных действий по защите прав и свобод человека: создать и обеспечить эффективное функционирование соответствующих структур (институтов, органов), необходимых для отправления правосудия, а также эффективное применение процессуальных норм, необходимых для защиты от произвола.

При этом данная статья ЕКПЧ трактуется очень широко, поскольку ограничительное толкование права на справедливое отправление правосудия не соответствовало бы ее основополагающему значению в демократическом обществе (судебное решение по делу Делькур от 17 января 1970 г., Series A, № 11, para 25).

Аналогичное значение имеют и статьи 45—49 Конституции РФ: статья 45 устанавливает основное процессуальное право на защиту от произвола, а статьи 46—49 — основные процессуальные гарантии, реализация которых обеспечивает справедливый (в смысле статьи 6 ЕКПЧ) порядок судопроизводства (см.: Права и свободы человека и гражданина / под ред. К.А. Экиштайна. М., 2000. С. 299—331; Гомьен Д. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика / Д. Гомьен, Д. Харрис, Д.Л. Зваак. М., 1998. С. 201—263).

Исходя из того, что в анализируемой ситуации по уголовному делу И. грубо нарушены законные основания для проведения ОРМ и сам оперативный эксперимент проведен в условиях провокации взятки, согласно статье 75 УПК РФ все доказательства, связанные с проведением указанного эксперимента, должны быть признаны недопустимыми, так как они получены с нарушением требований настоящего Кодекса.

Согласно статье 89 УПК РФ, указанные результаты оперативно-розыскной деятельности нельзя использовать в процессе доказывания, так как они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам

настоящим Кодексом. Их нельзя считать «иными документами» в смысле статьи 84 УПК РФ, так как оперативные сотрудники Октябрьского РУВД нарушили правила собирания доказательств, предусмотренные статьей 86 УПК РФ.

Соответственно, не могут быть признаны допустимыми и доказательства, полученные в ходе предварительного расследования на основании недопустимых доказательств, исходящих из материалов ОРД.

В частности, в рассматриваемом деле — протоколы осмотра аудиокассеты, денежных купюр и признание их вещественными доказательствами по делу, заключение фonoскопической судебно-криминалистической экспертизы и др.

На основании изложенного можно утверждать, что выше описанные действия правоохранительных органов в отношении И. представляют собой системное нарушение следующих прав и свобод человека и гражданина:

- права на эффективную защиту от произвола властей (статьи 6 ЕКПЧ и 45 Конституции РФ);

- права на презумпцию невиновности (статьи 6 ЕПЧ и 49 Конституции РФ);

- права на достоинство личности (статья 21 Конституции РФ);

- права на применение должностными лицами государства законных оснований при проведении ОРД (статьи 3, 5, 7 Закона РФ «Об оперативно-розыскной деятельности»);

- права на использование в доказывании по уголовным делам допустимых доказательств, полученных в результате проведения по установленной законом процедуре следственных и ОРД (статьи 75, 84, 86, 89 УПК РФ).

В силу части 2 статьи 50 Конституции РФ все сведения, полученные в результате действий правоохранительных органов, осуществленных с нарушением прав человека, должны быть признаны конституционно необоснованными и незаконно полученными, исключены из числа доказательств по уголовному делу».

Аналогичное заключение, связанное с провокационной природой оперативного эксперимента, давалось автором и по уголовному делу М., обвиняемого органами предварительного следствия по ст. 162 ч. 3 п. «а» УК РФ.

При проведении данного эксперимента использовалась «квартира-ловушка», якобы хозяином которой был рассекреченный в ходе следствия сотрудник спецслужб К. На данной квартире сотрудниками спецслужб была устроена засада.

А инициировал нападение на квартиру некий «Доцент», который во время задержания М. на «квартире-ловушке» «скрылся» от сотрудников спецслужб и впоследствии не был ни установлен, ни задержан.

В судебном заседании по данному эпизоду обвинения М. был оправдан.

Таким образом, предоставленная статьей 89 УПК РФ возможность использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности должна строиться на очень взвешенном и осторожном подходе к инструментарию такой деятельности со стороны спецслужб государства.

2.2. Использование в российском уголовном судопроизводстве практики европейского правосудия в борьбе с провокациями

Согласно ст. 46 Европейской Конвенции по защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ), решения Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) являются обязательными для всех государств, находящихся под юрисдикцией ЕСПЧ. Одним из обязательств, которое вытекает из решения ЕСПЧ, является принятие мер, направленных на предотвращение подобных нарушений в будущем¹.

Европейский Суд указывает, что приемлемость доказательств находится в компетенции национального законодательства, и общепринято, что именно национальные суды должны оценивать предъявляемые им доказательства. Задачей ЕСПЧ в рамках Конвенции является не вынесение решения относительно корректности рассмотрения предоставленных свидетелями показаний, а соблюдение справедливости рассмотрения дела в целом, в том числе — и в предоставлении доказательств².

Но через призму справедливости получения и оценки ЕСПЧ рассматривает не все доказательства, а лишь те из них, которые имеют существенное значение для вынесения решения по делу. У ЕСПЧ не существует абсолютных запретов по недопустимости доказательств. Исключение — доказательства, полученные при помощи пыток. В этих случаях ЕСПЧ всегда безоговорочно признает нарушение ст. 6 ЕКПЧ. Во всех остальных случаях нарушение ст. 6 ЕКПЧ признается, если спорное доказательство имело решающее значение. Бесспорны ситуации, когда бракованное доказательство (или комплекс доказательств) является единственным. Однако

¹ Гаврилов Б.Я., Боженко С. Указ. соч. С. 48.

² Ван Мехелен (Van Mechelen) и другие против Нидерландов: Постановление Европейского суда по правам человека от 23 апреля 1997 г. // Европейский суд по правам человека. Избранные решения. Т. 2. М., 2000. С. 440—454.

нарушение признается и в тех случаях, когда есть другие доказательства, но бракованное имеет наибольший вес в общей массе доказательств. При чем массив доказательств будет оцениваться не только с содержательной точки зрения, но и с точки зрения качества (достоверности).

Говоря о подходе ЕСПЧ к проблемам провокации, необходимо иметь в виду два вопроса:

- черты самой операции спецслужб;
- обязанности суда в связи с постановкой вопроса о провокации.

Это два отдельных основания, по каждому из которых в отдельности, а не в совокупности, может быть признано нарушение.

В свою очередь, каждый из указанных блоков имеет внутреннюю схему.

Для оценки поведения правоохранителей используются два основных параметра:

- наличие обоснованного подозрения;
- степень и тип влияния на лицо правоохранительных органов.

Для оценки роли суда смотрят тоже два параметра:

- как суд проверял наличие подозрения и саму деятельность правоохранительных органов в процессе операции (тщательность, баланс с другими доказательствами и др.);
- дал ли суд защите возможность оспорить законность получения доказательств и их достоверность, включая возможность оспорить наличие подозрения (доступ защиты к материалам оперативно-розыскной деятельности).

15 декабря 2005 г. Постановлением ЕСПЧ, вынесенным по жалобе Г.А. Ваньяна к Российской Федерации, установлено нарушение ст. 6 ЕКПЧ в части привлечения Ваньяна к уголовной ответственности и последующего его осуждения в результате провокации преступления, совершенной сотрудниками органов внутренних дел.

Суть принятого решения заключается в следующем. Сотрудники милиции Е.Ф. и М.Б. предложили О.З., известной им как лицо, употребляющее наркотики, принять участие в «проверочной закупке» наркотических веществ, чтобы установить сбытчика наркотиков. Получив согласие О.З., сотрудники милиции выдали ей определенную сумму наличных денег для покупки наркотиков. Вечером 2 июня 1998 г. О.З. позвонила Ваньяну по телефону и попросила достать ей наркотики, мотивируя свою просьбу острой необходимостью их употребления ввиду начавшейся у нее «ломки». Они договорились встретиться у дома, где проживал С.З., в квартире которого должна была произойти передача наркотиков. Придя на место встречи, О.З., находясь под наблюдением

сотрудников милиции, передала 200 рублей Ваньяну, который приобрел у С.З. за 400 рублей 0,318 грамма героина в двух упаковках: одну отдал О.З., а вторую оставил себе. После того как Ваньян и О.З. вышли из дома, последняя подала сотрудникам милиции знак о том, что она получила наркотики, и те предприняли попытку задержать Ваньяна, но ему удалось скрыться. Однако на следующий день последний был задержан и при нем был обнаружен пакетик героина.

5 июня 1998 г. в отношении Ваньяна возбуждено уголовное дело. 2 апреля 1999 г. Люблинский районный суд г. Москвы признал Ваньяна виновным и приговорил его к семи годам лишения свободы за незаконное приобретение и сбыт наркотических веществ в крупном размере на основании показаний свидетеля О.З., второго обвиняемого С.З. и сотрудников милиции. Ссылаясь на показания последних, суд отметил: «Свидетель пояснил суду, что милиция располагала оперативными данными о том, что Ваньян сбывает наркотики. Для проверки этой информации была выбрана О.З., которая общалась с Ваньяном и могла приобрести у него наркотики. О.З. согласилась участвовать в проверочной закупке наркотиков».

По протесту заместителя Председателя Верховного Суда Российской Федерации (после обращения Ваньяна в Европейский Суд) президиум Московского городского суда, пересмотрев в порядке надзора ранее состоявшиеся судебные решения, изменил приговор, отменив его в части осуждения Ваньяна по ч. 4 ст. 228 УК РФ и осудив его по ч. 1 ст. 228 УК РФ. Суд сократил Ваньяну срок лишения свободы до двух лет и в связи с актом амнистии принял решение об освобождении его от отбытия наказания.

В жалобе в Европейский суд Ваньян указал, что судом нарушена статья 6 Европейской конвенции, поскольку он осужден за преступление, спровоцированное милицией, и что его осуждение основывалось на свидетельских показаниях участвовавших в этом сотрудников милиции и О.З., которая действовала по их указанию.

В решении по вопросу приемлемости жалобы ЕСПЧ недвусмысленно высказал следующее:

«В статье 6 Федерального Закона от 5 июля 1995 г. «Об оперативно-розыскной деятельности» перечислены провокационные методы, которые могут применяться правоохранительными органами в целях расследования преступлений»¹.

¹ По вопросу приемлемости жалобы № 53203/99 «Григорий Аркадьевич Ваньян (Grigoriy Arkadyevich Vanyan) против Российской Федерации»: Решение ЕСПЧ от 13 мая 2004 г. // Журнал Российского права. 2004. № 8. С. 113—118.

Европейский Суд признал факт нарушения статьи 6 Европейской Конвенции, указав в своем постановлении, что если действия тайных агентов направлены на подстрекательство преступления и нет оснований полагать, что оно было бы совершено без их вмешательства, то это... может быть названо провокацией. Такое вмешательство и его использование в разбирательстве уголовного дела может неоправданно подорвать справедливость суда... Нет свидетельств тому, что до привлечения О.З. у милиции были основания подозревать заявителя в распространении наркотиков. Простое утверждение в суде сотрудников милиции о том, что у них имелась информация об участии заявителя в наркоторговле... не исследовалось судом и не может быть принято во внимание... Нет оснований полагать, что преступление было бы совершено без вышеотмеченного привлечения О.З. Суд поэтому приходит к заключению, что милиция спровоцировала преступление, выразившееся в приобретении Ваньяном наркотиков по просьбе О.З.¹ Таким образом, вмешательство милиции и использование полученных в результате этого доказательств для возбуждения уголовного дела в отношении заявителя неоправданно подорвало справедливость суда.

Следует подчеркнуть, что в данном решении ЕСПЧ было особенно констатировано, что распространенная в практике оперативно-розыскных подразделений российских правоохранительных органов «проверочная закупка» может при некоторых условиях являться не средством выявления и фиксации преступления, а провоцировать лицо на его совершение.

Уже достаточно подробно говорилось о проверочной закупке. В контексте «дела Ваньяна» хотелось бы особенно показать, как в России традиционно выглядит алгоритм проведения проверочной закупки:

1. К представителям органов, которые борются с незаконным оборотом наркотиков, обращается человек с предложением добровольно помочь в изобличении известного ему распространителя наркотиков, о чем пишет соответствующее заявление.

2. Данное заявление становится основанием для принятия начальником данного органа постановления о проведении проверочной закупки.

3. В присутствии понятых («представителей общественности») «закупщика» осматривают на предмет отсутствия у него с собой наркотиков

¹ Дело «Ваньян (Vanujan) против Российской Федерации» (жалоба N 53203/99): Постановление Европейского суда по правам человека от 15 декабря 2005 г. // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2006. № 7. С. 102—116.

и вручают помеченные различным способом деньги (все это отражается в протоколах). Дополнительно «закупщику» могут вручаться скрытые видео- и аудиозаписывающие устройства и иные технические устройства для связи с сотрудниками правоохранительных органов.

4. «Закупщик» отправляется к «продавцу», с которым он мог заранее договориться о сделке. При этом «закупщик» может сказать «продавцу», что у него «ломка», что он покончит с собой, если «продавец» не продаст ему наркотики, наконец, может начать его чем-то шантажировать (весь этот «спектакль» подчас подробно проговаривается и репетируется с оперативными работниками). Часто «продавец» сам не имеет при себе наркотиков, а получив деньги, сначала закупает их у другого известного ему лица и только затем передает «закупщику».

5. В момент непосредственного обмена деньгами и наркотиками за «закупщиком» и «продавцом» устанавливается наблюдение сотрудниками правоохранительных органов с участием понятых — «представителей общественности», которые впоследствии должны будут дать показания об увиденном. Или же после сделки «продавца» немедленно по условному сигналу «закупщика» задерживают, изымают у него «меченные деньги», а иногда и часть непередаваемых наркотиков, оставленных для собственного потребления и др. Если перед операцией деньги покрывались специальным химическим составом, то после задержания и деньги, и ладони рук «продавца» при облучении их специальным устройством начинают «светиться».

6. После взаимной передачи «закупщиком» и «продавцом» наркотиков и денег первый добровольно выдает наркотики соответствующим органам, что оформляется протоколом.

Безусловно, могут быть различные варианты проведения проверочной закупки, которые зависят от конкретных обстоятельств. Например, это мероприятие может быть повторено неоднократно для «усиления» доказательственной базы и вменения большего количества эпизодов, а в последнее время — для того чтобы инкриминировать лицу только последний из них, а остальные использовать для подтверждения наличия в отношении проверяемого лица подозрения в распространении наркотиков. Но в любом случае основная суть остается неизменной.

В реальной действительности практически всегда в качестве «добровольного» «закупщика» выступает какой-нибудь наркоман, который сам на чем-то попался и договорился с сотрудниками правоохранительных органов на различного рода «поблажки» в обмен на то, что он сдаст своих «поставщиков» (тем более что в уголовно-процессуальном законодательстве сейчас официально появилась возможность заключения

с прокурором соглашения о сотрудничестве), либо же специальный тайный агент спецслужб.

«Поставщики» в большинстве случаев не являются крупными дилерами и иногда даже не имеют при себе наркотиков и средств на их приобретение. Часто они сами являются наркоманами, покупают наркотик для себя и для других людей, с которыми по тем или иным причинам поддерживают контакты.

«Понятые» («представители общественности») обычно тоже не являются незаинтересованными лицами, а по тем или иным причинам (наркоманы, студенты-практиканты, внештатные сотрудники и т.п.) вынуждены помогать органам в их деятельности. В этой связи в одном из своих заключений по уголовному делу, данному автору этой монографии В.К. Зникиным, ученый совершенно справедливо заметил, что «представители общественности» должны заслуживать большое общественное доверие и ни в коем случае не должны быть наркоманами.

В «деле Ваньяна», как легко увидеть, суд указал, что сама по себе деятельность агентов государственных органов, действующих под прикрытием, не противоречит ЕКПЧ, равно как и использование собранной с их помощью информации для обвинения лица в совершении преступления. Однако случаи их привлечения должны быть ограничены, а затрагиваемые при этом права обеспечены соответствующей защитой. Если же действия агентов, работающих под прикрытием, побудили лицо совершить преступление и ничто не предполагает, что оно было бы совершено без такого вмешательства, то такие действия агентов выходят за рамки допустимых и представляют собой провокацию.

В данном деле не было доказательств того, что до вмешательства О.З., действовавшей по инструкции сотрудников правоохранительных органов, у милиции были основания подозревать Ваньяна в распространении наркотиков. ЕСПЧ подчеркнул, что простое заявление сотрудников милиции в суде, что они располагали соответствующей информацией, если оно не было проверено или не было подтверждено судом, не может быть расценено как должное основание для проведения проверочной закупки.

Если подвести итог, то данным Постановлением ЕСПЧ выдвинул ряд требований к проведению проверочной закупки в соответствии с евростандартом справедливого правосудия:

1. Для проведения проверочной закупки у правоохранительных органов должны быть конкретные сведения о том, что лицо занимается противоправной деятельностью, с целью проверки которых и проводится данное мероприятие.

2. Наличие этих сведений должно быть проверено судом, и простой ссылки на то, что они были в распоряжении соответствующих органов, здесь недостаточно.

3. Использование для обвинения лица доказательств, полученных в результате подстрекательства его к совершению преступления, то есть проведения проверочной закупки при отсутствии конкретных проверяемых сведений, нарушает стандарт справедливого судебного разбирательства.

Необходимо заметить, что Российская Федерация в связи с Постановлением ЕСПЧ по делу Г.А. Ваньяна предприняла определенные меры общего характера, то есть действия, которые государство, в отношении которого вынесено решение ЕСПЧ, должно предпринять для предотвращения в будущем нарушений, аналогичных тем, которые были констатированы ЕСПЧ:

1. 15 июня 2006 г. Пленум Верховного Суда РФ принял Постановление № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами», куда включил указание на то, что результаты оперативно-розыскного мероприятия могут быть положены в основу приговора только в случае их соответствия требованиям закона, в первую очередь обращается внимание на необходимость наличия постановления о проведении такого мероприятия, а также сведений о том, что умысел на совершение преступления сформировался независимо от деятельности сотрудников оперативных органов и лицо провело все подготовительные действия для совершения противоправного деяния.

2. 6 июля 2007 г. в ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» был внесен запрет на подстрекательство, склонение, побуждение в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий, то есть провокацию.

Необходимо высказаться в контексте оценки провокационных технологий и об использовании в «оперативных играх» анонимных агентов.

Конвенция не препятствует применению таких источников, как анонимные осведомители. Однако дальнейшее использование их заявлений в следственном суде при вынесении приговора составляет иной аспект. (См.: Костровски против Нидерландов. Решение от 20 ноября 1989 г. Серия А. № 166. С. 21, п. 44.)

Европейский Суд говорит, что применение тайных агентов должно быть ограничено и законные гарантии должны действовать даже

в борьбе с незаконным оборотом наркотиков... Право на справедливое рассмотрение дела занимает такое видное место, что им нельзя пожертвовать во имя целесообразности. Общественный интерес не может оправдывать применение доказательств, полученных в результате подстрекательства полиции. (См.: Делькур против Бельгии. Решение от 17 января 1970 г. Серия А. № 11. С. 15, п. 25.)

Остро встает вопрос об использовании в доказывании показаний сотрудников правоохранительных органов, принимавших участие в организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий.

В своем решении по делу де Кастро против Португалии от 09.06.1998 Суд выделяет то обстоятельство, что нельзя привлекать лицо к ответственности после провокации, основываясь лишь на показаниях сотрудников полиции. Необходимо учитывать личность подвергаемого провокации, его судимость, отношение к наркотическим средствам и т.д. Следует понимать, что прежде чем проводить мероприятие, нужно удостовериться в наличии достаточных данных подозревать.

В деле Тейксейра де Кастро было очевидным, что компетентные органы не имели достаточных оснований его подозревать в незаконном обороте наркотиков, напротив — он не привлекался к суду и в отношении него не велось предварительных следствий. В самом деле, он не был известен сотрудникам полиции, которые смогли войти в контакт с ним через посредничество своих людей.

Помимо этого следует учитывать и то, где находились наркотики, были ли они у подстрекаемого или у третьих лиц, с которыми он знаком.

Все это особенно актуально и в нашей практике. Очень важно, чтобы обвинение основывалось в первую очередь не на показаниях лиц, заинтересованных в разрешении дела не в пользу обвиняемого.

Суд должен установить, есть ли основания полагать, что без вмешательства провокаторов лицо совершило бы преступление.

Если же умысел на совершение преступления сформировался исключительно в результате конкретных действий сотрудников правоохранительного органа, — налицо провокация преступления.

Однако практика Европейского суда неоднозначна. Существуют решения как в пользу заявителя, так и не в его пользу. Кроме того, в рамках даже одного дела существуют разногласия у судей. В частности, некоторые отмечают, что провокация не должна влиять на квалификацию действий обвиняемого, поскольку в случаях с наркотиками каждый понимает, что его действия негативно сказываются на общей обстановке (здоровье нации и др.). А ссылка на то, что его спровоци-

ровали, обусловлена единственной возможной линией защиты. (См.: Дело Атланта против Великобритании от 19 июня 2001 г.)

Представляет также интерес сепаративное мнение судьи Мэтшера в деле Люды против Швейцарии (15 июня 1992 г.). Он считает, что не имеет значения то, как получено доказательство (путем применения обмана тайным агентом или нет), важно, что данное доказательство подтверждается показаниями свидетелей (в том числе — подельников обвиняемого), первоначальными показаниями обвиняемого, а также результатами прослушивания телефонных разговоров. И в случае, если все доказательства по делу носят бесспорный характер, подтверждающий показания тайного агента, то нет необходимости в раскрытии его личности.

Кроме того, судья Мэтшер говорит, что каждый, кто сознательно принимает участие в организации преступления (тем более — в строго наказуемом), учитывает риск попадания в западню, особенно, если он имеет сомнения по поводу проведения в отношении него полицией специальной операции.

