

Журнал издает **«АКТИОН»** Право

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

ПРАКТИКА УСПЕШНОЙ ЗАЩИТЫ И ОБВИНЕНИЯ

№ 3 март 2022

Назначение наказания. Правила
и ошибки в приговорах • С. 24

Как проверить результаты ОРД на предмет
нарушений. Типичные ситуации • С. 64

Следственные действия по ВКС.
Вопросы и ответы • С. 75

Отмена обвинительно-оправдательного приговора
ввиду нарушения права на защиту:
опасные тенденции в судебной практике • С. 86

Входит в Перечень ВАК

ugpr.ru | e.ugpr.ru

КВАЛИФИКАЦИЯ

58 Легализация преступных доходов: ошибки квалификации

О.Н. Тисен, д. ю. н., начальник юридического управления Росфинмониторинга

РАССЛЕДОВАНИЕ

64 Как проверить результаты ОРД на предмет нарушений. Типичные ситуации

Ю.П. Гармаев, д. ю. н., профессор, профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики БГУ, старший научный сотрудник, профессор Восточно-Сибирского филиала РГУП

75 Следственные действия по ВКС. Вопросы и ответы

А.П. Рыжаков, к. ю. н., профессор, заслуженный работник Высшей школы РФ

ПРОИЗВОДСТВО В СУДЕ

80 Как провести следственные действия с обвиняемым, который уже осужден по другому делу

И.Р. Хроменков, аспирант кафедры уголовно-процессуального права им. Н.В. Радутной РГУП, помощник Черемушкинского межрайонного прокурора г. Москвы, юрист 3-го класса

86 Отмена обвинительно- оправдательного приговора ввиду нарушения права на защиту: опасные тенденции на практике

С.Д. Пархоменко, стажер адвоката адвокатского бюро «Феоктистов и партнеры» г. Москвы, магистрант Юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова

МНЕНИЕ

92 Может ли аудиозапись судебного заседания заменить традиционный протокол

С.В. Сердюков, к. ю. н., доцент Военного учебного центра РГУП, судья окружного военного суда в почетной отставке

С.П. Кочетова, преподаватель РГУП, начальник отдела делопроизводства 235-го гарнизонного военного суда

96 ИНФОРМАЦИЯ ДЛЯ СИСТЕМЫ РИНЦ / TABLE OF CONTENTS



«При конкуренции смягчающих и усиливающих правил определения пределов наказания предпочтение отдается смягчающим правилам» • с. 33

Олег Кимович Зателепин, д. ю. н., профессор, судья Верховного Суда РФ



«У следователя есть четыре варианта действий, если он выявит нарушения законодательства в сфере ОРД и лишь от одного часа до одних суток для принятия оптимального решения» • с. 64

Юрий Петрович Гармаев, д. ю. н., профессор, профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики БГУ, старший научный сотрудник, профессор Восточно-Сибирского филиала РГУП



Юрий Петрович Гармаев, д. ю. н., профессор, профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики Бурятского государственного университета, старший научный сотрудник, профессор кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики Восточно-Сибирского филиала РГУП

Как проверить результаты ОРД на предмет нарушений. Типичные ситуации

В ЭТОЙ СТАТЬЕ:

- В чем заключаются этапы содержательной проверки и оценки результатов ОРД
- Как действовать адвокату и следователю в ситуациях выявления ими нарушений законодательства в сфере ОРД

В публикации журнала за 2021 год автор представил начало алгоритма проверки и оценки результатов ОРД и кратко изложил этап проверки № 1 «Формальная документальная проверка»¹, на котором проверяется наличие всех необходимых документов, оформляющих ОРМ (их может насчитываться 17 видов). В этой статье представим этапы № 2–6 алгоритма проверки².

Этапы № 2–6 относятся к содержательной проверке и оценке результатов ОРД. Они позволяют изучить материалы ОРД на предмет выявления самых существенных и неустрашимых нарушений закона. Такие нарушения могут быть квалифицированы в том числе как преступления (ст. 285, 286, ч. 4 ст. 303 УК).