Очень важное значение ЕСПЧ придал тому обстоятельству, как влияет на процесс доказывания ограничения права стороны защиты на ознакомление с материалами в сфере ОРД.

В этом вопросе целесообразно привести следующее дело из практики ЕСПЧ. Эдвардс был осужден судом Великобритании по обвинению в совершении преступлений, связанных с наркотиками. Он был арестован полицией в автофургоне, в котором обнаружили портфель с пятью килограммами героина. Ситуация с наркотиками была создана секретным оперативным сотрудником полиции и несколькими другими лицами, которых Эдвардс подозревал как полицейских осведомителей. По утверждениям Эдвардса, он был уверен, что сделка, в которой он участвовал, касалась ювелирных изделий, а не наркотиков. Кроме того, он был единственным участником сделки, которого арестовали и привлекли к уголовной ответственности. До начала судебного разбирательства дела государственный обвинитель уведомил защитника обвиняемого о том, что обвинение представило судье в отсутствие другой стороны ходатайство о том, чтобы разрешить государственному обвинению не предъявлять стороне защиты некоторые материалы дела для ознакомления. Судья, который изучил эти материалы в отсутствие стороны защиты, заключил, что данные материалы как доказательства не окажут никакой помощи защите и действительно важные государственные интересы, относящиеся к зашифровке личности и содержания показаний секретного сотрудника полиции, диктуют необходимость

непредставления этих материалов защите. Это постановление судьи было подтверждено другим судьей, назначенным председательствовать при рассмотрении дела по существу после того, как он выслушал доводы защиты. Председательствующий на процессе судья также отказал защите в ходатайстве об исключении из рассмотрения на процессе в качестве доказательств показаний секретного сотрудника полиции по тем же мотивам, что и первый судья. Защита мотивировала свое ходатайство тем, что заявителя спровоцировали на совершение преступления и на суде не были оглашены данные о личности секретного сотрудника, что затрудняло осуществление защиты, а сам секретный сотрудник полиции был единственным соучастником преступления, который давал свидетельские показания в суде. Апелляционная жалоба, принесенная заявителем на обвинительный приговор суда, была отклонена апелляционным судом, который исследовал материалы, ранее не предъявленные стороне защиты.

Льюис был осужден судом Великобритании по обвинению в распространении поддельных денежных знаков. Он также утверждал, что на совершение преступления его спровоцировали секретные сотрудники полиции и полицейские агенты-осведомители. Судья, заслушав в отсутствие стороны защиты ходатайство, заявленное государственным обвинением о том, чтобы разрешить не предъявлять — ввиду необходимости охраны государственных интересов — защите некоторые материалы дела для ознакомления, отказался вынести распоряжение об ознакомлении защиты с этими материалами дела. Льюис ходатайствовал ознакомить его с материалами дела, чтобы установить, кто еще из лиц, связанных с настоящим преступлением, на самом деле был полицейским осведомителем. Судья также отказался исключать из рассмотрения на процессе в качестве доказательств показания секретных сотрудников полиции, на чем настаивала сторона защиты в соответствии со ст. 78 Закона Великобритании 1984 г. о полиции и доказательствах по уголовным делам. В судебном заседании подсудимому и его защитнику стало очевидно, что правило о неразглашении определенных материалов дела в государственных интересах сильно затруднит проведение перекрестного допроса свидетелей. В результате этого подсудимый Льюис изменил свою позицию и сделал суду заявление о признании себя виновным.

По изложенным выше обстоятельствам Эдвардс и Льюис, каждый самостоятельно, обратились с жалобами в ЕСПЧ, который объединил их жалобы в одно производство, поскольку по своей сути они касались практически одних и тех же фактов и норм права, а также имели место

в одном государстве. В целом по данному делу ЕСПЧ констатировал следующее:

- Требования, заложенные в принципе справедливого судебного разбирательства, не допускают использование на суде доказательств, полученных в результате подстрекательства полицейских к совершению человеком преступления. В то время как в английском праве наличие провокации со стороны властей не образует существенного основания для защиты, нормы права, тем не менее, возлагают на судью обязанность — в случае наличия провокации — прекратить производство по делу со ссылкой на использование судебной процедуры в незаконных целях или исключить любое доказательство, полученное путем провокации преступления.

- ЕСПЧ не смог установить, имелась ли в данном деле провокация преступления в нарушение требований статьи 6 ЕКПЧ или нет, поскольку соответствующая информация из уголовного дела по обвинению Льюиса государством-ответчиком в распоряжение ЕСПЧ представлена не была. По делу Эдвардса власти Великобритании в заседании ЕСПЧ впервые признали, что закрытая часть материалов по его уголовному делу содержит информацию о том, что Эдвардс был ранее вовлечен в поставки героина. При таких обстоятельствах ЕСПЧ было важно исследовать порядок рассмотрения ходатайства защиты о признании факта наличия провокации со стороны полиции по каждому из уголовных дел. Это важно для того, чтобы определить, были ли адекватно ограждены права со стороны защиты.

- Статья 6 ЕКПЧ требует — в дополнение к уважению принципа состязательности судопроизводства и принципа равенства процессуальных возможностей сторон, — чтобы государственное обвинение предъявляло стороне защиты для ознакомления все значимые доказательства. Это право защиты не абсолютно, из него есть исключения, однако допустимы только такие меры, ограничивающие в этом смысле права защиты, каковые являются *строго необходимыми*. Более того, любые трудности, чинимые стороне защиты, должны быть в достаточной мере сбалансированы принимаемым в суде процессуальным порядком, который должен в максимально возможной степени отвечать требованиям состязательности судопроизводства и принципа равенства процессуальных возможностей сторон, включать в себя адекватные процессуальные гарантии права на защиту.

- Ходатайства защиты об исключении доказательств как полученных посредством полицейской провокации имели определяющее значение, так как удовлетворение этих ходатайств привело бы к прекращению

уголовного преследования, а непредъявленные для ознакомления стороне защиты доказательства, возможно, имели отношение к фактам, связанным с этими ходатайствами.

- Отказ в ознакомлении с соответствующими материалами лишил сторону защиты возможности в полной мере выдвинуть свои аргументы о наличии провокации преступления. Более того, судьи, которые отклонили доводы защиты о наличии провокации преступления, сами уже ознакомились с доказательствами обвинения, которые к данному вопросу могли иметь отношение.

- В этих обстоятельствах порядок производства по делу, которому следовали в суде, не отвечал требованиям состязательности судопроизводства и принципу равенства процессуальных возможностей сторон; не включал в себя адекватные процессуальные гарантии, необходимые для защиты интересов обвиняемого.

- Единоголосным решением судьи ЕСПЧ пришли к выводу о том, что по данному делу властями и судами Великобритании допущено нарушение положений п. 1 ст. 6 ЕКПЧ, согласно которому каждый человек имеет право при рассмотрении любого уголовного дела на справедливое и публичное разбирательство дела независимым и беспристрастным судом¹.

Аналогичную позицию занял ЕСПЧ, рассматривая дело Худобина против России.

Заявитель по данному делу в 1995—1997 гг. страдал многочисленными хроническими болезнями: эпилепсией, панкреатитом, хроническим вирусным гепатитом В и С, а также умственными отклонениями. Врачи, обследовавшие заявителя в 1995 г., рекомендовали ему наблюдение психиатра и противосудорожное лечение. Представляется, что на момент ареста заявитель употреблял наркотики, в том числе героин внутривенно. Арест заявителя произошел при следующих обстоятельствах.

29 октября 1998 г. Т. (в качестве добровольного агента милиции) попросила Худобина купить для нее дозу героина. Он согласился и вместе с М. встретился с ней на улице. Т. передала Худобину меченые банкноты, которые она получила от сотрудников милиции С. и Р. Худобин взял деньги и пошел к Г., который дал ему пакет с 0,5 грамма героина. Он вышел на улицу, чтобы встретиться с Т., где был задержан сотрудниками милиции, которые ожидали его на улице.

¹ Постановление ЕСПЧ по делу «Эдвардс и Льюис против Соединенного Королевства» (Edwards and Lewis v. United Kingdom) от 22 июля 2003 г., жалобы № 39647/98, № 40461/98 // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2003. № 3. С. 28—29; 2003. № 12. С. 18—20.

Худобина доставили в ОВД. Там у него были изъяты меченые банкноты, на которых сохранились его отпечатки пальцев. Т. в присутствии понятых выдала пакет героина, указав, что она получила его от Худобина. Пакет был опечатан, подписан понятыми и направлен на экспертизу. Худобин был помещен в камеру в ОВД.

30 октября 1998 г. в отношении заявителя было возбуждено уголовное дело и он был обвинен в торговле наркотиками. В тот же день прокурор Северо-Восточного округа города Москвы, ссылаясь на обстоятельства задержания заявителя, тяжесть предъявленного обвинения и риск того, что заявитель скроется, санкционировал его содержание под стражей. Заявитель был помещен в СИЗО 48/1 (Матросская Тишина). Непосредственно после помещения в СИЗО заявитель был подвергнут всестороннему медицинскому обследованию, включая тест на ВИЧ, на употребление наркотиков и психиатрическое обследование. Тест на наркотики показал, что у него отравление морфином. Комиссия психиатров подтвердила его предыдущий диагноз и признала его вменяемым. 10 ноября 1998 г. были получены анализы заявителя на ВИЧ. Заявитель был признан ВИЧ-положительным.

Относительно нарушения ст. 6 Конвенции, на которое также жаловался заявитель, Суд, ссылаясь на свою практику, указал, что, несмотря на необходимость бороться с преступностью, использование агентов под прикрытием должно быть строго ограничено. В данном деле преступление не было бы совершено, если бы не вмешательство сотрудников милиции. Из материалов дела было неясно, почему Т. согласилась выступить в качестве добровольного помощника сотрудников милиции. К тому же Худобин не получил никакой финансовой прибыли от продажи героина, а М. сказал, что Худобин никогда ранее не приносил ему героин. Из этого можно сделать вывод, что он вряд ли был торговцем наркотиками, известным сотрудникам милиции, напротив, операция была направлена на любого, кто согласился бы купить героин для Т. Более того, с точки зрения Суда, любая подобная операция должна проводиться под соответствующим контролем. Но в данном случае она проводилась по простому административному решению, в котором содержалось очень мало информации об основаниях и целях такой «проверочной закупки». Данная операция не была и не могла быть предметом судебной проверки или проверки иным независимым органом, что в данном случае является очень существенным.

Заявитель был обвинен на основании показаний Т. и его друга М., который присутствовал при задержании. Сотрудники милиции, проводившие закупку, не были допрошены. В постановлении прямо

написано, что Суд «поражен» тем, что дело рассматривалось в отсутствие заявителя и разрешавший дело судебный орган не принимал своего собственного решения о невменяемости заявителя. В связи с этим Суд счел, что заявитель был лишен гарантий справедливого судебного разбирательства, предусмотренных ст. 6 Конвенции¹.

Принятие поправок в Закон РФ «Об оперативно-розыскной деятельности», содержащий теперь абстрактный запрет провокации, даже вместе с разъяснениями Пленума Верховного Суда РФ и распространенными текстами перевода Постановления Европейского суда по делу Г.А. Ваньяна не смогло дать более или менее четких ориентиров судьям и работникам правоохранительных органов. В итоге в некоторых регионах старая практика стала продолжаться (с незначительными изменениями), а в некоторых правоприменители, напротив, пошли очень далеко в своем толковании всего этого правового массива, касающегося провокации, обрушившегося на них.

Верховный Суд РФ начал констатировать наличие провокации, пересматривая дела в порядке надзора.

Первое такое решение было вынесено 22 октября 2007 г. Своим надзорным определением № 89-Д07-30 Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ признала провокацией обращение сотрудника милиции в рамках проверочной закупки к лицу с просьбой приобрести для него наркотики при осведомленности первого о том, что непосредственно у этого лица наркотиков нет, а также отсутствии в деле данных о совершении этим лицом в прошлом аналогичных действий и информации о том, что он совершил бы эти действия без такого вмешательства со стороны правоохранительных органов. При этом суд сослался как на п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2006 г., так и на решение Европейского суда по делу Г.А. Ваньяна.

13 февраля 2008 г. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ в своем определении № 83-Д08-2 дала аналогичное разъяснение по похожему делу, но уже без ссылок на Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Постановление Европейского суда по делу Г.А. Ваньяна.

В своем надзорном Определении от 11 декабря 2007 г. № 89-Д07-30 Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ признала

¹ Дело «Микадзе против России» (жалоба № 52697/99): Постановление Европейского суда по правам человека от 7 июня 2007 г. // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2007. № 11. С. 151.

незаконным использование доказательств, полученных в связи с проведением проверочной закупки, из-за отсутствия в деле постановления о проведении данного оперативно-розыскного мероприятия¹.

Создается ощущение, что в регионах некоторые судьи «ждали» Постановления Европейского суда по делу Г.А. Васьяна, так как решения, которые стали появляться в последние годы (намного раньше изменения практики Верховного Суда РФ), явно выходят за пределы толкования, предложенного Европейским судом, а скорее, отражают более широкое понимание ими проблемы.

В одном из интернет-дневников опубликован приговор одного из Санкт-Петербургских судов по делу, практически идентичному случаю с Г.А. Васьяном, за тем лишь исключением, что наркотик уже имелся у подсудимого для личного употребления, когда к нему обратилась его знакомая, которая, как оказалось, действовала в рамках «проверочной закупки». Сам факт передачи наркотических средств был, по мнению суда, полностью доказан. Более того, это не отрицал и сам подсудимый. Однако суд вынес оправдательный приговор, воспроизведя логику Европейского суда и сославшись на Постановление по делу Г.А. Васьяна.

Но главное, что суд пошел дальше и указал, в частности, что «если допустить возможность провокации для выявления лиц, причастных к незаконному обороту наркотических средств, то следует допустить и возможность использования подобных методов в борьбе с другими видами преступлений. Например, использовать ее для выявления лиц, «склонных» совершить государственную измену, сексуальные преступления, хищения чужого имущества, убийства по найму и прочее, подстрекая их к этим действиям. Для этого достаточно всего лишь воспользоваться нравственной нестойкостью данных лиц, которые никогда не решатся совершить преступления по своей инициативе, если их к этому не подталкивать, не склонять, не уговаривать и не соблазнять. По мнению суда, подобные методы в борьбе с преступностью недопустимы... Ситуация, когда лицо подталкивается представителями государства, призванными не допускать совершение преступлений, к совершению преступления, а потом привлекается к уголовной ответственности за это, ни в коей мере не соответствует справедливому судебному разбирательству. Более того, подобные меры «борьбы

¹ Интересно отметить, что ни одно из названных решений не было официально опубликовано в Бюллетене Верховного Суда РФ, а также то, что прокурор (один и тот же), участвовавший в заседаниях, возражал против вынесения судом подобных решений.

с преступностью» входят в противоречие с п. 1 ст. 1 Конституции РФ, провозглашающей, что «Российская Федерация — есть демократическое правовое государство». Правовое государство не может осуществлять борьбу с преступностью путем провокационного подстрекательства со стороны государственных служащих нравственно нестойких людей. Борьба с преступностью по определению не должна увеличивать количество совершаемых преступлений»¹.

Безусловно, такая практика на местах крайне положительна, хотя отмечается в очень небольшом числе регионов.

С другой стороны, она свидетельствует о том, как по-разному восприняли Постановление Европейского суда по делу Г.А. Ваньяна на местах, учитывая, в том числе, вероятно, не совсем адекватные меры общего характера, предпринятые Российской Федерацией с тем, чтобы сформировать общий подход, который бы соответствовал Конвенции. Используя метод прямой рассылки на места Постановления Европейского суда без адекватных разъяснений, Россия получила соответствующий эффект — каждый получил возможность «читать» Постановление по-своему. И тем регионам, судьи в которых были «готовы» к такому Постановлению, как, впрочем, и другим Постановлениям ЕСПЧ по «провокационной тематике», повезло, так как, вероятно, у них самих накопилось отвращение к сложившейся практике. Другим — нет.

Можно надеяться, что Верховный Суд РФ постепенно через свое право толковать законы, а также кассационную и, в первую очередь, надзорную практику будет позитивно влиять на ситуацию, но пока что для таких оптимистических прогнозов слишком мало информации.

¹ URL: <http://essendil.livejournal.com/1432.html>

Глава 3

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ МЕХАНИЗМА ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ, СВЯЗАННОГО С ПРОВЕДЕНИЕМ ОПЕРАТИВНЫМИ СОТРУДНИКАМИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ

3.1. Нормативные изменения для исключения провокаций при проведении оперативно-розыскных мероприятий

Для объективной оценки действий участников оперативно-розыскных мероприятий и в целях исключения провокации со стороны субъектов оперативно-розыскной деятельности представляется целесообразным закрепить содержание каждого отдельно взятого оперативно-розыскного мероприятия, а также дать развернутое определение понятия «провокация» в ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», исключив тем самым расхождения в понимании и толковании данной дефиниции.

В отсутствие четкого определения каждого оперативно-розыскного мероприятия зачастую достаточно сложно провести грань между правомерными действиями должностных лиц органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, и действиями, провоцирующими общественно опасное деяние.

Также представляется целесообразным закрепить за оперативно-розыскными мероприятиями, такими как оперативный эксперимент, проверочная закупка и контролируемая поставка, институт понятий, дополнив ст. 8 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» нормой следующего содержания: «Оперативный эксперимент, проверочная закупка и контролируемая поставка проводятся при обязательном участии понятых, если есть достаточные сведения, что их жизни и здоровью в процессе участия в оперативно-розыском мероприятии ничего не угрожает».

Принятое Пленумом Верховного Суда Российской Федерации 15 июня 2006 г. Постановление № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» обозначило условия недопущения провокации при проведении проверочной

закупки наркотических средств и психотропных веществ в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности.

Указанные предложения по совершенствованию российского оперативно-розыскного законодательства обусловлены необходимостью закрепления дополнительных нормативно-правовых гарантий, позволяющих при осуществлении оперативно-розыскной деятельности не создавать ситуаций, подобных изложенным в Постановлении Европейского суда «Ваньян против Российской Федерации». В то же время работа по совершенствованию российского законодательства должна учитывать и другие судебные решения Европейского суда по вопросам оперативно-розыскной деятельности, в том числе и по делам против других стран.

На это указывает, в частности, Председатель Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькин, отмечая, что «правовые позиции Европейского суда, излагаемые им в решениях при толковании положений Конвенции и Протоколов к ней, и сами прецеденты Европейского суда признаются Российской Федерацией как имеющие обязательный характер»¹.

Ю.В. Астафьев говорит о том, что «государство до сих пор не разработало правовой политики в сфере оперативно-розыскной деятельности. У граждан создается ощущение, что оперативно-розыскная деятельность носит какой-то полулегальный характер. Даже для юристов существование в качестве правового регулятора целой области правоотношений Закона, насчитывающего 23 статьи, — законодательный нонсенс»². Он предлагает на законодательном уровне определить для оперативно-розыскной деятельности свое место в системе средств государственной защиты охраняемых интересов, развернуто показать систему ее взаимосвязи с уголовно-процессуальными и уголовно-правовыми институтами.

В этой связи всемерной поддержки заслуживают предложения А.Ю. Шумилова о «формировании специальной отрасли права — уголовно-розыскного права и систематизации соответствующего законодательства»³.

¹ Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С приложением решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека. М., 2006. С. 19.

² Астафьев Ю.В. Совершенствование форм и методов оперативно-розыскной деятельности в правовом государстве. С. 11.

³ Шумилов А.Ю. Об уголовно-розыскном праве в России. М., 1998. С. 10.

В российском уголовном праве, уголовном процессе и законодательстве об оперативно-розыскной деятельности возникла насущная необходимость разработки комплекса защитительных мероприятий, предусматривающих не только недопустимость провокации со стороны оперативно-розыскных органов, но и неизбежную ответственность за ее организацию и проведение. То же самое относится и к иным оперативно-розыскным действиям «активного» характера.

Ю.В. Астафьев предлагает в качестве такого защитительного средства использовать процедуру судебного контроля за осуществлением оперативно-розыскной деятельности. По его мнению, в «контексте обеспечения прав и законных интересов граждан должны последовательно включаться расширение числа мероприятий, требующих судебного контроля, конкретизация задач суда при выдаче разрешения, усиление активности судьи при проверке оснований для проведения оперативно-розыскных мероприятий, исключение судом доказательств, сформированных на основе незаконных оперативно-розыскных мероприятий, направление судом материалов о провокационных мероприятиях в прокуратуру для возбуждения уголовного дела»¹.

Оперативно-розыскная деятельность немыслима без элементов секретности, закрытости. Однако такая закрытость не должна быть излишней. Естественно, суд, контролируя деятельность правоохранительных органов, должен соблюдать конфиденциальность.

Ю.В. Астафьевым предложен механизм судебного контроля, который выглядит следующим образом: оперативные органы перед проведением оперативно-розыскных мероприятий заявляют ходатайство перед судом о проведении такого мероприятия, в котором должны быть даны ответы на следующие вопросы:

1) особенности, касающиеся противоправного деяния, которые делают необходимым именно данное оперативно-розыскное мероприятие;

2) сведения о личности граждан, в отношении которых проводится мероприятие, и о лицах, которые могут быть возможными объектами мероприятия;

3) изложение конкретных целей оперативного эксперимента или проверочной закупки;

4) планируемое время проведения оперативного эксперимента (проверочной закупки);

¹ Астафьев Ю.В. Совершенствование форм и методов оперативно-розыскной деятельности в правовом государстве. С. 86.

5) обоснование невозможности использования других оперативно-розыскных мероприятий;

6) указание на получаемые ранее в отношении разрабатываемого лица санкции на производство оперативно-розыскных мероприятий;

7) технические характеристики средств, которые будут использоваться в процессе проведения мероприятия¹.

По окончании определенного судом срока производства оперативных мероприятий органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, обязаны предоставить отчет о его проведении и окончании.

По мнению Ю.В. Астафьева, соблюдение всех указанных требований сделает проведение оперативно-розыскных мероприятий обоснованными, а судебный контроль реальным.

Безусловно, позиция Ю.В. Астафьева в определенной степени представляется спорной, так как предлагаемые механизмы судебного контроля могут сказаться на оперативности в проведении оперативно-розыскных мероприятий.

С.В. Кугушева утверждает, что «пониженная общественная опасность преступления, совершенного под влиянием провокации, должна в конечном итоге отразиться на наказании лица, его совершившего (провоцируемого), а именно — смягчить его»². Таким образом, по ее мнению, целесообразно наряду с включением в Особенную часть УК нормы об уголовной ответственности за провокацию преступления дополнить ч. 1 ст. 61 УК РФ следующим обстоятельством, смягчающим уголовное наказание: «Совершение лицом преступления в результате провокации со стороны другого лица».

Этим «другим лицом» будет являться представитель правоохранительных органов, которого, по всей видимости, необходимо привлекать к уголовной ответственности за провокацию или по ст. 286 УК РФ.

На сегодняшний день действия лица, направленные на провокацию совершения преступления другим лицом, фактически не подлежат, несмотря на их очевидную высокую степень общественной опасности, уголовно-правовой оценке в том случае, если эти действия сами по себе не содержат признаков состава преступления, предусмотренного какой-либо статьей Особенной части УК.

В.К. Зникин, рассуждая над тем, чем отличаются оперативно-розыскные действия от следственных, приходит к убеждению, что про-

¹ Астафьев Ю.В. Оперативный эксперимент и провокация: критерии разграничения. С. 57.

² Кугушева С.В. Указ. соч. С. 25—26.

цессуальность или непроцессуальность того или иного действия определяется включением или невключением проводимого действия в текст уголовно-процессуального закона. В связи с этим он предлагает, что в ст. 74 УПК РФ можно внести поправку о том, что доказательствами, кроме перечисленных, являются и протоколы оперативно-технических мероприятий¹. Но если последовать этой логике, получится, что результаты ОРД минуя уголовно-процессуальный порядок сбора, проверки, и оценки доказательств, и это тем самым будет прямо нарушать права и законные интересы участников уголовно-процессуальной деятельности.

Следует согласиться также с предложением И.И. Крапивы, что приведение в соответствие нормативно-правового регулирования существующих отношений в области доказательного использования результатов оперативной деятельности возможно путем внесения изменений в редакцию ст. 89 УПК РФ, в связи с чем было бы целесообразным и вполне обоснованным предложить следующую редакцию рассматриваемой статьи: «Результаты оперативно-розыскной деятельности могут служить основой для формирования доказательств по делам лишь тогда, когда они соответствуют требованиям оперативно-розыскного законодательства»².

В предложенной редакции сознательно не применяется термин «использование результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств», чтобы тем самым позволить диспозиции редактируемой статьи охватить все возможные направления использования результатов оперативно-розыскной деятельности в процессе доказывания.

Также в данной редакции намеренно введено положение о соответствии результатов оперативно-розыскной деятельности «требованиям оперативно-розыскного законодательства». Это позволяет расширить диспозицию вводимой статьи и охватить тем самым как нарушения конституционных прав гражданина и человека при проведении оперативно-розыскных мероприятий, так и нарушения порядка проведения оперативно-розыскных мероприятий, нарушения порядка представления результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс и в целом все возможные нарушения оперативно-розыскных норм.

В то же время термин «соответствие результатов оперативно-розыскной деятельности оперативно-розыскному законодательству» позво-

¹ Зникин В.К. Указ. соч. С. 37.

² Крапива И.И. Указ. соч. С. 59.

ляет акцентировать проведение уголовно-процессуальной проверки результатов оперативно-розыскной деятельности на соответствие их именно Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности», составляющему ядро правовой системы оперативно-розыскной деятельности.

3.2. Особое производство по применению принудительных мер безопасности

Идея лояльного отношения к лицу, совершившему общественно опасное деяние (преступление) при активном участии спецслужб, заключается в изменении существующей системы государственного воздействия на данных лиц путем введения производства по применению принудительных мер безопасности в рамках уголовного процесса и прокурорского надзора за готовящимся или совершенным общественно опасным деянием, которое внешне по признакам напоминает преступление, но содержит в себе какой-либо из «искусственных» элементов состава, введенных представителями спецслужб государства в ходе проведения ими оперативно-розыскных мероприятий.

Идея смягчения уголовной ответственности (или даже замены ее на другие меры воздействия) за преступления, совершенные в некоторых ситуациях («пограничных» с недопустимой провокацией), может оказаться продуктивной.

Во-первых, речь идет о ситуациях, когда преступный умысел лица был сформирован объективно, вне зависимости от действий государственных структур, но его выявление контролируется ими. В этих ситуациях (при получении взятки — ст. 290 УК РФ, при похищении человека — ст. 126 УК РФ, при вымогательстве — ст. 163 УК РФ, при захвате заложника — ст. 206 УК РФ, при вымогательстве оружия — ст. 226 УК РФ, при вымогательстве наркотических средств — ст. 223 УК РФ и т.п.), хотя лицо и имело свободу выбора и умышленно осуществило все преступные действия, само преступление нельзя считать оконченным. Дело заключается в том, что проводимая в данных случаях операция (например, «меченые деньги») предполагает искусственное, а не реальное окончание преступления, когда преступник ни при каких обстоятельствах не может завладеть и распорядиться предметом взятки, вымогательства и т.п. Вот почему совершенно правильно и справедливо такие деяния стали в последние годы квалифицировать с применением ч. 3 ст. 30 УК РФ, то есть считать покушением на совершение преступления.

Во-вторых, речь идет о «мероприятиях, блокирующих преступность», «превентивных мероприятиях», «мерах безопасности» и др. Процедуры этих мероприятий предусмотрены в оперативно-розыскной теории и практике. К примеру, использование так называемых «ловушек» («предмет (вещь)-ловушка», «машина-ловушка», «квартира-ловушка», «фирма-ловушка», «сайт (электронный адрес, портал)-ловушка», «человек-ловушка» и т.д.) является важным компонентом таких оперативно-розыскных мероприятий, как оперативный эксперимент, контролируемая поставка, оперативное внедрение и т.п.

Учитывая, что в ходе их проведения идет активное вмешательство спецслужб в объективно происходящие процессы подготовки и совершения преступления, само преступление уже становится иным, отличным от преступления, где подобного вмешательства спецслужб нет. По сути это квазипреступление, в конструкциях его состава есть обязательно что-то искусственное, ненастоящее (ненастоящий предмет преступления, ненастоящий участник преступления и др.). Преступление в определенной степени смоделировано, создано искусственно спецслужбами и имеет в общем-то провокационную природу.

В сегодняшней практической деятельности результаты подобных оперативно-розыскных мероприятий в конечном итоге гипертрофически «срабатывают» на уголовный процесс: попавшихся в «ловушку» лиц привлекают к уголовной ответственности, признают преступниками, назначают уголовные наказания (очень часто связанные с реальным лишением свободы на длительные сроки), а затем эти лица считаются судимыми. Это неверно. Необходима другая система государственного воздействия на лиц, выявленных при активном участии спецслужб в процессе подготовки и совершения этими лицами общественно опасных деяний.

Такое государственное воздействие не может быть уголовной ответственностью. Его лучше обозначить как принудительное применение мер безопасности в рамках особого производства в уголовном процессе.

Принудительные меры безопасности являлись бы санкциями для лиц, которые выявлены в «оперативных играх» спецслужб в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий как готовящие, совершающие или совершившие общественно опасные деяния, внешне по всем признакам напоминающие преступление, но содержащие в себе какой-либо из искусственных элементов состава, введенных представителями спецслужб государства.

В зависимости от степени опасности совершенного лицом общественно опасного деяния, а также от характеристики личности совер-

шившего деяние принудительные меры безопасности должны носить дифференцированный характер.

Предлагается следующая *система принудительных мер безопасности*:

1. Профилактическая беседа с вынесением официального письменного предупреждения (предостережения).

Данная мера безопасности является основной и самой мягкой. Применить ее к лицу можно на основании вынесенного постановления руководителем органа, который проводил оперативно-розыскное мероприятие, выявил общественно опасное деяние и лицо, его совершившее.

2. Временная постановка лица на профилактический учет в органах МВД и нахождение его под профилактическим надзором.

История милицейской практики знает опыт установления над определенной категорией лиц, прежде всего — судимых за особо тяжкие и тяжкие преступления после их освобождения из мест лишения свободы, административного надзора, что давало значительные позитивные эффекты в контроле за состоянием преступности.

Профилактический учет и надзор в нашем предложении — это основная, а также дополнительная мера, применяемая наряду с основной мерой безопасности.

Применение данной меры безопасности возможно лишь с санкции прокурора как гаранта законности.

Процедурно применение данной меры безопасности может выглядеть следующим образом: прокурору представляются все материалы проведенного оперативно-розыскного мероприятия, объяснение лица, задержанного оперативниками, а также постановление руководителя оперативного подразделения о применении в отношении лица принудительной меры безопасности.

В случае санкционирования прокурором постановки лица на профилактический учет в органах МВД и возложения на него профилактического надзора ему разъясняются режим (порядок) учета и надзора и последствия его нарушения.

Продолжительность данной меры безопасности не должна превышать двух лет, в течение которых поднадзорное лицо периодически (к примеру, один раз в месяц) должно являться на регистрацию к определенному должностному лицу органа МВД, не менять без согласия органа МВД места жительства.

Данное лицо в любое время может быть подвергнуто проверке по месту жительства сотрудниками МВД.

В случае нарушений условий учета и надзора со стороны поднадзорного лица ему объявляется официальное предостережение, а как исключительный вариант — данная мера безопасности соответствующим образом может быть заменена судом на более строгую.

И наоборот, при наличии определенных положительных факторов поднадзорное лицо с согласия прокурора может быть досрочно снято с учета и надзора.

3. Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на определенный срок.

Применение данной меры безопасности возможно лишь на основании судебного решения.

Процессуальный порядок применения данной меры безопасности может выглядеть следующим образом: все материалы проведенного оперативно-розыскного мероприятия, объяснение лица, задержанного оперативниками, а также соответствующее постановление руководителя оперативного подразделения о применении в отношении лица принудительной меры безопасности представляются прокурору.

Прокурор изучает эти материалы, заслушивает доклад представителя оперативного подразделения и если ставит на постановлении визу «согласен», то все материалы незамедлительно передаются в суд.

Судья рассматривает данные материалы в закрытом судебном заседании с участием прокурора, представителя оперативного подразделения, а также лица, в отношении которого решается вопрос о применении меры безопасности.

В случае положительного решения выносится судебное постановление о применении в отношении лица принудительной меры безопасности.

В этом постановлении указывается срок временного лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью. Например:

- до 5 лет, если это основная (самостоятельная) мера безопасности;
- до 3 лет, если эта мера безопасности не основная (дополнительная).

Исполнение данной меры безопасности должно быть возложено на уголовно-исполнительные инспекции Федеральной Службы исполнения наказаний России.

Безусловно, при определенных условиях возможны варианты сокращения сроков лишения данного права, досрочного освобождения от применения данной меры безопасности и, наоборот, замена данной меры безопасности на более строгую.

4. Временное помещение лица в Центры безопасности.

Данная мера безопасности является исключительной и самой строгой. Ее применение возможно лишь на основании судебного решения.

Процессуальный порядок применения данной меры безопасности аналогичен вышеизложенному.

В судебном постановлении указывается срок помещения лица в Центр безопасности. Он должен быть в пределах санкции лишения свободы на определенный срок, который установлен УК РФ за общественно опасное деяние, выявленное в ходе проведения ОРМ при активном участии спецслужб.

Срок помещения в Центр безопасности должен зависеть от характера общественно опасного деяния, от стадии, на которой оно выявлено спецслужбами (стадия приготовления, покушения или оконченное деяние), от характеристики лица, совершившего данное деяние, смягчающих и отягчающих его вину обстоятельств, размера ущерба, который причинен или мог быть причинен деянием, и т.п.

Центры безопасности должны быть в системе Федеральной Службы исполнения наказаний России.

Данный Центр безопасности может представлять собой отдельный блок внутри действующего пенитенциарного учреждения.

Внешне функционирование подобного Центра будет похоже на исполнение уголовного наказания в виде лишения свободы, однако необходимо предусмотреть некоторые особенности, отличающие пребывание лиц, к которым применена принудительная мера безопасности, от лиц, на которых действует по приговору суда уголовное наказание.

К примеру, в данных Центрах лица должны находиться в своей гражданской одежде; на них не могут распространяться такие дисциплинарные наказания, как помещение в штрафные изоляторы, помещения камерного типа и т.п.

С этими лицами должна проводиться соответствующая воспитательно-профилактическая работа, так как весь смысл их нахождения в данном Центре заключается в том, чтобы сделать их поведение после освобождения из Центра безопасным для общества.

В связи с этим к данным лицам по решению суда вполне применимы процедуры условно-досрочного освобождения за примерное поведение, а также, наоборот, — продление по решению суда срока пребывания в Центре за ненадлежащее поведение, однако в пределах санкции статьи УК РФ, использованной при назначении данной принудительной меры безопасности.

Самое главное, пребывание в Центре безопасности не порождает для лица особого правового состояния — судимости.

Также следует положительно рассматривать вопрос о возможности применения к лицам, освобожденным из Центров безопасности, как дополнительной меры безопасности временную постановку на профилактический учет в органах МВД и нахождение их под профилактическим надзором.

Аналогичным образом необходимо подходить и к рассмотрению вопроса о возможности применения к лицам, освобожденным из Центров безопасности, как дополнительной меры безопасности лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на определенный срок.

5. Изъятие в доход государства предметов, вещей и иных ценностей незаконного оборота.

Данная мера безопасности всегда является дополнительной, факультативной.

Предметы и вещи, изъятые из гражданского оборота (наркотики, оружие, порнографические материалы и т.п.) должны уничтожаться или передаваться государству на основании постановления, вынесенного руководителем оперативного подразделения.

Иные предметы, вещи, ценности, законность владения, пользования которыми не подтверждено никакими доказательствами, по решению суда могут быть изъяты в доход государства на основании процедур, схожих с процедурами применения таких принудительных мер безопасности, как лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью.

При применении принудительных мер безопасности важно обратить внимание на следующие значимые моменты:

1. Лицу, задержанному в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия, гарантируется право на защиту.

Это лицо может само или через иных лиц заключить соглашение с адвокатом, а в случае нежелания или отсутствия возможности у лица заключить такое соглашение адвокат предоставляется лицу за счет государства в обязательном порядке.

Адвокат вступает в свои права с момента вынесения руководителем оперативного подразделения постановления о применении принудительной меры безопасности, а также с момента оперативного задержания; участвует в рассмотрении материалов прокурором и в суде.

Адвокат при работе с рассматриваемыми материалами пользуется полным набором полномочий, которые предоставляют ему Закон РФ

«Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», а также УПК РФ, Закон РФ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» (по аналогии).

Следовательно, адвокат может иметь встречи наедине со своим подзащитным, знакомиться с материалами оперативно-розыскного дела (кроме отдельных, где содержатся сведения об агентах, участвовавших в мероприятии, о тактике и методике проведения оперативно-розыскных мероприятий), заявлять ходатайства, предоставлять справки и иные материалы, приносить жалобы на действия и решения должностных лиц и т.п.

2. В ходе оперативно-розыскной деятельности не обойтись без такого процессуального действия, как оперативное задержание.

Правовое регулирование оперативного задержания должно быть аналогичным правовому регулированию задержания лица по подозрению в совершении преступления.

Срок оперативного задержания не должен превышать 48 часов. Именно этого срока должно быть достаточно для решения вопроса о применении к лицу принудительной меры безопасности. И только суд, рассматривая материалы о применении к лицу принудительной меры безопасности, может продлить данный срок на время рассмотрения необходимых материалов в суде.

В любом случае время оперативного задержания включается в срок постановки лица на профилактический учет в органах МВД и нахождения его под профилактическим надзором, в срок временного помещения лица в Центры безопасности.

Задержанные в оперативном порядке должны содержаться отдельно от всех иных категорий задержанных.

3. Решения руководителя оперативного подразделения, прокурора, суда о применении к лицу принудительных мер безопасности должно быть основано на достоверных фактах того, что оно готовило, совершало общественно опасное деяние, выявленное в ходе активного вмешательства спецслужб в это деяние при проведении оперативно-розыскного мероприятия.

Процесс доказывания в данном случае опять же аналогичен процессу доказывания в уголовном судопроизводстве: исследуются материалы оперативно-розыскного производства, объяснения лица, совершившего или пытавшегося совершить общественно опасное деяние, аудио-, видео-, фотоматериалы, при необходимости могут быть проведены экспресс-экспертизы (к примеру, фоноскопическая или иная другая криминалистическая и т.п.), получены заключения специалистов, истребованы

различные справки, характеристики, исследованы свидетельские показания, в том числе показания оперативных сотрудников, агентов, если принимается решение об их рассекречивании, обозрены вещественные доказательства и документы, исследованы различные протоколы и т.п.

В основу решений руководителя оперативного подразделения, прокурора, суда о применении или неприменении той или иной принудительной меры безопасности в отношении конкретного лица, совершившего или пытавшегося совершить общественно опасное деяние, должны быть положены допустимые, относимые, достоверные и достаточные доказательства.

4. При применении принудительных мер безопасности в полном объеме должны действовать процедуры обжалования принимаемых решений.

Лицо, в отношении которого принимается решение о применении принудительной меры безопасности, его законный представитель в случае несовершеннолетия лица, защитник (адвокат) могут обжаловать решения руководителя оперативного подразделения вышестоящему руководителю этого органа, надзирающему прокурору или в суд; судебные решения — в вышестоящий суд в порядке кассации и надзора.

Руководитель оперативного подразделения решение прокурора может обжаловать вышестоящему прокурору или в суд; решение суда — в вышестоящий суд в порядке кассации и надзора.

Прокурор на решение суда может принести кассационное, надзорное представление.

Остается рассмотреть важный и принципиальный вопрос — *о конкуренции уголовного наказания и принудительных мер безопасности.*

Если сотрудники спецслужб активно провели оперативно-розыскное мероприятие исключительно с целью выявить и задержать лицо, на счету которого имеются другие преступления, и они доказаны по уголовному делу, то уголовная ответственность данного лица должна наступать лишь за те преступления, которые были совершены им ранее, и по этим эпизодам преступной деятельности лица не было вмешательства спецслужб. А за общественно опасное деяние, которое было выявлено спецслужбами в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия и в процессе которого было задержано лицо, применение принудительных мер безопасности, а уж тем более применение уголовного наказания следовать не должны.

Однако если предыдущие факты преступной деятельности лица не доказаны и лицо задержано лишь в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия при активном участии спецслужб, то к нему возможно применить принудительные меры безопасности.

И еще очень важное требование к проведению оперативно-розыскного мероприятия при активном участии спецслужб: *данные мероприятия не должны быть плановыми «зачистками» по освобождению общества от неблагонадежных элементов.*

Проведению оперативно-розыскного мероприятия всегда должна сопутствовать обращающая на себя серьезное внимание оперативно-розыскная и иная информация о том, что именно это лицо (эти лица) совершают те или иные общественно опасные деяния.

К примеру, сотрудники УСБ органа МВД в гражданском и на гражданском автомобиле не должны тотально проверять «на благонадежность» всех сотрудников ДПС, ставя их всех под подозрение, что, безусловно, нарушает честь, достоинство личности, охраняемые Конституцией РФ.

Оперативно-розыскное мероприятие допустимо проводить лишь в отношении тех сотрудников ДПС, по которым имеется информация, что они «не чисты на руку» (от водителей, от коллег по работе, по «телефону доверия», в результате визуального анализа их легальных доходов и производимых расходов, образа жизни, позволяющих предположить, что они живут не по средствам, и т.п.).

«Сумку-ловушку», к примеру, на железнодорожном вокзале в зале ожидания можно использовать в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия не тогда, когда надо хоть кого-то поймать, чтобы улучшить показатели выявленных и раскрытых преступлений, а когда есть информация, что какой-то человек или группа людей промышляют на вокзале кражами оставленных пассажирами без присмотра вещей (к примеру, в линейном отделе МВД имеется уже несколько заявлений о кражах вещей от потерпевших — пассажиров, есть определенная информация от служащих вокзала и т.п.).

Только при строгом соблюдении всех требований законности применение принудительных мер безопасности не станет атрибутом полицейского государства, а будет адекватной мерой со стороны государства по обеспечению национальной безопасности в борьбе с преступностью.

Предложенная система мер безопасности не является универсальной, она требует серьезной проработки, но ею можно воспользоваться законодателю для конструктивной разработки механизма снисходительного отношения к подобного рода «аномальным преступлениям», а точнее — «аномальным схемам» выявления таких, безусловно, общественно опасных деяний.

При соблюдении всех процедурных гарантий в применении технологий мер безопасности вряд ли стоит опасаться того, что оперативные

сотрудники, «выполняя план по показателям своей деятельности» или руководствуясь корыстными, иными интересами, выполняя чьи-либо заказы и установки, «забезопасят» громадную массу людей, в том числе — ни в чем не повинных; что «не хватит центров безопасности — они все будут переполнены»; и др.