Участникам процесса целесообразно изучить результаты ОРД в соответствии с этим алгоритмом неоднократно, но каждый раз по-разному. Проверить материалы — результаты ОРД по всем критериям и выявить нарушения при однократном анализе сложно. Некоторые пункты из разных этапов алгоритма схожи. Это сделано намеренно, чтобы не пропустить ни одно нарушение.

Проверка на предмет вероятной провокации и отсутствия оснований для проведения ОРМ

На этом этапе можно выявить самые существенные нарушения. Например, распространены нарушения закона, связанные с множе-

ственностью проведенных однородных ОРМ. Необходимо, в частности, проверить, сколько всего оперативных экспериментов или проверочных закупок и по каким основаниям проводилось, с привлечением каких лиц. Далее изучить материалы на предмет возможного наличия провокационно-подстрекательских действий оперативных сотрудников и «содействующих лиц». Проверить, по чьей инициативе передавалась взятка, продавался наркотик и т. п. Оценить, не оказал ли влияние на фигуранта оперативный сотрудник или «содействующее лицо» с целью склонения к преступлению, к иным незаконным действиям. Установить, подано ли заявление о преступлении «содействующим лицом» («полицейским агентом») или обычным гражданином.

Далее можно сделать прогноз о том, будут ли проверяемыми в условиях уголовного судопроизводства сведения об основаниях проведения ОРМ и о провокации. Например, проверить, имелись ли сведения — основания проведения ОРМ, полученные из иных источников, а не только от оперативников со ссылкой на анонимные источники.

ИЗ ПРАКТИКИ. Классический пример провокационных действий установил суд апелляционной инстанции по уголовному делу в отношении П. и Ш., осужденных за хранение наркотических средств по ч. 1 ст. 228 УК к лишению свободы на срок 1 год с отбыванием наказания в колонии-поселении. Апелляционная инстанция отменила приговор и вынесла апелляционный оправдательный приговор. В своем решении апелляция пришла к выводу, что значительная часть доказательств виновности указанных лиц является материалами одного оперативно-розыскного мероприятия. При этом П. и Ш.

показывали, что приобрели, а затем хранили психотропное вещество под влиянием и активным воздействием лица, привлеченного к ОРМ «оперативный эксперимент».

Кассационная инстанция признала решение апелляции правильным. Кассация отметила, что апелляционный суд верно установил, что в проведенном в отношении П. и Ш. оперативном мероприятии выступало в качестве закупщика лицо, действовавшее по распоряжению сотрудников полиции. При этом данное лицо неоднократно участвовало в аналогичном качестве по другим уголовным делам, «в связи с чем его роль, по определению ЕСПЧ, как «полицейского осведомителя» в такого рода мероприятии должна была ограничиваться пассивной». При этом обвинение не опровергло показания П. и Ш. о том, что именно приобретатель неоднократно звонил им с просьбой достать и продать амфетамин. В таком случае оказание влияния на рассматриваемое лицо признается Европейским судом подстрекательством к совершению преступления. Из материалов дел следовало, что данных об истребовании информации о соединениях абонентских номеров не имеется, а ходатайства стороны защиты об этом отклонялись как при производстве предварительного расследования, так и в ходе судебного разбирательства.

При указанных обстоятельствах суд апелляционной инстанции, по мнению кассации, принимая во внимание отсутствие доказательств того, что без вмешательства у сотрудников полиции имелись основания подозревать П. и Ш. в незаконном обороте наркотиков, пришел правильному выводу о том, что приобретение амфетамина для покупателя было спровоцировано. Согласно рапорту сотрудника полиции Ф. И. О. 19, организовавшего проведение ОРМ в отношении П. и Ш., какой-либо

- 1 Гармаев Ю.П. Как проверить результаты ОРД на предмет нарушений законодательства: алгоритмы и системный подход // Уголовный процесс. 2021. № 3. С. 24–29.
- 2 Аналог алгоритма см. Гармаев Ю.П., Викулов О.В. Ошибки и нарушения закона в сфере оперативно-розыскной деятельности. Вып. 1: практическое пособие. М.: Издательство «ТилКом», 2020. С. 70–77.