Проводимая, пускай даже медленными темпами, с ошибками и т.п., реформа судебной и правоохранительной систем в России все же ведет к тому, что должностные лица государства в сфере уголовной юстиции будут высокими профессионалами, действующими законно и справедливо, и российское общество, как и положено в цивилизованных правовых государствах, без иронии будет воспринимать презумпцию добросовестности оперативного работника, дознавателя, следователя, прокурора, тем более — судьи; а люди в государстве станут чтить Закон, в том числе и после того, когда непременно «обожгутся» о меры безопасности и уголовную ответственность в случае вступления с ним в спор.

Глава 4

«ОПЕРАТИВНЫЕ ИГРЫ» В КОНТЕКСТЕ ЗАКОННОЙ И НЕЗАКОННОЙ (ПРОВОКАЦИОННОЙ) ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

4.1. Общая характеристика «оперативных игр»

Планируемые и проводимые сотрудниками оперативных подразделений оперативно-розыскные мероприятия очень часто называют «операциями», «оперативными играми».

Такие «операции», «оперативные игры» — важный и подчас очень необходимый процессуальный поединок между государством в лице своих сотрудников спецслужб и индивидуумами, преступными группами (организованными группами, преступными сообществами, бандами и т.п.). В таких оперативных поединках, как и в криминалистической деятельности, в допустимых пределах и формах используются тактические приемы и комбинации, «хитрости» и т.п.

Бесконечны иллюстрации приемов и комбинаций криминалистической тактики проведения следственных действий, где используются обман и «хитрости» («психологические ловушки» с демонстрацией каких-либо объектов, которые должны способствовать получению показаний; прием «создание впечатления осведомленности следователя об обстоятельствах преступного события», но без прямого обмана; маскировка целей допроса и других следственных действий и др.).

Предлагаемые учеными-криминалистами технологии раскрытия и расследования преступлений не могут обойтись без использования в арсенале своих приемов, средств и методов обмана, дезинформации¹.

¹ См.: Бахин В.П. Тактические приемы раскрытия преступлений / В.П. Бахин, П.Д. Биленчук, В.С. Кузьмичев, М.А. Филиппова. Киев, 1991 ; Бахин В.П. Криминалистические приемы и средства разрешения следственных ситуаций / В.П. Бахин, П.Д. Биленчук, В.С. Кузьмичев. Киев, 1991; Бахин В.П. Полицейский допрос (советы допрашиваемому). Алматы, 1997 ; Бахин В.П. Допрос на предварительном следствии / В.П. Бахин, М. Когамов, Н. Карпов. Алматы, 1999 ; Бахин В.П. Допрос. Лекция. Киев,

Аналогичные приемы предусмотрены и в технологиях оперативно-розыскной деятельности¹.

Действительно, как, например, секретный сотрудник может быть внедрен в преступную группировку для разработки без обмана и дезинформации о характере этой личности, намерениях? Как оперативный работник или агент могут получить необходимые данные от подозреваемого или его пособников, если не скрыть свой подлинный интерес, не замаскировать свою цель?

Но все эти действия носят разведывательный характер, направленный на получение оперативно-розыскной информации о лицах, готовящих, совершающих или совершивших преступление, о самом преступлении.

В этой связи еще раз необходимо подчеркнуть:

— для *оперативного эксперимента* очень важен такой оперативно-игровой момент, как моделирование организаторами эксперимента ситуации, в которой разворачивается или будет разворачиваться общественно опасное деяние;

— для *проверочной закупки* важен сам момент покупки «не настоящими покупателями» у истинного продавца товара, чаще всего выведенного из гражданского оборота, для проверки действительности преступной деятельности продавца.

И в оперативном эксперименте, и в проверочной закупке могут быть использованы «меченые деньги».

1999 ; Белкин Р.С. Курс криминалистики. Криминалистические средства, приемы и рекомендации. М., 1997 ; Белкин Р.С. Нравственные начала деятельности следователя органов внутренних дел. Лекция. М., 1999 ; Карнеева Л.М. Проблемы соотношения теории криминалистики и уголовно-процессуальной науки со следственной практикой // Актуальные проблемы советской криминалистики. М., 1980 ; Кирпичников А.И. Взятка и коррупция в России. СПб., 1997 ; Ларин А.М. Криминалистика и паракриминалистика. М., 1996 ; Пантелеев И.Ф. Некоторые вопросы психологии расследования // Труды ВЮЗИ. Вып. XXIX. М., 1973 ; Сегай М.Я. Методология судебной идентификации. Киев, 1970 ; Строгович М.С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности // Виктимология и профилактика правонарушений. Иркутск, 1979 ; и др.

¹ См.: Алферов В.Ю. Оперативный эксперимент и провокация / В.Ю. Алферов, В.Л. Ильиных. Правоведение. 1998. № 1. С. 69—70 ; Волженкин Б.В. Провокация или оперативный эксперимент? // Законность. 1996. № 6. С. 26—30 ; Замошкин С. Взятка. А может быть провокация? // Чистые руки. 1999. № 2. С. 82 ; Капитанов Н. Эксперимент или подстрекательство // Законность. 1996. № 5. С. 34—35 ; Котин В.П. Провокация взятки (к проблеме совершенствования законодательства) // Государство и право. 1996. № 2. С. 82—87 ; Практика уголовного сыска. Научно-практический сборник / сост. А. Ваксан. М.: Лига Разум, 1999. С. 102—103 ; Селезнев М. Эксперимент или провокация? (к вопросу о борьбе с коррупцией) // Российская юстиция. 1996. № 5. С. 51 ; и др.

«Оперативные игры» преследуют следующие цели:

— проведение оперативной разведки преступных намерений и преступной деятельности заподозренного лица, в том числе, чтобы обосновать перед ведомственным руководителем, прокурором, судом достаточность и обоснованность появившегося подозрения в отношении данного лица;

— взятие заподозренного лица (лица, попавшего в оперативную разработку) с поличным.

«Оперативная игра» может пресечь, предупредить преступную деятельность лица. Однако момент пресечения и предупреждения выбирается исходя из поставленных оперативных задач. В настоящее время чаще всего такая общественно опасная деятельность пресекается на этапе взятия лица с поличным, чтобы были все основания для возбуждения уголовного дела и веские, неопровержимые доказательства, подтверждающие такую деятельность. Именно возбужденное уголовное дело — пусть даже и с применением в квалификации преступного деяния ст. 30 УК РФ (покушение) — есть самый желаемый показатель эффективности и результативности проведенной «оперативной игры». Пока в действующем законодательстве нет особого производства о применении к лицу принудительных мер безопасности, предупредительная миссия «оперативной игры» без возбуждения уголовного дела не будет котироваться в отчетных показателях оперативных подразделений.

Исходя из предложенных в предыдущих главах подходов к проведению оперативно-розыскных мероприятий («оперативных игр») — оперативного эксперимента и проверочной закупки, представляется важным наглядно показать некоторые модели, которые исключают провокации в противовес тем моделям, в которых провокационная составляющая доминирует.

4.2. «Оперативные игры» при раскрытии и расследовании заказных убийств (убийств, совершенных по найму)

Представляет интерес анализ специфического оперативного эксперимента, который в указанном выше милицейском учебнике по основам оперативно-розыскной деятельности называется еще «оперативной игрой».

Так, получив конфиденциальную информацию о том, что «должник» решил нанять киллера для убийства своего «кредитора», оперативные

сотрудники задержали киллера, которому «должник» назначил встречу по телефону.

Вместо задержанного киллера на место встречи пришел сотрудник уголовного розыска, ставший под легендой исполнять роль киллера.

«Должник» (он же — заказчик убийства) и «киллер» оговорили условия заказа, а «киллер» даже получил от заказчика аванс за «работу».

Через несколько дней заказчик и «киллер» встретились вновь, и «киллер» доложил ему о результатах «успешно выполненной работы». Жертва, разумеется, уже находилась в безопасном месте и рассказала о деталях своих взаимоотношений с заказчиком собственного убийства.

Чтобы убедить заказчика, что его заказ выполнен, были сделаны фотографии «окровавленного трупа жертвы», пущен слух о внезапном исчезновении жертвы. Подчас дезинформация подобного рода распространяется с помощью средств массовой информации.

Оперативники, выступая в роли посредников или исполнителей заказа, на встречу с заказчиком прибывают с соответствующими техническими средствами фиксации оперативной информации. Сам процесс задержания заказчика начинается с момента пересчета денег и передачи их «исполнителю» или «посреднику». Тем самым доказательственная база по делу выглядит обеспеченной, а заказчик задерживается с полным.

В рассматриваемом оперативном эксперименте — «игре» — присутствуют оперативные инсценировки, но провокационная составляющая не просматривается, так как существуют реальный заказчик преступления, подысканный им реальный исполнитель, и до последнего момента (момента расчета за преступление) заказчик добровольно не отказывается от своих преступных намерений. А оперативный сотрудник — «игрок» — никакими своими действиями при встречах с заказчиком не подталкивает, не склоняет, не провоцирует к осуществлению до конца его преступных намерений.

И в этой ситуации определенная часть объективной стороны преступления идет под контролем спецслужб государства. Хотя и есть при этом «оперативная игра», но активного вмешательства спецслужб государства в процесс реализации преступного умысла лица, решившегося на совершение общественно опасного деяния, нет, и у этого лица есть выбор между продолжением осуществления задуманных им преступных планов или отказом от их реализации.

Другое дело — квалификация преступления, совершенного этим лицом при «оперативной игре».

Действия заказчика в рассмотренном случае должны быть квалифицированы как организация приготовления к совершению убийства, то есть ст.ст. 33 п. 3, 30 п. 1, 105 (соответствующей части) УК РФ, а действия нейтрализованного оперативными сотрудниками киллера — по ст.ст. 30 ч. 1, 105 (соответствующей части) УК РФ.

Усложненным вариантом, если брать за основу рассматриваемый казус, была бы ситуация, когда реальный заказчик убийства каким-либо образом вышел бы не на настоящего киллера, а на сотрудника или агента спецслужб — «человека-ловушку». Но и в этой ситуации сложно вычленить провокационные элементы в «оперативной игре» сотрудников спецслужб.

«Игры» по данной тематике могут разворачиваться и по следующему сценарию.

Оперативным службам становится известно, к примеру, о заказе на убийство определенного лица. Сотрудники выходят на киллера. Далее или киллер вынужден «работать» на оперативников, или вместо киллера преступление, задуманное заказчиком (теперь оно становится «игрой» спецслужб), завершает или легендированный под киллера оперативный сотрудник, или, опять же, легендированный все под того же киллера агент спецслужб. «Актерам» (не без помощи соответствующих специалистов) остается сделать профессионально инсценировку заказного убийства (вполне возможно при этом измазать жертву кетчупом или краской, заснять «труп» во всех ракурсах, даже показать этот «кровавый сюжет» по телевидению, к примеру, в передаче «Чрезвычайное происшествие» и др.).

Затем «актер» с фото-, видеофактами идет на встречу с заказчиком убийства. И в момент получения от него денежной суммы за «кровавую работу» происходит операция по задержанию с поличным.

При проведении данной «игры» очень уместно использовать оперативные (скрытые) видео-, аудиозапись и фотографирование всех встреч и телефонных разговоров «актера» и заказчика — все это будет впоследствии важными доказательствами по уголовному делу, полученными в результате законно проведенных наблюдений и прослушиваний телефонных переговоров, а также свидетельствами того, что «актер» не склонял заказчика к преступлению, то есть не использовал провокации.

Вне всякого сомнения, действия заказчика убийства будут квалифицированы в ситуации контролируемой государством «оперативной игры» как покушение на организацию убийства.

И в такой «игре», где нет даже намека на провокацию, где умысел организатора убийства возник и развивался без влияния кого-либо

извне, действия оперативных сотрудников выглядят честными, законными и высокопрофессиональными.

4.3. «Оперативные игры» при раскрытии и расследовании похищений человека

Типичной является ситуация, когда родные и близкие, несмотря на угрозы похитителей об опасных последствиях для заложника в случае обращения родственников в правоохранительные органы, все же идут за помощью в оперативные подразделения.

Оперативники разрабатывают оперативный эксперимент, связанный с обменом захваченного похитителями заложника на деньги или иные ценности. При этом в обмене могут участвовать проинструктированные надлежащим образом родственники заложника или же профессиональные оперативники, действующие негласно. В обменной операции, как правило, задействованы «меченые деньги», используются фото-, видеофиксация, аудиозапись «операции» («оперативной игры») при ее подготовке и проведении — захват (задержание) похитителей, получивших «меченые деньги», освобождение заложников и др.

Вне всякого сомнения, в такой «оперативной игре» отсутствует провокационная активность сотрудников спецслужб. Основными участниками «оперативной игры» являются реальные преступники, диктующие свои преступные условия родственникам заложника, и реальные жертвы. Учитывая, что в данной ситуации «оперативная игра» идет под контролем спецслужб, уголовно-правовая квалификация инкриминированного похитителям деяния будет включать в себя покушение на это деяние (квалификация через ст. 30 УК РФ).

4.4. «Оперативные игры» с использованием так называемых «оперативных ловушек»

Сложнее будут выглядеть «оперативные игры» с использованием «ловушек»: «человек-ловушка», «предмет-ловушка», «квартира-ловушка», «фирма-ловушка», «машина-ловушка», «сайт-ловушка», «телефон-ловушка» и др.

В первую очередь для исключения провокационных составляющих необходимо еще раз оговориться, что «оперативные игры» с использованием «ловушек» не должны проводиться на «авось», для увеличения

показателей выявленных и раскрытых преступлений. Все эти «игры» нужно проводить исключительно при наличии определенной — достаточной и заслуживающей доверия — оперативной информации, что в данное время и в данном месте действует (действуют) некоторое лицо (некоторые лица, преступные группировки), которые совершили, совершают, планируют совершить общественно опасные деяния.

Далее важно, чтобы в условиях реальной криминальной ситуации, в которой будет разворачиваться «оперативная игра», оперативные сотрудники и их помощники искусственно не проявляли ни криминальной, ни иной активности.

Все это будет более понятным, если рассмотреть несколько моделей «оперативных игр» применительно к ситуациям конкретных общественно опасных деяний —готавливаемых (планируемых), совершаемых.

Например, правоохранные органы располагают информацией, что в определенном регионе действует преступная группа, похищающая людей и вымогающая за их освобождение от родственников денежные суммы и ценности. Родственники опасаются угроз похитителей, не обращаются к властям, передают преступникам требуемые ими деньги и ценности в обмен на освобождение заложников.

Сотрудники спецслужб, используя свой профессиональный опыт, изучив психологический портрет похитителей и их «криминальный почерк», искусственно моделируют ситуацию, в которой преступники в последующем совершают похищение «человека-ловушки» (легендированного профессионала — оперативника или агента спецслужб).

Далее «оперативная игра» разворачивается по типичному сценарию, описанному выше: «выполнение» требований похитителей и передача им «родственниками» «заложника» «меченых денег», освобождение «заложника» и захват «с поличным» похитителей».

Как видно, в описанной модели настоящие (без кавычек) — только похитители, а все остальные «игроки» и сама «игра» — не настоящие (в кавычках).

В отсутствие особого производства по применению принудительных мер безопасности и исходя из сложившейся в настоящее время практики такие похитители, непременно, будут привлечены к уголовной ответственности, но квалификация совершенного ими деяния будет дана с применением ст. 30 УК РФ.

«Человек-ловушка» является эффективным инструментом для выявления сексуальных маньяков, когда, к примеру, в районе, где маньяк объявился, оперативники организуют достаточно опасную, но необходимую «оперативную игру» с использованием специально подготовленных людей

(оперативных сотрудников или же их агентов, «гуляющих» на обозначенных маршрутах и вызывающих на себя общественно опасную атаку маньяка, которого при этом профессионально задерживают, а далее — все по сценарию, описанному выше.

Аналогичные «оперативные игры» можно проводить, используя:

- «квартиру-ловушку», когда, например, есть оперативная информация, что в микрорайоне орудует банда квартирных грабителей: вычисляется «криминальный почерк» преступников, на определенных квартирах выставляются засады оперативных сотрудников...;

- «машину-ловушку», когда, например, для вычисления угонщиков автомобилей в определенных местах выставляются определенные автомобили и засады оперативных сотрудников...;

- «сайт-ловушку» для вычисления, например, распространителей порнопродукции, экстремистских материалов и др. ...

С использованием указанного выше «сайта-ловушки» автор столкнулся в ходе правозащитной деятельности, давая юридическую консультацию в отношении приговора Новгородского городского суда от 29 февраля 2008 г. по уголовному делу Слизиких Д.В.

Подсудимый, просматривая тематические порносайты в интернете на своем персональном компьютере, столкнувшись с текстом: «Не будьте «п...ми» (оскорбительное слово, имеющее то же смысловое значение, что и слова «гомосексуалисты», «геи»), скиньте фото малолеток или подростков в папку... (далее указывался электронный адрес)», — сбрасывал на специальный сайт интернета порнографические изображения. По подсчетам следствия, примерно за два месяца подобного сброса на сервер порнофотографий туда было осуществлено более 250 обращений.

Слизиких был признан судом виновным в совершении преступления, предусмотренного п. «б» ч. 2 ст. 242-1 УК РФ, и приговорен к трем годам реального лишения свободы.

В данной ситуации «сайт-ловушка» виден невооруженным глазом, а текстовое обращение со словами: «не будьте..., скиньте...» есть ни что иное как провокационное воззвание к неопределенному кругу лиц, в числе которых оказался и молодой человек Слизиких Денис.

- «предмет-ловушку» для вычисления, например, орудующих на транспорте карманных воров (одновременно с «предметом-ловушкой» в данной ситуации задействован и «человек-ловушка»)...

- «фирму (магазин и т.п.)-ловушку», например, для вычисления лиц, которые намереваются приобрести наркотические, химические, ядовитые, взрывчатые вещества, оружие, боеприпасы и т.п. ...

В связи с этим примером вновь обратимся к западному опыту борьбы с незаконным оборотом наркотиков, который, безусловно, интересен и полезен.

Так, для получения информации о незаконном обороте наркотиков полиция США, ФРГ и других стран использует различные официальные прикрытия («магазины, бюро, личные фирмы-приманки»).

Вот как обнаруживаются и разоблачаются преступные лаборатории по производству наркотиков с использованием «магазина-приманки».

На свои средства администрация по борьбе с наркоманией Министерства юстиции США покупает магазин по продаже химических реактивов и лабораторного оборудования. Средства негласной видео- и звукозаписи фиксируют там всех покупателей. По перечню закупленных предметов и реактивов определяют производителей наркотиков. От здания магазина за ним устанавливается скрытое наблюдение. Магазин предлагает услуги инженера-химика, в качестве которого выступает сотрудник администрации по борьбе с наркоманией. После того как «химик» (по сути дела — «человек-ловушка») наладит производство и сделает пробную партию наркотиков, он подает сигнал, и лабораторию захватывает полиция¹.

В российской юридической литературе высказываются предложения о внедрении «новых правовых технологий в борьбе с наркобизнесом и наркоманией» (институт «мнимого соучастия», позволяющего раскрывать сеть наркоторговцев; «закупки доверия» и др.)².

С точки зрения классического уголовного процесса такие технологии напрямую связаны с провокациями и не могут быть использованы для получения допустимых доказательств и привлечения лица к уголовной ответственности.

И опять же следует подчеркнуть, что в отсутствие в действующем российском законодательстве особого производства по применению принудительных мер безопасности и исходя из сложившейся в настоящее время практики, попавшие в «ловушки», вне всякого сомнения, опасные для общества люди, будут привлечены к уголовной ответственности по соответствующим статьям Уголовного кодекса Российской Федерации, но квалификация совершенного ими общественно опасного деяния будет дана с применением ст. 30 УК РФ.

¹ Михайлов В.И. Противодействие легализации доходов от преступной деятельности: правовое регулирование, уголовная ответственность, оперативно-розыскные мероприятия и международное сотрудничество. СПб.: Юридический Центр-Пресс, 2000. С. 158.

² Курченко В. Отграничение провокации от действий при пресечении преступлений // Законность. 2004. № 1. С. 11.

4.5. Некоторые примеры из «коллекции» «оперативных игр»

Интересно привести пример из собираемой «коллекции» «оперативных игр», который наглядно показывает очень тонкую грань между провокацией и законным оперативно-розыскным мероприятием (оперативным экспериментом).

«Вертолет» в абортарии» (так была названа статья в одном из номеров «желтой» красноярской прессы).

Суть дела заключалась в следующем: хирург-гинеколог и анестезиолог, работающие в абортарии, вступили в сговор с неким Борисом, который, используя свой поистине артистический дар, привозил к ним мужчин, пожелавших заняться за деньги экзотическим сексом — с женщинами, находящимися в гинекологическом кресле и введенными врачами в наркотический сон.

Когда одна из женщин, на которую наркоз не оказал должного воздействия, сообщила в милицию об изнасиловании, то там решили провести оперативный эксперимент. На Бориса «вывели» сыгравшего роль «сексуально озабоченного кавказца» оперативного сотрудника (по сути дела «человека-ловушку»), который артистично «доиграл сюжет» до момента, когда передал врачам «меченые деньги» и оказался наедине с женщиной, введенной в наркоз и находившейся в гинекологическом кресле. И лишь в этот момент он, используя средства связи, вызвал в абортарий своих коллег-оперативников, где все участники криминального действия и были взяты с поличным...

Повседневная практика изобилует примерами, когда логика и здравый смысл, неукоснительное следование требованиям законности отступают, а им на смену идет нечто другое. И это «другое» можно проиллюстрировать на некоторых весьма понятных примерах, в которых очень красочно проявляется провокация.

1. «Стеклянная преступность»¹.

Это термин практиков, их сленг, за которым чаще всего скрывается следующая провокационная схема. «Свой человек» оперативных работников (конфидент, внештатный сотрудник, правонарушитель, «сидящий на крючке» и т.п.), который заранее знает, что его имуществу (сумке, портмоне и т.п., часто даже — не его имуществу, а передан-

¹ Мы бы назвали такого рода преступность «клонированной» — ведь по сути дела в рассматриваемых выше ситуациях представители государственной власти — сотрудники правоохранительных органов своими руками изготавливают «матрицу» преступления через спланированное ими оперативно-розыскное мероприятие, а в результате проведения такого мероприятия получают «клон» преступления.