РАССЛЕДОВАНИЕ

оперативной информации о причастности этих лиц к другим преступлениям не имеется (определение Второго КСОЮ от 05.08.2021 по делу № 77-2369/2021).

В другом примере апелляционный суд оправдал осужденного за дачу взятки. И хотя впоследствии решение апелляции отменил кассационный суд, выводы апелляции относительно поведения сотрудника полиции выглядят любопытными.

Из практики. По версии следствия, К. предложил взятку сотруднику полиции Б., которая была намерена привлечь его сожительницу к административной ответственности за продажу алкоголя несовершеннолетним. При этом К. настойчиво просил Б. о смягчении наказания для сожительницы или освобождении от него и предложил денежное вознаграждение. Тем самым, по версии следствия, К. склонял Б. к получению взятки, о чем она сообщила оперативному сотруднику полиции по борьбе с преступлениями экономической и коррупционной направленности А. по Viber.

Однако апелляция установила, что из имеющихся в материалах дела и просмотренных видеозаписей следует, что инициатива разговора с К. исходила от сотрудника полиции Б. На записи именно Б. предлагает К. выйти на улицу, где ее разговор начинается с того, что имеется два варианта рассмотрения материалов в отношении П.: «начальником полиции, который всегда назначает штраф по минимуму, или судом». При этом Б. сама спрашивает К., что, «может, лучше материал рассмотрит начальник и так будет проще?». Затем в ходе разговора Б. на вопрос К. об осведомленности начальника говорит, что сделала сообщение только в дежурную часть. Уже после этого следует предложение от К. решить вопрос «напрямую» с ней.

После оформления материалов об административном правонарушении на П., Б. вновь на предложение К. переговорить выходит с ним из помещения. Апелляционная инстан-

ция решила, что своим поведением Б. дала ему понять, что готова разговаривать с целью урегулирования вопроса о непривлечении П. к административной ответственности.

По видеозаписям было установлено, что Б. трижды выходила с К. на улицу. Таким образом, по мнению суда апелляционной инстанции, Б. «в определенной степени допускала виктимное поведение, тем самым спровоцировав возникновение у К. умысла на передачу ей денежного вознаграждения за бездействие в пользу П.» (апелляционный приговор Белгородского областного суда от 26.10.2020 по делу № 22-1180/2020).

Однако кассационный суд решил, что апелляционная инстанция не привела «конкретных и фактических обстоятельств, указывающих на нарушение» Б. требований законодательства, свидетельствующих о ее провокационных действиях в отношении К., направленных на получение взятки (определение Первого КСОЮ от 18.03.2021 по делу № 77-888/2021).

Проверка и оценка на соответствие законодательству об ОРД

На этом этапе вновь идет проверка результатов ОРД по критериям законности их проведения. Необходимо вновь вчитываться, глубоко вникать в содержание и смысл документов и иных материалов, сопоставлять их между собой. В частности, на данном этапе необходимо проверить, соблюдены ли цели и задачи, принципы ОРД, установленные в ст. 2–3 Федерального закона от 12.08.1995 № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее — Закон об ОРД). Нужно установить, надлежащий ли орган — субъект ОРД проводил ОРМ, уполномоченное ли должностное лицо утвердило документы (постановление) на проведение ОРМ (ст. 8, 13 Закона об ОРД). Проверка законности ОРМ также подразумевает, что нужно проверить, соответствует ли содержание ОРМ тому, что предусмотрено законом. Нет ли подмены одного ОРМ другим.