ному ему оперативными работниками для проведения «операции») не будет причинено никакого ущерба, что «преступление» с самого начала контролируется милиционерами, где-нибудь на вокзале в зале ожидания, в парке на лавочке и т.п., якобы «забывает» свою сумочку, портмоне и т.п., «рассматривая» витрины киосков, идя в туалет и т.п. Когда же на «наживку» (сумочку, портмоне и т.п.) «клюнула рыба», то есть кто-то из ничего не подозревавших о провокации сограждан, то в момент «похищения» им «наживки» вдруг, откуда ни возьмись, появляются милиционеры, понятые, «жертва», фото-, видеосъемка и т.п. Возбуждается уголовное дело, проводятся неотложные следственные и процессуальные действия — допросы «потерпевшего», «подозреваемого», осмотры «места происшествия и предметов», приобщение их в качестве «вещественных доказательств», задержание «подозреваемого», затем — последующий его арест и т.д. Иногда дознаватель или следователь, не посвященный в «тайну провокации», искренне верит, что это настоящее преступление.

Более того, известны случаи, когда за день на одну и ту же «сумочку» у одного и того же человека «посягали» несколько «преступников». «Преступники» затем, встретившись вместе в камере ИВС, в разговоре между собой узнавали, что все они «сидят» за «сумки», которые пытались «похитить» у мужчин на вокзале возле киоска.

Еще комичнее выглядит впоследствии ситуация в суде. В один день судья рассматривает пять дел о «кражах». По всем делам один и тот же «вещдок» — сумка, один и тот же «потерпевший». Разные только «подсудимые» в «клетке». Все это было бы смешно, если бы не было реальными фактами из практики.

Подобный, очень распространенный способ провокации применяется оперативными работниками достаточно часто, так как он основан на российской ментальности — взять себе то, что «плохо лежит». Представляется этот способ как разновидность оперативного эксперимента с использованием «человека-ловушки» и «предмета-ловушки».

2. *Ломка наркомана*.

Также очень распространенная «операция» спецслужб (проверочная закупка), когда к заподозренному в сбыте наркотиков гражданину, а иногда и к совершенно случайным людям «на авось» оперативники подсылают чаще всего настоящего, «находящегося на крючке», наркомана, снабжая его мечеными денежными купюрами. Задача наркомана (по сути дела «человека-ловушки») — изобразить «ломку», упросить, умолить — хоть на коленях — попавшееся в оперативную разработку лицо продать наркотик. После артистично сыгранной картинки, когда

лицо по каким-либо мотивам (жалость, жажда наживы и т.д.), иногда не сразу, а спустя некоторое время, все же продает наркоману наркотик, появляются, «как из-под земли», милиционеры, понятые, фото-, видеосъемка, возбуждается уголовное дело, идут допросы, осмотры, экспертизы, производятся задержание, арест, следствие, а затем — суд и длительный срок лишения свободы...

Как видно, «ловушки» сегодня могут быть и инструментом не провокационной «оперативной игры», финал которой — возбуждение уголовного дела и привлечение виновных лиц к уголовной ответственности.

А при введении на законодательном уровне особого производства по применению принудительных мер безопасности «ловушки» могут стать эффективным инструментом блокирования общественно опасных деяний и общественно опасных лиц, их готовящих и совершающих.

И вряд ли стоит опасаться, что подобные «ловушки» сделают государство полицейским, тоталитарным, что такой превентивный инструментарий в борьбе с общественно опасными проявлениями будет нарушать права человека и т.п.

Если члены общества от имени государства будут официально извещены о механизмах превенции общественно опасных деяний, то многие из них, особенно не относящиеся к законопослушной части, будут опасаться преступать черту закона.

Заключение

Проблемы, связанные с провокациями, как видно из проведенного исследования, имеют свое начало в оперативно-розыскном процессе.

Действительно, если исходить из того, что преступление — это явление материального мира, то субъекты, ведущие уголовный процесс, не могут непосредственно наблюдать картину подготовки и совершения преступного деяния. В лучшем случае они могут видеть последствия совершенного преступления — телесные повреждения у жертвы, труп, взломанный замок двери обворованной квартиры, искореженные после ДТП автомобили и т.п.

Вместе с тем современные технические возможности позволяют сегодня сотрудникам правоохранительных органов брать под контроль определенные этапы подготовки и совершения преступления — через прослушивание разговоров фигурантов преступления (телефонных, между собой непосредственно и т.п.), видеофиксацию их преступной активности, через информацию от внедренных агентов и др.

В таких ситуациях всегда важно определиться — в какой момент стоит должностным лицам государства вмешаться:

- на этапе подготовки преступления, тем более что предупреждение и пресечение преступлений является первоочередной миссией правоохранительных органов; но тогда возникает опасность, что преступники, не взятые с поличным, не всегда смогут быть привлечены к уголовной ответственности;

- на этапе покушения на преступление, когда определенная часть объективной стороны совершения преступления преступниками выполнена.

Опасность провокации как раз и возникает, когда сотрудники правоохранительных органов позволяют преступникам втянуться в «оперативную игру» (проверочную закупку, контролируруемую поставку, оперативный эксперимент) — тогда они и начинают своим поведением реализовывать объективную сторону преступного деяния.

В данной работе показано, что, когда работа должностных лиц правоохранительных органов уходит с классического пути расследования преступления (заявление о совершенном преступлении, работа на раскрытие и расследование его — оперативный поиск информации о свидетелях и иных важных обстоятельствах совершенного преступления, допросы свидетелей, потерпевших, осмотры, экспертизы и т.д.),

«оперативная игра» до определенных пределов может быть вполне легальной, оправданной и достаточно результативной. И эту «игру» сложно назвать провокацией, так как активного вмешательства спецслужб в объективно протекающие преступные процессы не происходит: они идут под контролем спецслужб, но все же без подстрекательства, подталкивания лица со стороны «людей государства» (сотрудников, агентов) к совершению им преступления, без вовлечения его «людьми государства» в преступный процесс. Причем даже в этой ситуации, учитывая, что лицо все же действует под контролем спецслужб и не сможет довести свой преступный умысел до конца по не зависящим от него причинам, государство квалифицирует деятельность преступника не как оконченный состав преступления, а как приготовление или покушение на него с учетом ст. 30 УК РФ смягчает его участь.

В результате анализа блокирующих преступления «оперативных игр» со стороны сотрудников спецслужб государства было предложено ввести в уголовный процесс особое производство по применению принудительных мер безопасности, рассмотрены детали этого особого производства и характер принудительных мер безопасности, главная особенность которых — отсутствие правового состояния судимости у лица, совершившего под контролем государства общественно опасное деяние.

Если же «оперативная игра» «людей государства» отличается своим активным воздействием на лицо, которое готовит преступление, активно подталкивает его к началу осуществления преступной деятельности, то такая «игра» и есть провокация, которая должна быть наказана в уголовном порядке.

Приложения

В качестве приложения предлагаем несколько консультативных заключений, составленных Н.Г. Стойко — в настоящее время доктором юридических наук, доцентом, заведующим кафедрой уголовного процесса Юридического института Сибирского федерального университета, а также автором данной монографии.

Заключения Н.Г. Стойко давались по уголовным делам, где автор и его коллеги выступали по ним как адвокаты.

Данные заключения связаны с оценкой законности проведения оперативно-розыскных мероприятий, в том числе и с оценкой провокаций при их проведении.

Данные заключения не являются доказательствами по уголовным делам, но были приобщены к ним в качестве процессуально значимых документов, которые, вне всякого сомнения, учитывались субъектами, ведущими уголовный процесс, при оценке доказательств по уголовному делу и при принятии по нему процессуально значимых решений в пользу защитников и их подзащитных.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

**по уголовному делу № 16179361 Недошовенко А.В.
(запрос адвоката А.Д. Назарова)**

ФАКТИЧЕСКИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ПОДЛЕЖАЩИЕ ОЦЕНКЕ

В декабре 2006 года старший оперуполномоченный Ачинского межрайонного отдела (МРО) Регионального управления Федеральной службы по контролю за незаконным оборотом наркотиков (РУФСН) России по Красноярскому краю В.Г. Винников получил из нерассекреченного источника оперативную информацию о том, что житель города Ачинска — А.В. Недошовенко — осуществляет деятельность, связанную с незаконным оборотом наркотиков. В данной связи В.Г. Винников начал осуществлять проверку этой информации в соответствии с ФЗ РФ «Об оперативно-розыскной деятельности». 23 декабря от конфиденциального источника, данные о котором не раскрыты, он узнал о том, что А.В. Недошовенко в вечернее время или в ночь на 24 декабря будет находиться в баре (клубе) «Эдем плюс» г. Ачинска и может иметь при себе наркотическое вещество героин. На основании указанной информации В.Г. Винников принял решение о проведении оперативно-розыскного мероприятия «Наблюдение», санкционированное руководителем Ачинского МРО РУФСН.

К осуществлению мероприятия были привлечены четыре оперативных сотрудника, включая двух шоферов. При этом В.Г. Винникову и еще трем сотрудникам было выдано табельное оружие (пистолеты и автоматы), не снаряженное, как утверждал В.Г. Винников, патронами потому, что в баре предполагалось большое скопление народа. Перед началом оперативно-розыскного мероприятия все его участники были проинструктированы о необходимости производства задержания А.В. Недошovenко, фотография которого им была продемонстрирована. Причем, как следует из показаний В.Г. Винникова, он не был уверен в том, что А.В. Недошovenко появится в клубе и может иметь при себе героин. Целью задержания был личный досмотр и установление факта наличия или отсутствия у подозреваемого наркотиков.

Во время оперативно-розыскного мероприятия трое сотрудников были в форменной одежде, а В.Г. Винников — в гражданской одежде.

24 декабря 2006 г. около 1 часа в ходе оперативно-розыскного мероприятия «Наблюдение» В.Г. Винников обнаружил в помещении ночного клуба «Эдем плюс» А.В. Недошovenко, стоящего в окружении приятелей у стойки бара, и подал условный сигнал оперативной группе, находящейся вне помещения, для осуществления задержания. После этого он увидел, что А.В. Недошovenко направляется к выходу, решил, что объект наблюдения предпринимает попытку скрыться и, возможно, избавиться от наркотиков, и предпринял меры к самостоятельному его задержанию (захвату) с использованием табельного оружия. В ходе задержания, происходившего в условиях большого скопления людей, громко звучащей музыки и при полумрачном мигающем цвето-музыкальном освещении, В.Г. Винников и А.В. Недошovenко нанесли друг другу многочисленные удары в область головы и тела.

Согласно заключению судебно-медицинской экспертизы, здоровью В.Г. Винникова был причинен вред средней тяжести в виде телесных повреждений: кровоподтеки на лице и туловище, подконъюнктивальное кровоизлияние левого глаза, перелом скуловой кости слева со смещением.

При наличии указанных повреждений В.Г. Винников после доставления А.В. Недошovenко в Ачинское МРО РУФСН произвел его личный досмотр, в ходе которого обнаружил сверток из полимерного материала черного цвета, сотовый телефон, автомобильный ключ, портмоне с деньгами в сумме 29 100 рублей. Сверток и деньги были изъяты, остальные предметы возвращены задержанному. При этом В.Г. Винников забыл отметить в протоколе факт возврата портмоне. Через два часа после первого досмотра В.Г. Винников произвел второй досмотр, в ходе которого изыал у А.В. Недошovenко джинсы и сотовый телефон.

Сразу после доставления А.В. Недошovenко в Ачинское МРО РУФСН к нему приехал его адвокат. Однако ему было запрещено контактировать с ним до решения вопроса о возбуждении уголовного дела.

Оперативно-служебные документы, составленные В.Г. Винниковым по результатам указанной выше деятельности, были представлены следователю, который на их основании утром 24 декабря 2006 г. возбудил уголовное дело по признакам ст. 228-1 УК РФ. Впоследствии они легли в основу принятия решения о заключении А.В. Недошovenко под стражу и обвинении его в совершении преступления, предусмотренного ст. 228-1 УК РФ.

7 января 2007 г. В.Г. Винников обратился с заявлением в Ачинскую межрайонную прокуратуру о привлечении А.В. Недошovenко к уголовной ответственности в соответствии со ст. 318 УК РФ в связи с оказанием данным гражданином ему сопротивления как представителю органа власти (хотя имел возможность сделать это в ночь с 23 на 24 декабря 2006 г., обратившись к находившемуся в помещении Ачинского МРО РУФСБН заместителю межрайонного прокурора). В тот же день в отношении А.В. Недошovenко было возбуждено уголовное дело по признакам ст. 318 УК РФ. В.Г. Винников признан потерпевшим. Уголовные дела, возбужденные в отношении А.В. Недошovenко, соединены в одно производство и в настоящее время соединенное уголовное дело с обвинительным заключением направлено в суд.

ВОПРОСЫ, ПОСТАВЛЕННЫЕ НА РАЗРЕШЕНИЕ

1. Является ли правомерным проведенное в рамках оперативно-розыскной деятельности фактическое задержание А.В. Недошovenко при указанных выше обстоятельствах?

2. Является ли законным запрет А.В. Недошovenко контактировать со своим адвокатом до решения вопроса о возбуждении уголовного дела?

3. Можно ли считать допустимыми доказательствами результаты оперативно-розыскной деятельности, полученные предполагаемой жертвой преступления (старший оперуполномоченный В.Г. Винников) путем совершения действий в отношении причинившего ему вред предполагаемого преступника (А.В. Недошovenко)?

МЕТОД ДАЧИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ

Доктринальное толкование.

ПРЕДЕЛЫ ТОЛКОВАНИЯ

Международное право, Конституция РФ, уголовно-процессуальное и оперативно-розыскное законодательство РФ.

ПРАВОВАЯ ОЦЕНКА

Для ответа на *первый из поставленных вопросов* принципиальным является следующее.

Проведенное в рамках оперативно-розыскной деятельности фактическое задержание только по формальным признакам является правомерным. Орган оперативно-розыскной деятельности располагал на момент принятия решения о производстве оперативно-розыскного мероприятия, в ходе которого планировалось осуществить задержание (захват), сведениями весьма общего характера о признаках подготавливаемого или совершаемого преступления (противоправного деяния), а также о лице, его подготавливающем или совершающем. В силу п. 1 ч. 2 ст. 7 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» такие сведения рассматриваются в качестве одного из оснований для производства оперативно-розыскного мероприятия. Совершенно очевидно, что законодатель имеет в виду конкретные сведения, имеющие объективный характер. Иначе будет нарушено гарантированное каждому право на свободу (ч. 1 ст. 22 Конституции РФ, п. 1 ст. 5 Европейской конвенции по правам человека). То есть для осуществления конституционно оправданного ограничения права на свободу (в смысле ст. 55 Конституции РФ) недостаточно просто искренности и личной убежденности лица, производящего задержание, в существовании фактов, дающих основания для подозрения кого-либо в совершении или подготовке к преступлению. Эти факты должны быть. Причем, по мнению Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), речь идет о таких фактах или информации, которые убеждают беспристрастного наблюдателя в том, что, вероятно, правонарушение было совершено конкретным лицом, и не требуют обязательного раскрытия источников¹.

Описанная выше ситуация не содержит никаких свидетельств того, что на момент планирования задержания и его осуществления оперативно-розыскные органы располагали какой-либо конкретной информацией о совершении А.В. Недошовенко преступления или приготовлении к нему. Равно как нет и никаких свидетельств необходимости применения оружия в ходе задержания (даже в целях устрашения). Более того, лицо, проводившее задержание (В.Г. Винников), прямо заявляет, что не было уверено в наличии у подозреваемого героина. По сути, в отношении задержанного была предпринята общепреventивная мера, а не мера предотвращения или пресечения конкретного преступления. То обстоятельство, что в результате задержания у подозреваемого был изъят героин, не может оправдать необоснованного ограничения его конституционного права на свободу. Задержание не может служить цели облегчения работы правоохранительных органов и применяться произвольно.

Для ответа на второй вопрос принципиальное значение имеет следующее. Во-первых, даже если не учитывать очевидную необоснованность подозрения (в оперативно-розыском смысле) в совершении преступления, предусмотренного ст. 228 УК РФ, в момент осуществления физического

¹ См.: Митгау в: УК. Решение от 28 октября 1994 года. §§ 49—51.

захвата у оперативных сотрудников появились основания для фактического задержания соответствующего лица в уголовно-процессуальном смысле (п. 1 ч. 1 ст. 91 УПК РФ). Ведь по крайней мере с точки зрения этих сотрудников, подозреваемое лицо было явно застигнуто при совершении им преступления, предусмотренного ст. 318 УК РФ. Следовательно, оперативные работники после доставления подозреваемого в МРО РУФСБН должны были доложить (сообщить) о выявленном ими преступлении своему руководителю. Дальнейшие же действия в силу приоритета УПК РФ над другими законами (ч.ч. 1, 2 ст. 7 УПК РФ) следовало производить в уголовно-процессуальном порядке: составить рапорт об обнаружении признаков преступления (ст. 143 УПК РФ), вынести постановление о возбуждении уголовного дела (ст. 146 УПК РФ), оформить протокол задержания (ст. 92 УПК РФ), произвести личный обыск (ст.ст. 93, 184 УПК РФ) и т.д.

Сказанное вытекает из того, что использование в данном случае ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» вступает в противоречие с УПК РФ, применение норм которого призвано и может (в отличие от норм оперативно-розыскного права) обеспечить подозреваемому в совершении преступления лицу гарантированную ему Конституцией РФ (ст.ст. 22, 45, 46, 48) и Европейской конвенцией по правам человека (ЕКПЧ) (ст.ст. 5, 6) защиту от произвола, в том числе произвольного ограничения свободы. Совершенно очевидно, что имевшее место в рамках ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» ограничение свободы лишило его целого ряда конкретных уголовно-процессуальных прав, предусмотренных ч. 4 ст. 46 УПК РФ, включая право пользоваться помощью защитника с момента его фактического задержания (п. 3 ч. 3 ст. 49 УПК РФ) и право на решение вопроса о процессуальном задержании в срок не более трех часов с момента доставления в правоохранительные органы (ч. 1 ст. 92 УПК РФ). То есть, по существу, органы ОРД нарушили право А.В. Недошovenко на личную неприкосновенность (ч. 1 ст. 22 Конституции РФ и п. 1 ст. 5 ЕКПЧ) и эффективную помощь защитника (ст. 48 Конституции РФ и п. 3 ст. 6 ЕКПЧ), поскольку не использовали законную процедуру задержания и тем самым исключили возможность оказания юридической помощи¹.

Кроме того, не нужно забывать и о том, что гарантии, предусмотренные ст. 22 Конституции РФ и ст. 5 ЕКПЧ (по смыслу, вытекающему из них), распространяются на любое задержанное лицо, лишенное личной свободы не в результате осуждения за совершение преступления. Значит, при тех фактических обстоятельствах, которые были приведены выше, в отношении А.В. Недошovenко (вне зависимости от того, является ли он подозреваемым

¹ См. подробнее: Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М., 1998. С. 164, 245, 246.

в оперативно-розыском или уголовно-процессуальном смысле) должны были действовать все положения, как указанные выше, так и предусмотренные *Сводом принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме*¹. В частности, *принцип 18* упомянутого *Свода* провозглашает: «Право задержанного лица на его посещение адвокатом, на консультации и на связь с ним, без промедления или цензуры и в условиях полной конфиденциальности, не может быть временно отменено или ограничено, кроме исключительных обстоятельств, которые определяются законом или установленными в соответствии с законом правилами, когда, по мнению судебного или иного органа, это необходимо для поддержания безопасности и порядка»². *Грубое нарушение данного принципа сомнению не подлежит.*

Поскольку применение ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (допускающего в ситуациях, подобных рассмотренной, конституционно не оправданные ограничения фундаментальных прав и свобод граждан), означает вступление его в противоречие с международно признанными нормами и принципами, Конституцией РФ и УПК РФ (располагающего законной процедурой аналогичных ограничений), органы уголовного преследования и суд не вправе использовать результаты такого применения для формирования доказательств по уголовному делу (*ст. 85 УПК РФ*). Вот почему суд, установив несоответствие между ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» и УПК РФ (в указанном выше смысле), обязан руководствоваться последним и принять решение об исключении из числа доказательств тех, которые были получены недопустимым образом (*ч.ч. 2, 3 ст. 7 УПК РФ*).

Для ответа на *третий вопрос* имеет значение следующее.

Согласно *ст. 89 УПК РФ*, в процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам по уголовным делам. Сказанное означает, что оперативно-служебные документы, представленные следователю для решения вопроса о возбуждении уголовного дела и использования в производстве по нему, должны обладать качествами уголовно-процессуальных доказательств, то есть быть относимыми, допустимыми, достоверными и достаточными в смысле *ч. 1 ст. 88 УПК РФ*.

В оцениваемых обстоятельствах по уголовному делу используются *два протокола личных досмотров*, проведенных старшим оперуполномоченным В.Г. Винниковым в рамках оперативно-розыскной деятельности. В соответствии с *ч. 2 ст. 74 УПК РФ* они могут быть отнесены к *иным документам*, отличительной особенностью которых является их формирование вне

¹ См.: Международные акты о правах человека: сб. документов. М., 1998. С. 208—216.

² Там же. С. 212.

рамок уголовно-процессуальной деятельности. Поэтому допустимость использования любого иного документа определяется по доброкачественности источника его происхождения, то есть по данным о том, кто, где, когда и каким образом изготовил такой документ. Применительно к иным документам — результатам оперативно-розыскной деятельности Конституционный Суд РФ в своем Определении от 4 февраля 1999 года специально разъяснил приведенную характеристику этого вида доказательств, указав, что они являются сведениями об источниках фактов¹. Именно по источнику, с помощью него можно удостовериться в подлинности сведений, содержащихся в ином документе.

В рассматриваемом случае своеобразным источником выступает автор — составитель протоколов личных досмотров В.Г. Винников. Именно с его помощью можно в условиях уголовного судопроизводства проверить сформированные в результате оперативно-розыскной деятельности доказательства. В этом смысле В.Г. Винников выступает в качестве свидетеля, без допроса которого нельзя убедиться в доброкачественности документов, автором которых он является.

Вместе с тем, с учетом вышеизложенных обстоятельств, В.Г. Винников выступает в качестве потерпевшего по тому же уголовному делу, где он одновременно имеет статус свидетеля. Подобного рода совмещение статусов является в известной мере уникальным и потому прямо не урегулировано ни Законом «Об оперативно-розыскной деятельности», ни УПК РФ. Более того, оно в принципе не допустимо по причине несовместимости признаваемой законом личной заинтересованности В.Г. Винникова, вытекающей из причинения ему вреда (в фактическом и юридическом смысле) (ст. 42 УПК РФ) и его публично-правовой заинтересованности, вытекающей из предоставленных ему полномочий по ведению оперативно-розыскной деятельности и представлению ее материалов следователю в целях решения вопроса о возбуждении уголовного дела и использования в ходе процессуального доказывания. Причем, существенным для оценки этих двух интересов как несовместимых следует признать то, что они весьма явно столкнулись еще в рамках оперативно-розыскной деятельности при формировании предполагаемых доказательств для будущего уголовного дела — протоколов личных досмотров (предполагаемых иных документов) и предметов, изъятых в ходе этих досмотров (предполагаемых вещественных доказательств). В результате возникает прямая аналогия с уголовным процессом, в котором подобная ситуация бесспорно рассматривается в качестве основания для отвода любого представителя органа власти, ведущего производство по делу (ст. 61 УПК РФ). Двойственность положения В.Г. Винникова, появившаяся в ходе оперативно-

¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1999 г. // Вестник КС РФ. 1999. № 3.

розыскной деятельности, должна была и могла быть разрешена только в ней. *Это грубая ошибка. Она прощительна для старшего оперуполномоченного В.Г. Винникова, находившегося в состоянии сильного эмоционального возбуждения* (судя по условиям фактического захвата, характеру полученных телесных повреждений, допущенным просчетам при проведении личных досмотров) и не самоустранившегося от дальнейшего осуществления оперативно-розыскного мероприятия. Но она *не прощительна для его руководителей, находившихся в курсе происшедших событий и не заменивших названного сотрудника на другого. Самое главное — эта ошибка не может быть исправлена путем допросов В.Г. Винникова в рамках уголовного судопроизводства* (хоть в качестве свидетеля, хоть в качестве потерпевшего). С их помощью *нельзя устранить вполне обоснованного сомнения в сформированных им материалах оперативно-розыскной деятельности*. Ни процессуальная обязанность давать правдивые показания, ни утверждения об отсутствии личной заинтересованности и хорошем самочувствии после причинения телесных повреждений не могут отменить *неизбежный вывод о недоброкачественности источника этих материалов*, обусловленный сохраняющимся двойственным положением В.Г. Винникова.

Вот почему в силу ст. 89 УПК РФ во взаимосвязи со ст.ст. 75 и 88 УПК РФ все эти материалы следует признать недопустимыми доказательствами и исключить из числа доказательств.

ПРАВОВЫЕ ВЫВОДЫ

На основании вышеизложенного необходимо признать, что:

1. Проведенное в рамках оперативно-розыскной деятельности фактическое задержание А.В. Недошovenко является неправомерным и означает нарушение гарантированного ему права на свободу (*ч. 1 ст. 22 Конституции РФ, п. 1 ст. 5 Европейской конвенции по правам человека*).

2. Запрет А.В. Недошovenко контактировать со своим адвокатом до решения вопроса о возбуждении уголовного дела является незаконным; тем самым органы оперативно-розыскной деятельности не только нарушили право А.В. Недошovenко на личную неприкосновенность (*ч. 1 ст. 22 Конституции РФ и п. 1 ст. 5 ЕКПЧ*), но и на эффективную помощь защитника (*ст. 48 Конституции РФ и п. 3 ст. 6 ЕКПЧ*), поскольку не использовали законную процедуру задержания и исключили возможность оказания юридической помощи.

3. Использование в качестве доказательств результатов оперативно-розыскной деятельности (протокол личного досмотра А.В. Недошovenко (т. 1, л.д. 44—46), и изъятые сверток черного цвета и деньги в сумме 29 100 руб.; протокол личного досмотра А.В. Недошovenко (т. 1, л.д. 47—48), и изъятые джинсы и мобильный телефон с сим-картой; акт наблюдения (т. 1, л.д. 41)), полученных предполагаемой жертвой преступления (старшим

оперуполномоченным В.Г. Винниковым) путем совершения оперативно-розыскных действий в отношении причинившего ему вред предполагаемого преступника (А.В. Недошовенко) является недопустимым; они получены из недоброкачественного источника и должны быть исключены из дела *в силу ст. 89 УПК РФ во взаимосвязи со ст.ст. 75 и 88 УПК РФ*.

Ведущий консультант Общественного комитета
по защите прав человека (г. Красноярск),
заведующий кафедрой уголовного процесса СФУ,
доцент, кандидат юридических наук

Н.Г. Стойко

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

«О допустимости доказательств по уголовному делу № 73023 Есина М.Н. и других»

ВОПРОСЫ, ПОСТАВЛЕННЫЕ НА РАЗРЕШЕНИЕ

1. Допустимо ли использование в качестве доказательств по уголовному делу сведений, полученных в результате проведенного в ходе оперативно-розыскной деятельности прослушивания телефонных переговоров И.А. Чевелева и М.Н. Есина?

2. Является ли законным и справедливым доказывание обвинения с помощью доказательств, получение которых стало возможным в результате неправомерно проведенной оперативно-розыскной деятельности?

ФАКТИЧЕСКИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА

1. По уголовному делу № 73023 обвиняется М.Н. Есин и другие в незаконном сбыте наркотических средств в особо крупном размере организованной группой лиц.

В ходе предшествовавшей возбуждению уголовного дела оперативно-розыскной деятельности был проведен комплекс оперативных мероприятий, в том числе прослушивание телефонных переговоров. Записи телефонных переговоров, а также информация о СМС-сообщениях, переданные органам следствия, послужили одним из оснований обвинения М.Н. Есина и др. в совершении инкриминируемого им преступления.

2. Передача указанных выше сведений была произведена по постановлениям о предоставлении результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору, в суд от 6 и 7 августа 2007 г. (л.д. 143, 145, 147).

3. Записи телефонных переговоров были переданы на аудионосителях (л.д. 143, 145, 147).

4. В сопроводительных письмах (сообщениях) о направлении результатов оперативно-розыскной деятельности от 6 и 7 августа 2007 г. (л.д. 142, 144, 146) указывается, что прослушивание телефонных переговоров проводилось по постановлению Емельяновского районного суда от 29.12.2006 г.

5. Копия постановления Емельяновского районного суда от 29.12.2006 г., который, согласно названным сопроводительным письмам, санкционировал прослушивание телефонных переговоров, в материалах дела отсутствует.

ПРАВОВАЯ ОЦЕНКА

Прослушивание телефонных переговоров является оперативно-розыскным мероприятием, регламентированным Законом «Об оперативно-розыскной деятельности» (п. 10 ч. 1 ст. 6).

Данное мероприятие относится к числу действий, ограничивающих конституционные и международно признанные права и свободы человека и гражданина (право на тайну сообщений — ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, п. 1 ст. 8 Европейской конвенции по правам человека) и *осуществляется только по решению суда (ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, ч. 2 ст. 8 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности»), принятому в порядке, установленном законом (ст. 9 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности»).*

В силу особого конституционно-правового значения права на тайну сообщений *факт наличия санкции суда на его ограничение должен быть подтвержден.* Согласно Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд (Приказ Министерства внутренних дел Российской Федерации, Федеральной службы безопасности Российской Федерации от 17 апреля 2007 г. № 368/185/164/481/32/184/97/147 г.), таким *подтверждением является копия соответствующего судебного решения, которая в этом случае обязательно прилагается к оперативно-служебным документам (п. 13).*

Отсутствие копии равносильно отсутствию санкции суда.

Это означает *грубое нарушение* оперативными сотрудниками Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (ч. 2 ст. 8) путем конституционно неоправданного ограничения *прав* указанных граждан на неприкосновенность их частной жизни и тайну переговоров (ст. 23 Конституции РФ) и фактически является одобрением произвола властей (в смысле п. 1 ст. 6 Европейской конвенции по правам человека).

Результаты оперативно-розыскной деятельности (в том числе прослушивание телефонных переговоров) не признаются автоматически доказательствами по уголовному делу. В том случае, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК РФ, их использование

в доказывании запрещено (ст. 89 УПК РФ). Конституционный Суд РФ разъяснил, что *результаты оперативно-розыскных мероприятий* непосредственно должны рассматриваться не как доказательства, а как сведения об источниках фактов, которые могут стать доказательствами при определенных условиях: получении их с соблюдением требований Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и закреплении их с соблюдением требований УПК РФ (Вестник Конституционного Суда РФ. 1999. № 3).

Очевидно, что *записи телефонных переговоров И.А. Чевелева и М.Н. Есина не соответствуют* указанным Конституционным Судом РФ условиям.

Во-первых, они получены с нарушением оперативно-розыскного законодательства, о чем свидетельствует отсутствие копии судебного решения о прослушивании телефонных переговоров.

Во-вторых, они приобрели статус доказательств с нарушением уголовно-процессуального законодательства, о чем свидетельствует отсутствие той же самой копии судебного решения.

ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ

1. Сведения, полученные в результате проведенного в ходе оперативно-розыскной деятельности прослушивания телефонных переговоров И.А. Чевелева и М.Н. Есина, являются недопустимыми в смысле ст.ст. 75, 89 УПК РФ в силу нарушения фундаментальных прав и свобод человека и гражданина и подлежат исключению из числа доказательств.

2. Доказывание обвинения с помощью доказательств, получение которых стало возможным в результате неправомерно проведенной оперативно-розыскной деятельности, является незаконным в смысле ч. 3 ст. 7 УПК РФ и несправедливым в смысле п. 1 ст. 6 Европейской конвенции по правам человека.

3. Нарушение тайны телефонных переговоров граждан влечет за собой уголовную ответственность по ст. 138 УК РФ.

Заведующий кафедрой уголовного процесса
Сибирского федерального университета,
доцент, кандидат юридических наук

Н.Г. Стойко

КОНСУЛЬТАТИВНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ по уголовному делу № 14176586 Марковской В.Н.

ФАКТИЧЕСКИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ПОДЛЕЖАЩИЕ ОЦЕНКЕ

В.Н. Марковская обвиняется в совершении преступления, предусмотренного п. «г» ч. 3 ст. 228-1 УК РФ — незаконный сбыт наркотических средств в особо крупном размере при следующих обстоятельствах.

30.06.2004 около 19.00 часов В.Н. Марковская в своем доме по ул. Фурманова, 70 города Красноярска продала наркоману А.А. Назарову героин весом 5,276 грамма за 2000 руб. Героин она приобрела при не установленных следствием обстоятельствах, у неустановленного лица и незаконно хранила по месту своего жительства с целью сбыта. В тот же день А.А. Назаров был задержан сотрудниками Госнаркоконтроля и привлечен в качестве покупателя в проводимое ими оперативно-розыскное мероприятие в целях изобличения В.Н. Марковской.

01.07.2004 около 10.00 часов В.Н. Марковская в том же доме продала А.А. Назарову героин весом 6,597 грамма за 3000 рублей, предварительно переданных ему сотрудниками Госнаркоконтроля. У кого и при каких обстоятельствах был приобретен героин, не установлено. Непосредственно после передачи героина В.Н. Марковская была задержана. А.А. Назаров добровольно передал приобретенный им героин органам Госнаркоконтроля.

Обвиняемая В.Н. Марковская виновной себя в совершении инкриминируемых ей двух эпизодов преступления не признала.

Вина В.Н. Марковской в совершении *первого эпизода* подтверждается:

1. Материалами оперативно-розыскной деятельности, представленными для решения вопроса о возбуждении уголовного дела (л.д. 7—11);
2. Показаниями сотрудников органов Госнаркоконтроля (л.д. 12, 41—44);
3. Показаниями свидетелей, участвовавших в проведении оперативно-розыскной деятельности (л.д. 51—52);
4. Показаниями А.А. Назарова, данными в ходе его допросов в качестве подозреваемого, обвиняемого и свидетеля, а также в ходе очной ставки (л.д. 14—15, 17—18, 49—50, 83—84);
5. Заключение эксперта № 643 от 24.08.2004 (л.д. 101—104);
6. Вещественным доказательством — вещество героин (л.д. 107).

Вина В.Н. Марковской в совершении *второго эпизода* подтверждается:

1. Материалами оперативно-розыскной деятельности, представленными для решения вопроса о возбуждении уголовного дела (л.д. 19—40);
2. Показаниями сотрудников органов Госнаркоконтроля (л.д. 41—46);
3. Показаниями свидетелей, участвовавших в проведении оперативно-розыскной деятельности (л.д. 51—56);
4. Заключение эксперта № 643 от 24.08.2004 (л.д. 101—104);
5. Вещественным доказательством — вещество героин (л.д. 107).

ВОПРОСЫ, ПОСТАВЛЕННЫЕ НА РАЗРЕШЕНИЕ

1. Можно ли считать доказанным первый эпизод преступления, совершенного В.Н. Марковской, если он подтвержден показаниями только А.А. Назарова?

2. Является ли оперативно-розыскное мероприятие «Проверочная закупка», проведенное 1 июля 2004 г., законным, если в нем участвовал А.А. Назаров, являвшийся на тот момент подозреваемым в совершении преступления?

3. Можно ли рассматривать указанное оперативно-розыскное мероприятие «Проверочная закупка» в качестве недопустимой провокации?

ПРАВОВАЯ ОЦЕНКА

Для ответа на *первый* из поставленных вопросов имеет значение следующее.

Обвинение В.Н. Марковской в совершении первого эпизода инкриминируемого ей деяния основано исключительно на показаниях А.А. Назарова, данных им во время предварительного следствия. *Только из этих показаний следует, что именно В.Н. Марковская передала А.А. Назарову героин, впоследствии изъятый у него сотрудниками Госнарконтроля.* Показания иных лиц свидетельствуют лишь о том, что А.А. Назаров приобрел героин в месте проживания (доме или территории домовладения) обвиняемой. Потенциально продать наркотик А.А. Назарову мог находившийся в доме В.И. Янковский либо другое лицо, вероятность нахождения которого на территории домовладения В.Н. Марковской не исключена. К тому же обвиняемая отрицает факт своей встречи 30 июня 2004 г. с А.А. Назаровым вообще. Это вполне вероятно, вне зависимости от того, отъезжал ли Назаров с Янковским от дома В.Н. Марковской до момента якобы имевшей место продажи наркотиков или нет.

Кроме того, немаловажным для оценки показаний А.А. Назарова является то обстоятельство, что он дал их после того, как был задержан по подозрению в приобретении героина, стал подозреваемым по уголовному делу и в таком качестве принял участие в проверочной закупке. *Данные им показания, избличающие В.Н. Марковскую, могли быть вызваны его желанием смягчить грозившую ему ответственность.* Не случайно в ходе судебного следствия А.А. Назаров, не добившийся смягчения своей участи, изменил свои показания в пользу подсудимой. *Во всяком случае, к его обвинительным показаниям следует отнестись не менее критически, чем следствие отнеслось к оправдательным показаниям обвиняемой и свидетеля В.И. Янковского (л.д. 139).*

Для ответа на *второй* вопрос имеет значение следующее.

Законность оперативно-розыскного мероприятия «Проверочная закупка» определяется законностью оснований и условий его проведения, а также законностью вовлечения граждан в его осуществление (ст.ст. 7, 8, 17 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»). Очевидно, что органы нарконтроля имели законные основания для проведения проверочной закупки и провели ее при соблюдении законных условий. *Вместе с тем не менее*

очевидно, что привлечение А.А. Назарова к осуществлению данного ОРМ прямо противоречит закону. Как следует из ч. 1 ст. 17 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», отдельные лица могут привлекаться к проведению оперативно-розыскного мероприятия только с их согласия, то есть на добровольной основе.

А.А. Назаров не является надлежащим субъектом данного оперативно-розыскного мероприятия, поскольку в условиях его фактического задержания по подозрению в участии в незаконном обороте наркотиков *добровольность его согласия оказать содействие оперативно-розыскным органам практически исключена.* Ведь он стал подозреваемым по уголовному делу сразу же после фактического задержания (л.д. 14—15). Кроме того, в оперативно-служебных документах, приобщенных к уголовному делу, нет информации о том, было ли А.А. Назарову разъяснено, что он будет привлечен к уголовной ответственности независимо от дачи им согласия сотрудничать с правоохранительными органами (л.д. 25). Следовательно, *он был введен в заблуждение и не мог осознавать значимости принятого им решения и предвидеть возможность наступления определенных последствий в результате выраженного согласия.*

Для ответа на *третий* вопрос имеет значение следующее.

Лицо, содействующее оперативно-розыскной деятельности, — это любое дееспособное лицо, привлеченное с его согласия к подготовке или проведению оперативно-розыскного мероприятия на основании и в порядке, установленном законом (ст. 17 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности») и ведомственными нормативными актами. Исходя из общего смысла закона, такое согласие должно быть недвусмысленным и добровольным, то есть выраженным не под воздействием физического или психического принуждения¹. Поэтому *вынужденное согласие кого-либо сотрудничать с органами оперативно-розыскной деятельности не является законным основанием его участия в оперативно-розыскном мероприятии и, более того, при определенных обстоятельствах в принципе может свидетельствовать о планировании недопустимой провокации преступления.*

Однако для того, чтобы оценить какие-либо действия как недопустимую провокацию одного факта принуждения к участию в их производстве недостаточно. Дело в том, что сама по себе провокация есть побуждение к каким-либо действиям и в этом смысле может быть частью правомерного оперативно-розыскного мероприятия. Если, например, в отношении определенного лица имеются обоснованные оперативной информацией подозрения в совершении им преступлений, то создание условий для проявления его преступной активности (побуждение к ней

¹ См.: Смирнов М.П. Комментарий оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран. М., 2003. С. 434—439 ; и др.

путем предоставления возможности действовать соответствующим образом) в рамках оперативно-розыскного мероприятия без какой-либо инициативы, давления, подстрекательства со стороны оперативных сотрудников или лиц, сотрудничающих с ними, будет вполне допустимым и оправданным целью выявления преступника и пресечения его преступной деятельности.

Такой позиции в целом придерживаются Верховный Суд РФ¹, ученые и практики². Разделяет ее и Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ), который по делу «Люди против Швейцарии» (№ 17/1991/269/340) признал допустимыми действия тайного агента полиции по вовлечению господина Люди (заявителя) в совершении сделки по незаконному обороту наркотиков, мотивируя это тем, что полиция проводила данную операцию на законных основаниях, располагала предварительной информацией об участии названного господина в совершении преступлений, была нацелена на предотвращение особо опасной преступной деятельности и не использовала методов, препятствующих осознанию заявителем преступного характера данной сделки. Причем, по мнению ЕСПЧ, как можно заключить из другого его решения³, отсутствие даже одного из использованных в приведенной выше мотивировке критериев ведет к признанию применения полицией недопустимой провокации.

В оцениваемой ситуации (безотносительно позиции обвиняемого, отрицающего свою вину по уголовному делу) органы оперативно-розыскной деятельности до начала проведения оперативно-розыскного мероприятия имели предварительную информацию (заявление А.А. Назарова, протокол его допроса в качестве подозреваемого), свидетельствующую о том, что В.Н. Марковская уже совершила преступление и в будущем с большой вероятностью может продолжить свою преступную деятельность. Они не вводили ее в заблуждение относительно характера совершаемых ею действий, преступность которых должна была быть для нее очевидной, и у них были предусмотренные ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» основания проводить оперативно-розыскное мероприятие. Однако использовать эти основания они не могли, потому что в момент планирования оперативно-розыскного мероприятия уже располагали достаточными данными для возбуждения уголовного дела по факту совершения преступления В.Н. Марковской. У них была информация об обстоятельствах приобретения А.А. Назаровым

¹ См.: Определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ № 69-Д01 ПР-1.

² См., например: Волженкин Б. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? // Российская юстиция. 2001. № 5. С. 45; Курченко В. Отграничение провокации от действий при пресечении преступлений // Законность. 2004. № 1. С. 10—12.

³ См.: Решение от 09.06.1998 по делу Т. де Кастро против Португалии // Сибирские юридические записки. Вып. 2. Красноярск, 2002. С. 213—231.

героина в доме по ул. Фурманова, 70, изъятый у него героин, показания, в которых он прямо указывал на В.Н. Марковскую как на хорошо известную для него цыганку, продавшую ему наркотические средства. К тому же у них уже было возбуждено уголовное дело в отношении А.А. Назарова, в рамках которого они обязаны были действовать.

Игнорирование данной обязанности и привело к совершению ею нового преступления.

Совершенно очевидно, что в условиях уголовного процесса это не могло произойти. Действительно, поскольку на В.Н. Марковскую было указано как на лицо, совершившее преступление (то, что подозреваемый знал ее только по имени, не имеет значения), в ее жилище должен был быть произведен обыск (ст. 182 УПК РФ), по результатам которого ее следовало задержать (п. 2 ч. 1 ст. 91 УПК РФ), произвести личный обыск (ст. 93 УПК РФ) и другие процессуальные и следственные действия, необходимые как для исключения возможности продолжения ею преступной деятельности, так и для получения законных доказательств по уголовному делу.

Другими словами, вместо активного расследования одного преступления правоохранительные органы занялись провоцированием нового преступления. Подобные действия не чем иным, как произволом и недопустимой провокацией, не назовешь. По существу оказалось нарушенным фундаментальное право каждого на защиту от произвола путем справедливого (надлежащего) рассмотрения дела (п. 1 ст. 6 ЕКПЧ, ч. 1 ст. 45 Конституции РФ).

Указанное нарушение неизбежно влечет за собой признание всех доказательств обвинения, сформированных на основе сведений и объектов, полученных в результате недопустимой провокации, незаконными и делает невозможным их исследование и использование для доказывания вины В.Н. Марковской в суде (ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, ч. 3 ст. 7, ч. 1 ст. 75, ч. 5 ст. 235 УПК РФ).

ПРАВОВЫЕ ВЫВОДЫ

Из числа доказательств должны быть исключены: показания свидетелей, принимавших участие в провокационном оперативно-розыском мероприятии; признанные вещественными доказательствами объекты, а также образцы для сравнительного исследования, изъятые у В.Н. Марковской; заключение эксперта, основанное на изучении этих объектов и образцов.

Председатель КРООС «Общественный комитет по защите прав человека», заведующий кафедрой уголовного процесса СФУ, доцент, кандидат юридических наук

Н.Г. Стойко

ЗАКЛЮЧЕНИЕ
по уголовному делу № 16177644 Егоровой Л.В.
(запрос адвоката Е.В. Рафальского)

ФАКТИЧЕСКИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ПОДЛЕЖАЩИЕ ОЦЕНКЕ

Уголовное дело возбуждено 22.12.2006 по признакам преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 30, ч. 1 ст. 228-1 Уголовного кодекса Российской Федерации в отношении Егоровой.

Дело возбуждено по результатам проведения оперативно-розыскного мероприятия — «проверочная закупка», для которого сотрудники госнаркоконтроля передали условному покупателю Шабаршову деньги в сумме 2400 рублей, предварительно обработанные специальным порошком.

В дальнейшем Шабаршов «добровольно» выдал сотрудникам госнаркоконтроля 1200 руб., оставшихся после закупки наркотика, а 300 рублей были изъяты у Егоровой Л.В. при личном досмотре.

Согласно протоколу личного досмотра Егоровой от 22 декабря 2006 г., изъятые у нее «светящиеся» деньги упакованы в бумажный пакет.

В последующем, 7 февраля 2007 г., старший следователь следственной службы РУ ФСКН РФ по Красноярскому Краю И.А. Немова своим постановлением признала и приобщила деньги в сумме 1200 рублей, добровольно выданные Шабаршовым, и деньги в сумме 300 рублей, изъятые у Егоровой, в качестве вещественных доказательств по уголовному делу, передала их для хранения в оперативную службу РУ ФСКН РФ по Красноярскому краю.

В материалах дела имеются ксерокопии указанных выше денежных купюр.

Согласно ответу исполняющего обязанности начальника оперативной службы РУ ФСКН РФ по Красноярскому краю, указанные выше деньги в сумме 1500 рублей были использованы в дальнейшем в других оперативно-розыскных мероприятиях.

ВОПРОСЫ, ПОСТАВЛЕННЫЕ НА РАЗРЕШЕНИЕ

Какие процессуальные нарушения допущены сотрудниками РУ ФСКН РФ по Красноярскому краю при работе с вещественными доказательствами по уголовному делу № 16177644?

Каковы уголовно-процессуальные последствия данных нарушений по делу?

МЕТОД ДАЧИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ

Доктринальное толкование.

ПРЕДЕЛЫ ТОЛКОВАНИЯ

Конституция Российской Федерации, уголовно-процессуальное и оперативно-розыскное законодательство Российской Федерации.

ПРАВОВАЯ ОЦЕНКА

В ст. 74 Уголовного-процессуального кодекса Российской Федерации дается понятие доказательств по уголовному делу, а также приводится их перечень, в котором обозначены и *вещественные доказательства*.

Определение вещественных доказательств дано в ст. 81 УПК РФ.

В рассматриваемой ситуации денежные купюры (и 1200 рублей, и 300 рублей в сумме) могли быть признаны вещественными доказательствами как предметы:

«...3) иные предметы и документы, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела» (п. 3 ч. 1 ст. 81 УПК РФ).

В ч. 2 ст. 81 УПК РФ указано, что эти предметы осматриваются, признаются вещественными доказательствами и приобщаются к уголовному делу специальным постановлением.

Статья 82 УПК РФ регламентирует порядок хранения вещественных доказательств. Согласно ее части первой, они должны храниться при уголовном деле до вступления приговора в законную силу.

В то же время, согласно п. 4 ч. 2 ст. 82 УПК РФ, вещественные доказательства в виде денег и ценностей, изъятых при производстве следственных действий, после их осмотра и производства других необходимых следственных действий:

а) должны быть сданы на хранение в банк или иную кредитную организацию в соответствии с подп. «б» п. 2 настоящей части;

б) могут храниться при уголовном деле, если индивидуальные признаки денежных купюр имеют значение для доказывания.

В рассматриваемой ситуации денежные купюры, помеченные специальным веществом, выданные Шабаршовым и изъятые у Егоровой, необходимо было хранить при деле, так как по такого рода делам индивидуальные признаки денежных купюр имеют важное значение для доказывания при возникновении, особенно в суде, спорных моментов.

Кроме того, сам следователь по рассматриваемому делу четко в своем постановлении о признании денег вещественными доказательствами и приобщении их к уголовному делу постановил именно хранить их в оперативной службе РУ ФСКН РФ по Красноярскому краю, а не использовать для проведения других оперативных мероприятий по другим делам.

Ссылка сотрудников госнаркоконтроля на некий приказ № 0043 от 12 октября 2006 г. «Об утверждении Инструкции о порядке расходования

финансовых средств, выделенных органам по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ на оперативно-розыскную деятельность» как минимум является некорректной, так как даже в ст.ст. 81, 82 УПК РФ ссылка идет не на ведомственные документы, а на документы, рангом не ниже документов Правительства РФ.

Статья 50 Конституции Российской Федерации не допускает использование доказательств, полученных с нарушением закона.

Это важное конституционное положение нашло свое отражение в УПК РФ, ст. 75 которого посвящена недопустимым доказательствам.

В соответствии с этой статьей доказательства, полученные с нарушением требований УПК, являются недопустимыми. Недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания обстоятельств, входящих в предмет доказывания.

Согласно ст. 88 УПК РФ, ситуация признания доказательств недопустимыми относится к оценке доказательств субъектами, ведущими уголовный процесс. Доказательства, признанные недопустимыми, не могут быть положены в основу обвинения.

Для решения вопроса о признании доказательств недопустимыми важное значение имеет Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия». Из текста указанного Постановления явствует, что доказательства *должны признаваться полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении были нарушены гарантированные Конституцией РФ права или установленный УПК порядок их собирания и закрепления*, а также, если получение доказательств осуществлено ненадлежащим субъектом — лицом или органом, либо в результате действий, не предусмотренных уголовно-процессуальным законом.

Таким образом, ксерокопии денежных купюр, имеющих в деле, никак не могут заменить вещественные доказательства по делу. Сами ксерокопии также не могут быть отнесены ни к одному из видов доказательств, приведенных в ст. 74 УПК РФ.

Следовательно, ссылка на вещественные доказательства — денежные купюры, помеченные специальным веществом, не может быть положена в основу обвинения, в частности Егоровой.

В связи с нарушением процессуальных процедур, связанных с хранением вещественных доказательств по уголовному делу (фактическому их отсутствию) по процессуальной конструкции «плоды отравленного дерева» нельзя признать в качестве допустимых доказательств протокол личного досмотра Егоровой; протокол изъятия у Егоровой образцов для сравнительного исследования (смыслов с рук); заключение химической экспертизы; протокол осмотра предметов — денежных купюр, выданных

Шабаршовым и изъятых у Егоровой, конверта с тампоном со смывами с рук Егоровой.

ПРАВОВЫЕ ВЫВОДЫ

Вопреки требованиям ст.ст. 81, 82 УПК РФ по уголовному делу № 1617764 вещественные доказательства — денежные купюры на 1200 рублей, выданные Шабаршовым, и на 300 рублей, изъятые при личном досмотре Егоровой, не хранятся при деле, а использованы сотрудниками госнаркоконтроля для проведения других оперативно-розыскных мероприятий по другим делам, то есть фактически отсутствуют, и ссылка при доказывании на эти купюры как на вещественные доказательства невозможна, так как они на основании ст. 50 Конституции РФ и ст. 75 УПК РФ являются недопустимыми доказательствами.

Ксерокопии указанных денежных купюр не имеют статус ни вещественных, ни иных доказательств по делу, соответственно, согласно ст. 50 Конституции РФ и ст. 75 УПК РФ, они также недопустимы и ссылка на них в обвинении, в частности, Егоровой, невозможна.

Фактическое отсутствие в деле «меченых» денежных купюр как вещественных доказательств по инкриминируемому Егоровой деянию делает невозможным использовать в доказывании протокола личного досмотра Егоровой; протокола изъятия у Егоровой образцов для сравнительного исследования (смывов с рук); заключений химических экспертиз; протокола осмотра предметов — денежных купюр, выданных Шабаршовым, изъятых у Егоровой, конверта с тампоном со смывами с рук Егоровой, так как эти доказательства также на основании ст. 50 Конституции РФ и ст. 75 УПК РФ являются недопустимыми.

Заместитель председателя Красноярского
краевого Общественного комитета
по защите прав человека,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовного процесса СФУ
А.Д. Назаров

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

о допустимости использования доказательств обвинения по уголовному делу Иванова Д.Н.

ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ, ПОСТАВЛЕННЫЕ НА РАЗРЕШЕНИЕ

1. Можно ли использовать в качестве доказательств по уголовному делу заключение эксперта, если оно:

— дано по постановлению следователя, не содержащему указания ни на конкретное экспертное учреждение, ни на конкретного эксперта;

— основано на изучении образцов для сравнительного исследования, которые по постановлению следователя должны быть получены у одного лица, а изъяты были у другого лица;

— не заверено печатью, подтверждающей статус государственного экспертного учреждения;

— является результатом экспертизы объектов, собранных в ходе оперативно-розыскной деятельности с нарушением установленного порядка их обнаружения, изъятия и закрепления, и представленных органам уголовного преследования для формирования доказательств по уголовному делу?

2. В каком порядке должно осуществляться задержание лица, если оно было застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения, и каковы юридические последствия нарушения данного порядка?

3. Можно ли привлекать для проведения оперативно-розыскного мероприятия какое-либо лицо без его добровольного согласия на сотрудничество с оперативно-розыскными органами?

4. Является ли подобное оперативно-розыскное мероприятие провокацией (неправомерным побуждением) преступления или иным недопустимым ограничением прав и свобод человека и гражданина, если оно привело к захвату с поличным того лица, в отношении которого проводилось данное мероприятие?

5. Допустимо ли на основе оперативно-розыскных данных и объектов, полученных таким путем, формирование процессуальных доказательств и доказывание с их помощью обвинения по уголовному делу?

6. Как следует расценивать с точки зрения уголовно-процессуального закона отказ судьи рассматривать на предварительном слушании поставленный стороной защиты вопрос об исключении из числа доказательств заключений экспертов по причине преждевременности его решения до проведения судебного следствия?

МЕТОД ДАЧИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ

Доктринальное толкование.

ПРАВОВЫЕ НОРМЫ, ПОДЛЕЖАЩИЕ ТОЛКОВАНИЮ

Статьи 7, 46, 61, 85, 75, 89, 91, 140, 143—146, 195, 202, 204, 234—236 УПК РФ, ст.ст. 6, 11, 17 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» 1995 г.

РАМКИ ТОЛКОВАНИЯ

Конституция РФ, Европейская конвенция по правам человека (ЕКПЧ), уголовно-процессуальное и оперативно-розыскное законодательство,

Федеральный закон «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» 2001 г.

ФАКТЫ, ПОДЛЕЖАЩИЕ ОЦЕНКЕ

Иванов Денис Николаевич обвиняется в совершении преступлений, предусмотренных п. «в» ч. 3, ч. 4 ст. 228 УК РФ (незаконный сбыт наркотических средств).

В качестве доказательств обвинения по делу служат заключения экспертов № 639 и № 1428. Первое из них заверено печатью «Для справок № 1» (л.д. 179—181), второе — печатью «Для пакетов» (л.д. 200—202), хотя обе экспертизы проводились в одном учреждении.

В постановлении следователя о назначении судебной экспертизы от 05.02.2003 (л.д. 177) не указано, какому конкретно учреждению или конкретному эксперту поручено ее проведение.

В постановлении следователя об изъятии образцов для сравнительного исследования от 28.01.2003 (л.д. 92) содержится решение получить образцы смывов с рук у Иванова Дмитрия Николаевича, в то время как по протоколу получения образцов для сравнительного исследования (л.д. 93) они были взяты у Иванова Дениса Николаевича.

27.01.2003 сотрудники милиции задержали гр. Петрова В.С., у которого при личном досмотре были обнаружены и изъяты две таблетки «экстази» (обвинительное заключение, с. 3—5). Петров пояснил, что приобрел таблетки у Иванова Дениса, и предложил оказать содействие в изобличении Иванова (обвинительное заключение, с. 3). Сотрудничество Петрова В.С. с органами ОРД было оформлено его личным заявлением (л.д. 12), в котором он собственноручно выразил желание оказать добровольную помощь в изобличении Иванова Дениса путем участия в оперативно-розыскном мероприятии «Проверочная закупка», сообщил о приобретении у последнего наркотического вещества «экстази» и подтвердил факт своего задержания с этим веществом органами оперативно-розыскной деятельности. После чего на основании постановления о проведении проверочной закупки (л.д. 13) его досмотрели в соответствии со ст. 27.7 Кодекса РФ об административных правонарушениях (КОАП РФ) (л.д. 14) и в присутствии понятых вручили деньги в сумме 1400 руб. с переписанными номерами (л.д. 15). Позднее во время личной встречи с Ивановым Д.Н. Петров приобрел у него две таблетки «экстази» за указанные выше деньги (обвинительное заключение, с. 3—4), впоследствии изъятые при личном досмотре (добровольной выдаче) в соответствии со ст. 27.7. КОАП РФ (л.д. 16). Сразу после передачи денег Иванов был задержан и доставлен в РУВД, где при личном досмотре у него были обнаружены и изъяты эти деньги и пакет с героином (обвинительное заключение, с. 3—4, 5—6).

Результаты оперативно-розыскной деятельности переданы органам следствия по постановлению о предоставлении оперативно-служебных материалов от 28.01.2003 (л.д. 11), содержащему указание на: фамилию, имя, отчество, должность лица, принявшего решение по материалам оперативно-розыскного мероприятия «Проверочная закупка наркотических средств», собранным сотрудниками оперативно-розыскного органа, и адрес проведения оперативно-розыскного мероприятия (вводная часть); юридические основания проведения оперативно-розыскного мероприятия, получение в его ходе материалов по факту незаконного оборота наркотических средств, совершенных Ивановым Д.Н. по определенному адресу, и юридическую квалификацию его действий (описательная часть); принятое решение и переданные материалы (резольтивная часть).

ПРАВОВАЯ ОЦЕНКА

Для ответа на первый вопрос имеет значение следующее.

Заключение эксперта — это процессуальный документ, составленный экспертом на основании постановления следователя (или иного должностного лица) о назначении судебной экспертизы (*ст. 195 УПК РФ*) в соответствии с требованиями *ст. 204 УПК РФ* и отражающий в письменном виде содержание и результаты исследования объектов и материалов, представленных ему в порядке *ст. 199 УПК РФ*.

Данный документ относится к числу доказательств по уголовному делу (*п. 3 ч. 2 ст. 74 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации», ч. 1 ст. 80 УПК РФ*) и служит средством удостоверения полученных в ходе судебной экспертизы сведений.

Условием признания заключения эксперта доказательством выступает соблюдение установленного *УПК РФ* и *Федеральным законом от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»* порядка организации и производства экспертизы. Нарушение этого порядка влечет за собой признание заключения эксперта недопустимым в смысле *ч. 2 ст. 50 Конституции РФ* и корреспондирующей ей *ч. 1 ст. 75 УПК РФ*, лишает его юридической силы, исключает возможность использования в целях обвинения, а также доказывания любого обстоятельства уголовного дела.

Поскольку правила организации и производства экспертизы имеют удостоверительный характер, любое отступление от них вызывает обоснованные сомнения в достоверности заключения эксперта в целом, делает его незаконным.

Сказанное верно как с точки зрения закона, так и с точки зрения науки и судебной практики.

По мнению авторов различных научно-практических комментариев к *УПК РФ*, заключение эксперта признается недопустимым, если

не соблюден порядок назначения и производства экспертизы, некомпетентны эксперты, исследованные объекты и материалы недоброкачественны либо были неправомерно обнаружены, изъяты и закреплены¹ (в том числе в ходе оперативно-розыскной деятельности, когда оперативно-розыскные данные не дают возможности достоверно судить об источнике объекта, который может стать доказательством, а также не позволяют проверить в рамках уголовного дела процессуальные доказательства, полученные на его основе)².

Аналогичной позиции придерживаются и суды. Так, еще в *Постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 16 марта 1971 г. № 1 «О судебной экспертизе»*, не потерявшем своей актуальности, подчеркивалось, что лицо, не назначенное экспертом, не может проводить экспертизу. Более того, суд не вправе заменить отсутствующее или не надлежащим образом оформленное решение о назначении экспертизы на другой документ (п. 8)³. Использование подобного документа, как считает Верховный Суд РФ, равнозначно существенному нарушению уголовно-процессуального закона (*Определение № 59-Д 96пр-22 по делу Романцева и Романцевой*)⁴. Точно так же Верховный Суд РФ относится и к несоответствию реквизитов заключения эксперта (в частности, к отсутствию подписи эксперта) требованиям закона (*Обзор судебной практики Судебной Коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ за 1998 г.*)⁵.

Сказанное позволяет сделать такие выводы.

Во-первых, вопреки прямому требованию п. 2 ч. 1 ст. 195 УПК РФ эксперт, проводивший экспертизу № 639, не был уполномочен на это, так как ни его фамилия, имя и отчество, ни наименование экспертного учреждения не были указаны в постановлении следователя о назначении судебной экспертизы. Тот факт, что руководитель экспертного учреждения, куда фактически была отправлено названное постановление, поручил производство экспертизы конкретному эксперту, не имеет в данном случае юридического значения. Такое поручение само по себе без процессуального решения, обязывающего конкретное государственное учреждение

¹ См., например: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. Д.М. Козака и Е.Б. Мизулиной. М., 2002. С. 415—416; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.И. Радченко. М., 2003. С. 501—503.

² См. об этом: Смирнов М.П. Комментарий оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран. М., 2002. С. 385—394.

³ Судебная практика по уголовным делам: в 2 ч. Ч. 1. Сборник Постановлений Верховных Судов СССР, РСФСР и Российской Федерации / сост. С.А. Подзоров. М., 2001. С. 110.

⁴ Там же. С. 659.

⁵ Там же. С. 892—893.

провести экспертизу, не порождает никаких процессуально-правовых последствий для эксперта, не ставит его в положение участника уголовного процесса.

Во-вторых, в деле отсутствует постановление следователя, необходимое согласно ч. 3 ст. 202 УПК в целях получения от обвиняемого Иванова Дениса Николаевича образцов для сравнительного исследования, что делает зафиксированный в протоколе факт их изъятия у данного лица юридически ничтожным, а экспертное исследование (акт экспертизы № 1428) — незаконным.

Что касается постановления от 28.01.2003, то оно было вынесено в отношении другого лица — Иванова Дмитрия, и потому не может выступать в качестве основания для изъятия образцов у обвиняемого. Причем, совершенно очевидно, что следователь не объявил обвиняемому это постановление, а просто сообщил ему о предстоящем действии. Ведь в противном случае допущенная процессуальная ошибка была бы неизбежно выявлена и устранена. Иначе говоря, следователь проигнорировал возложенную на него обязанность разъяснять участникам судопроизводства их права, обязанности и ответственность и обеспечивать возможность осуществления этих прав (ч. 1 ст. 11 УПК РФ), а также нарушил конкретное предписание объявлять постановление о получении образцов для сравнительного исследования тому лицу, в отношении которого оно вынесено (приложение 66 к УПК РФ в редакции 2002 г., приложение 121 ст. 476 УПК РФ в последней редакции). Тем самым, в более широком смысле, оказалось под угрозой гарантированное обвиняемому Конституцией РФ право на защиту (ст.ст. 45, 46), что рассматривается УПК РФ как существенное нарушение закона (ч. 1 ст. 381 УПК РФ).

В-третьих, оцениваемые заключения экспертов не были заверены отиском печати государственного экспертного учреждения (ст. 25 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»), то есть печатью, подтверждающей его юридический статус. Использованные же для удостоверения результатов экспертиз печати «Для справок № 1» и «Для пакетов» имеют явно иную цель (ни справкой, ни пакетом заключение эксперта не является) и уже потому не могут подтвердить полномочий данного учреждения производить экспертизы. При этом не имеет значения, что ст. 204 УПК РФ не содержит прямого указания на необходимость соответствующей печати на заключении эксперта, представляющего собой документ государственного экспертного учреждения, имеющий одновременно ведомственную и процессуальную природу и регулируемый двумя названными законами, не противоречащими друг другу.

В-четвертых, перечисленные в обвинительном заключении объекты, направленные на экспертизы, не обладают признаками допустимости и достоверности доказательств по уголовному делу, указанными в ч. 1 ст. 88

УПК РФ, поскольку были получены в ходе не соответствующей ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» оперативно-розыскной деятельности:

— все объекты изъяты в порядке *ст. 27.7. КОАП РФ* путем личных досмотров, проведение которых предусмотрено только по делам об административных правонарушениях, в то время как оперативно-розыскная деятельность осуществляется по делам о предполагаемых преступлениях, в целях защиты от противоправных посягательств (*ст. 1 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»*) и на основании сведений, свидетельствующих о них (*ч. 2 ст. 7 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»*); по этой причине сведения, содержащиеся в протоколах указанных административно-процессуальных действий, не могут служить ни для подтверждения источника происхождения данных объектов, ни для исследования их в уголовном деле как вещественных доказательств;

— объекты, представленные на экспертизы № 636 и № 1428, обнаружены в ходе оперативно-розыскного мероприятия «Проверочная закупка» (*п. 4 ч. 1 ст. 6 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»*), заключающегося в создании ситуации сделки (мнимой), в которой с ведома и под контролем оперативно-розыскного органа возмездно приобретается товар или предмет (без цели потребления или сбыта) у лица, обоснованно подозреваемого в совершении преступления в сфере финансовой, хозяйственной, предпринимательской или торговой деятельности, с целью получения информации о вероятной преступной деятельности, а также в иных оперативно-розыскных целях;¹ то есть это оперативно-розыскное мероприятие не может осуществляться путем инициирования незаконного действия, каким является продажа наркотических средств, и применяться в отношении лиц, подозреваемых в совершении преступлений в иных сферах, в том числе в сфере здоровья населения и общественной нравственности, которая была объектом посягательства в рассматриваемых обстоятельствах дела; в действительности имело место оперативно-розыскное мероприятие «Оперативный эксперимент» (*п. 14 ч. 1 ст. 6 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»*), состоящее в создании условий, при которых преступный умысел лица, обоснованно подозреваемого в совершении преступления, проявляется в его поведении;²

— в оперативно-служебных материалах (л.д. 10—16) не отражено, кто конкретно и каким образом осуществлял оперативно-розыскное мероприятие «Проверочная закупка», за исключением подготовительных действий и действий по оформлению его результатов; в частности, нет информации

¹ См.: Оперативно-розыскная деятельность / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, А.Ю. Шумилова. М., 2001. С. 371—372 ; и др.

² См.: Смирнов М.П. Указ. соч. С. 175—183 ; и др.

о непосредственных действиях доверенного лица органов оперативно-розыскной деятельности Петрова В.С. по приобретению наркотических средств у Иванова Д.Н., об обстоятельствах, в условиях которых сотрудники оперативного подразделения осуществляли наблюдение за этими действиями и захват с поличным подозреваемого лица; то есть в нарушение п. 5 межведомственной Инструкции «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд» от 13 мая 1998 г. № 175/226/336/201/410/56 (межведомственная Инструкция) эти материалы не содержат достаточных данных о том, как проводилось оперативно-розыскное мероприятие; имеющиеся же в уголовном деле показания этих сотрудников сами по себе не могут заменить или устранить недостатки корреспондирующих им оперативных доказательств, поскольку содержательно зависят от них (в определении допустимости и достоверности);

— Петров В.С., которому было поручено, согласно постановлению от 27.01.2003, провести проверочную закупку у Иванова Д., не является надлежащим субъектом данного оперативно-розыскного мероприятия, поскольку в условиях его фактического задержания по подозрению в участии в незаконном обороте наркотиков (обвинительное заключение, с. 3—5) добровольность его согласия оказать содействие оперативно-розыскному органу (ст. 17 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности») практически исключена; в оперативно-служебных документах, приобщенных к уголовному делу, нет информации о том, было ли Петрову В.С. разъяснено, что он будет привлечен к уголовной ответственности независимо от дачи им согласия сотрудничать с правоохранительными органами; следовательно, он был введен в заблуждение и не мог осознавать значимости принятого им решения и предвидеть возможность наступления определенных последствий в результате выраженного согласия.

Для ответа на *второй вопрос* имеет значение следующее.

По обстоятельствам дела Петров В.С. и Иванов Д.Н. были фактически задержаны в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия. При этом Петров был задержан сразу после совершения им предполагаемого преступления, а Иванов — во время совершения преступления. После доставления того и другого в помещение РУВД у них были изъяты объекты, признанные впоследствии наркотическими средствами. Поскольку уголовно-процессуальный закон не регламентирует процедуру фактического задержания лиц, заподозренных в совершении преступлений, она может быть установлена другим законом, в том числе ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», применение которого в описанной выше ситуации в принципе является допустимым.

В то же время обстоятельства оцениваемых фактических задержаний указывают на то, что уже в момент их осуществления у сотрудников

оперативного подразделения появились основания для возбуждения уголовного дела (ч. 2 ст. 140 УПК РФ) и уголовно-процессуального задержания соответствующих лиц (п. 1 ч. 1 ст. 91 УПК РФ). Следовательно, сотрудники оперативно-розыскного органа после доставления подозреваемых в РУВД должны были доложить (сообщить) о выявленных ими преступлениях своему руководителю. Дальнейшие же действия в силу приоритета УПК РФ над другими законами (ч.ч. 1, 2 ст. 7 УПК РФ) следовало производить в уголовно-процессуальном порядке: составить рапорт об обнаружении признаков преступления (ст. 143 УПК РФ), вынести постановление о возбуждении уголовного дела (ст. 146 УПК РФ), оформить протокол задержания (ст. 92 УПК РФ), произвести личный обыск (ст.ст. 93, 184 УПК РФ) и т.д.

Сказанное вытекает из того, что использование в данном случае ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» вступает в противоречие с УПК РФ, применение норм которого призвано и может (в отличие от норм оперативно-розыскного права) обеспечить подозреваемому в совершении преступления лицу гарантированную ему Конституцией РФ (ст.ст. 22, 45, 46, 48) и Европейской конвенцией по правам человека (ЕКПЧ) (ст.ст. 5, 6) защиту от произвола, в том числе произвольного ограничения свободы. Совершенно очевидно, что имевшее место в рамках ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» ограничение свободы Иванова Д.Н. и Петрова В.С. лишило их целого ряда конкретных уголовно-процессуальных прав, предусмотренных ч. 4 ст. 46 УПК РФ, включая право пользоваться помощью защитника с момента их фактического задержания (п. 3 ч. 3 ст. 49 УПК РФ). То есть, по существу, органы оперативно-розыскной деятельности нарушили права указанных лиц на личную неприкосновенность (ч. 1 ст. 22 Конституции РФ и п. 1 ст. 5 ЕКПЧ) и эффективную помощь защитника (ст. 48 Конституции РФ и п. 3 ст. 6 ЕКПЧ), поскольку не использовали законную процедуру задержания и исключили возможность оказания юридической помощи.¹

Поскольку применение ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (допускающего в ситуациях, подобных рассмотренной, конституционно неоправданные ограничения фундаментальных прав и свобод граждан) означает вступление его в противоречие с УПК РФ (располагающего законной процедурой аналогичных ограничений), органы уголовного преследования и суд не вправе использовать результаты такого применения для формирования доказательств по уголовному делу (ст. 85 УПК РФ). Вот почему суд, установив несоответствие между ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» и УПК РФ (в указанном выше смысле), обязан руковод-

¹ См. подробнее: Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М., 1998. С. 164, 245, 246.

ствоваться последним и принять решение об исключении из числа доказательств тех, которые были получены недопустимым образом (ч.ч. 2, 3 ст. 7 УПК РФ).

Для ответа на взаимосвязанные *третий, четвертый и пятый вопросы* имеет значение следующее.

Лицо, содействующее оперативно-розыскной деятельности — это любое дееспособное лицо, привлеченное с его согласия к подготовке или проведению оперативно-розыскного мероприятия на основании и в порядке, установленном законом (ст. 17 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности») и ведомственными нормативными актами. Исходя из общего смысла закона, такое согласие должно быть недвусмысленным и добровольным, то есть выраженным не под воздействием физического или психического принуждения¹. Поэтому вынужденное согласие кого-либо сотрудничать с органами оперативно-розыскной деятельности не является законным основанием его участия в оперативно-розыском мероприятии и, более того, при определенных обстоятельствах в принципе может свидетельствовать о планировании недопустимой провокации преступления.

Однако для того чтобы оценить какие-либо действия как недопустимую провокацию, одного факта принуждения к участию в их производстве недостаточно. Дело в том, что сама по себе провокация есть побуждение к каким-либо действиям и в этом смысле может быть частью правомерного оперативно-розыскного мероприятия. Если, например, в отношении определенного лица имеются обоснованные оперативной информацией подозрения в совершении им преступлений, то создание условий для проявления его преступной активности (побуждение к ней путем предоставления возможности действовать соответствующим образом) в рамках оперативно-розыскного мероприятия без какой-либо инициативы, давления, подстрекательства со стороны сотрудников оперативно-розыскного органа или лиц, сотрудничающих с ними, будет вполне допустимым и оправданным целью выявления преступника и пресечения его преступной деятельности.

Такой позиции в целом придерживаются *Верховный Суд РФ*², *ученые и практики*³. Разделяет ее и *Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ)*, который по делу «*Люди против Швейцарии*» (№ 17/1991/269/340) признал

¹ См.: Смирнов М.П. Указ. соч. С. 434—439 ; и др.

² См.: Определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ № 69-Д01 ПР-1.

³ См., например: Волженкин Б. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? // Российская юстиция. 2001. № 5. С. 45 ; Курченко В. Отграничение провокации от действий при пресечении преступлений // Законность. 2004. № 1. С. 10—12.

допустимыми действия тайного агента полиции по вовлечению господина Люди (заявителя) в совершении сделки по незаконному обороту наркотиков, мотивируя это тем, что полиция проводила данную операцию на законных основаниях, располагала предварительной информацией об участии названного господина в совершении преступлений, была нацелена на предотвращение особо опасной преступной деятельности и не использовала методов, препятствующих осознанию заявителем преступного характера данной сделки. Причем, по мнению ЕСПЧ, как можно заключить из другого его решения¹, отсутствие даже одного из использованных в приведенной выше мотивировке критериев ведет к признанию применения полицией недопустимой провокации.

В оцениваемой ситуации (безотносительно позиции обвиняемого, отрицающего свою вину по уголовному делу) органы оперативно-розыскной деятельности до начала проведения оперативно-розыскного мероприятия имели предварительную информацию (заявление Сазонтова В.С.), свидетельствующую о том, что Иванов Д.Н. уже совершил преступление и в будущем с большой вероятностью может продолжить свою преступную деятельность. Они не вводили его в заблуждение относительно характера совершаемых им действий, преступность которых должна была быть для него очевидной, и у них были предусмотренные ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» основания проводить оперативно-розыскное мероприятие. Однако использовать эти основания они не могли, потому что в момент планирования оперативно-розыскного мероприятия уже располагали достаточными данными для возбуждения уголовного дела по факту совершения преступления Ивановым Д.Н. (информацией об обстоятельствах задержания Сазонтова В.С., изъятыми у него двумя таблетками «экстази», заявлением, в котором он прямо указывал на Иванова Д.Н. как на лицо, продавшее ему наркотические средства, то есть совершившее преступление) и обязаны были действовать в порядке, установленном УПК РФ (ст. ст. 143—146 УПК РФ).

Игнорирование данной обязанности не только лишило Иванова Д.Н. законных прав на защиту (ст. п. б.2. настоящего заключения), возникающих у него как у подозреваемого с момента фактического задержания (ст. 46 УПК РФ), но и привело к совершению им нового преступления.

Совершенно очевидно, что в условиях уголовного процесса это не могло произойти. Действительно, поскольку на Иванова Д.Н. было указано как на лицо, совершившее преступление, его должны были задержать (п. 2 ч. 1 ст. 91 УПК РФ), произвести личный обыск (ст. 93 УПК РФ) и другие процессуальные и следственные действия, необходимые как для исключения

¹ См.: Решение от 09.06.1998 по делу Т. де Кастро против Португалии // Сибирские юридические записки. Вып. 2. Красноярск, 2002. С. 213—231.

возможности продолжения им преступной деятельности, так и для получения законных доказательств по уголовному делу.

Другими словами, вместо активного расследования одного преступления правоохранительные органы занялись провоцированием нового преступления. Подобные действия ничем иным как произволом и недопустимой провокацией не назовешь. По существу оказалось нарушенным фундаментальное право каждого на защиту от произвола путем справедливого (надлежащего) рассмотрения дела (*п. 1 ст. 6 ЕКПЧ, ч. 1 ст. 45 Конституции РФ*).

Указанное нарушение неизбежно влечет за собой признание всех доказательств обвинения, сформированных на основе сведений и объектов, полученных в результате недопустимой провокации, незаконными и делает невозможным их исследование и использование для доказывания вины Иванова Д.Н. в суде (*ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, ч. 3 ст. 7, ч. 1 ст. 75, ч. 5 ст. 235 УПК РФ*). Иначе говоря, из числа доказательств должны быть исключены: показания свидетелей, принимавших участие в провокационном ОРМ; признанные вещественными доказательствами объекты, а также образцы для сравнительного исследования, изъятые у Иванова Д.Н.; заключение эксперта, основанное на изучении этих объектов и образцов.

Для ответа на *последний вопрос* имеет значение следующее.

В соответствии с *ч. 7 ст. 236 УПК РФ* судебное решение, принятое по итогам предварительного слушания, обжалованию не подлежит (за некоторыми исключениями), в том числе и решение по вопросу об исключении доказательств. Данная уголовно-процессуальная норма не вступает в противоречие с положениями *Конституции РФ*, гарантирующей государственную защиту прав и свобод человека и гражданина, предоставляющей каждому возможность защищать свои права и свободу, а решения и действия (или бездействия) органов государственной власти и должностных лиц обжаловать в суд (*ст. 45, ч.ч. 1, 2 ст. 46*). Дело заключается в том, что запрет на обжалование в данном случае не является препятствием для надлежащего осуществления правосудия. Более того, такой запрет содействует скорейшему судебному разбирательству, которое еще предстоит. Причем, что касается ходатайства об исключении доказательств, обжалование отказа в его удовлетворении вообще лишено смысла, поскольку при разрешении дела по существу возможно повторное рассмотрение данного вопроса (*ч. 7 ст. 235 УПК РФ*).

В то же время нельзя не отметить, что закон буквально запрещает обжалование именно решения, а не отказ его принять. Такое поведение судьи в принципе можно расценить как ненадлежащее исполнение им своих процессуальных обязанностей и заявить отвод судье, но лишь при наличии других дополнительных обстоятельств, свидетельствующих о его личной, прямой или косвенной заинтересованности в исходе дела (*ч. 2 ст. 61 УПК РФ*).

ПРАВОВЫЕ ВЫВОДЫ

Все доказательства обвинения по рассматриваемому делу получены в результате противозаконной деятельности, сопровождавшейся недопустимыми ограничениями прав и свобод человека и гражданина, подлежат исключению, не могут использоваться в доказывании в ходе судебного разбирательства и быть положены в основу обвинительного приговора.

Ведущий консультант Общественного комитета
по защите прав человека (г. Красноярск),
заведующий кафедрой уголовного процесса СФУ,
доцент, кандидат юридических наук

Н.Г. Стойко

Оглавление

Введение	3
Глава 1. ХАРАКТЕРИСТИКА ПРОВОКАЦИИ В УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ, ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ И УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ СФЕРАХ	6
1.1. Понятие провокации в уголовном праве	6
1.2. Провокации как способ раскрытия и расследования преступления	15
1.2.1. Международный опыт в проведении оперативно- розыскных мероприятий для целей справедливого правосудия	15
1.2.2. Общие подходы к проведению оперативно-ро- зыскных мероприятий	35
1.2.3. Оперативный эксперимент и провокационные риски при его проведении	43
1.2.4. Проверочная закупка и провокационные риски при ее проведении	55
1.2.5. Идеальные схемы осуществления оперативно- розыскной деятельности, исключаящие провока- ционные риски	59
1.3. Причины провокационной деятельности оперативных сотрудников	62
Глава 2. НАЦИОНАЛЬНАЯ И МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАКТИКА БОРЬБЫ С ПРОВОКАЦИОННЫМИ МЕТОДАМИ ВЕДЕНИЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	67
2.1. Практика борьбы национальных судов с провокацион- ными методами деятельности оперативных сотрудни- ков	67
2.2. Использование в российском уголовном судопроизвод- стве практики европейского правосудия в борьбе с провокациями	72

Глава 3. СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ МЕХАНИЗМА ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ, СВЯЗАННОГО С ПРОВЕДЕНИЕМ ОПЕРАТИВНЫМИ СОТРУДНИКАМИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ	88
3.1. Нормативные изменения для исключения провокаций при проведении оперативно-розыскных мероприятий	88
3.2. Особое производство по применению принудительных мер безопасности.....	93
Глава 4. «ОПЕРАТИВНЫЕ ИГРЫ» В КОНТЕКСТЕ ЗАКОННОЙ И НЕЗАКОННОЙ (ПРОВОКАЦИОННОЙ) ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	103
4.1. Общая характеристика «оперативных игр».....	103
4.2. «Оперативные игры» при раскрытии и расследовании заказных убийств (убийств, совершенных по найму).....	105
4.3. «Оперативные игры» при раскрытии и расследовании похищений человека	108
4.4. «Оперативные игры» с использованием так называемых «оперативных ловушек»	108
4.5. Некоторые примеры из «коллекции» «оперативных игр»	112
Заключение	115
Приложения	117
Заключение по уголовному делу № 16179361 Недошoven-ко А.В. (запрос адвоката А.Д. Назарова)	117
Заключение «О допустимости доказательств по уголовному делу № 73023 Есина М.Н. и других»	125
Консультативное заключение по уголовному делу № 14176586 Марковской В.Н.	127
Заключение по уголовному делу № 16177644 Егоровой Л.В. (запрос адвоката Е.В. Рафальского).....	133
Заключение о допустимости использования доказательств обвинения по уголовному делу Иванова Д.Н.	136

Издательство «Юрлитинформ»

**ПРЕДЛАГАЕТ ВНИМАНИЮ ЧИТАТЕЛЕЙ КНИГИ СЕРИИ
«БИБЛИОТЕКА КРИМИНАЛИСТА»:**

Благов Е.В.

Квалификация при совершении преступления

Семенцов В.А., Гладышева О.В., Репкин М.С.

Следственные действия и розыскные меры в стадии предварительного расследования

Романова Л.И.

Наркопреступность: цена, характеристика, политика борьбы

Комиссарова Я.В.

Концептуальные основы профессиональной деятельности эксперта в уголовном судопроизводстве

Варанкина Ю.С.

Уголовно-правовые проблемы борьбы с невыплатой заработной платы

Исютин-Федотков Д.В.

Криминалистический словарь-справочник

Рябцева Е.В.

Правосудие в уголовном процессе России

Бедняков И.Л.

Обыск: проблемы эффективности и доказательственного значения

Заявки на приобретение издаваемой нами литературы,
а также отзывы о ней, свои предложения и рекомендации
о необходимой тематике направляйте по адресу:

119019, г. Москва, ул. Волхонка, д. 6

ООО Издательство «Юрлитинформ»

тел. (495) 697-77-45, тел./факс (495) 697-16-13

E-mail: zakaz@urlit.ru

Назаров Александр Дмитриевич

ПРОВОКАЦИИ В ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Выпускающий редактор Микляева Е.В.

Лицензия ЛР № 066272 от 14 января 1999 г.
Сдано в набор 21.06.10. Подписано в печать 27.07.2010.
Формат 60×88/16. Бумага офсетная. Усл. печ. л. 9,5.
Тираж 3000 экз. (1-й завод — 1000 экз.) Заказ 3771—10.

ООО Издательство «Юрлитинформ»
119019, г. Москва, ул. Волхонка, 6

Отпечатано в ОАО «12 ЦГ»
119019, г. Москва, Староваганьковский пер., д. 17
Тел.: (495) 697-73-48

**Издательство «Юрлитинформ»
предлагает вниманию читателей книги
серии «Библиотека криминалиста»**

Коллектив авторов под ред. С.Ю. Журавлева. Расследование торговли людьми: методика, тактика, специальные познания

Пономарева Е.Е. Уголовно-правовые проблемы борьбы с браконьерством на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне

Ситникова А.И. Законодательная текстология и ее применение в уголовном праве

Виницкий Л.В., Иванова Л.Ф. Тактико-психологические аспекты предъявления для опознания на предварительном следствии

Полякова Н.И. Система предупреждения преступности несовершеннолетних: история и современность

Усанов И.В. Выявление и изобличение лиц, совершающих серийные убийства на сексуальной почве

Благов Е.В. Квалификация при совершении преступления

Семенцов В.А., Гладышева О.В., Репкин М.С. Следственные действия и розыскные меры в стадии предварительного расследования

Романова Л.И. Наркопреступность: цена, характеристика, политика борьбы

Комиссарова Я.В. Концептуальные основы профессиональной деятельности эксперта в уголовном судопроизводстве

Варанкина Ю.С. Уголовно-правовые проблемы борьбы с невыплатой заработной платы

Исютин-Федотков Д.В. Криминалистический словарь-справочник

Рябцева Е.В. Правосудие в уголовном процессе России

Заявки на приобретение издаваемой нами литературы,
а также отзывы о ней, свои предложения и рекомендации
о необходимой тематике направляйте по адресу:

119019, г. Москва, ул. Волхонка, д. 6

ООО Издательство «Юрлитинформ»

тел. (495) 697-77-45, тел./ факс (495) 697-16-13

E-mail: zakaz@urlit.ru



ISBN 978-5-93295-722-6



9 785932 957226 >