ИЗ ПРАКТИКИ. В уже описанном выше примере по делу о покушении на дачу взятки сотруднику полиции Б. апелляционная инстанция, которая вынесла свой оправдательный приговор, указала сразу на несколько нарушений, допущенных при проведении ОРМ. Так, апелляция указала, что небезосновательным является довод стороны защиты о том, что были допущены нарушения Закона об ОРД при проведении ОРМ «наблюдение», материалы которого были положены в основу обвинительного приговора. Апелляция отметила, что ОРМ «наблюдение» представляет собой визуальное, электронное или комплексное слежение и контроль за поведением (действиями) лица, направлено на получение информации о признаках его преступной деятельности и другой информации, необходимой для решения задач оперативно-розыскной деятельности.

Из исследованных видеозаписей следует, что техническое средство негласной аудио-видеофиксации находилось в сумке сотрудника полиции Б., что позволяет сделать вывод о том, что фактически имело место ОРМ «оперативный эксперимент». Так как именно Б. являлась непосредственным участником взаимоотношений и контактов с осужденным К. При просмотре видеозаписей также было установлено, что в определенные моменты сумка с встроенным в ней техническим средством видеофиксации находилась у иного лица, что противоречит процедуре проведения ОРМ «наблюдение».

Апелляция также отметила, что использование средств видеофиксации надлежащим образом документально сотрудники полиции не оформили. Так, протокол осмотра, используемого для видеофиксации технического средства, а также акт передачи его лицу, производящему видеозапись, не составлялись. Видеозаписи разговоров между Б. и К. в материалах дела представлены выборочно, в виде пяти фрагментов, что лишает возможности установить достоверно все события, имевшие место.

Однако, как отмечалось выше, кассация не согласилась с апелляцией и пришла к выво-

ду, что суд апелляционной инстанции не в полной мере учел положения Закона об ОРД, «которыми не предусмотрены конкретные требования по оформлению и использованию средств видеофиксации и о порядке предоставления результатов оперативно-розыскных мероприятий». По мнению кассации, по смыслу ст. 2, 7 Закона об ОРД, делая вывод о законности решения о проведении оперативного мероприятия «наблюдение», «суд должен убедиться, что оно принято надлежащим лицом на основании ставших ему известными признаков о подготавливаемом, совершаемом или совершенном преступлении».

Также на данном этапе следует проверить: — не пытался ли адвокат принять участие в гласных ОРМ, например, в обследовании помещений, зданий, сооружений, транспортных средств, или в гласных стадиях оперативного эксперимента (при задержании), проверочной закупки и не было ли незаконного отказа в его допуске; — соблюден ли особый порядок проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, — ч. 2–7 ст. 8, ст. 9 Закона об ОРД; — соблюден ли гарантии неприкосновенности отдельных категорий лиц при проведении ОРМ: в отношении прокуроров, судей, адвокатов; — соблюден ли порядок изъятия предметов, документов, материалов и сообщений в ходе ОРМ — п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД.

ИЗ ПРАКТИКИ. Осужденный за покушение на мошенничество сотрудник полиции в апелляционной жалобе на приговор указал на незаконность использования в качестве доказательства его виновности копии аудиозаписей с флеш-накопителя и сводки № 1 с флеш-накопителя, составленной оперуполномоченным. Он оспорил факт разговора, содержащегося в «файле

РАССЛЕДОВАНИЕ

№ 4», и просил учесть, что указание суда в приговоре о том, что аудиозапись разговора, описанного в файле № 4, не изымалась. Это противоречило выводам суда о том, что содержание файла № 4 сводки № 1 с флеш-накопителя указывает на его виновность.

Он также обратил внимание на нарушение требований УПК и Закона об ОРД при передаче технического средства, денег и изъятия последних. В частности, просил признать недопустимыми и исключить из числа доказательств акт изъятия денег, акт личного досмотра, сводку № 1 по результатам оперативного эксперимента флеш-накопителя.

Апелляция оставила приговор в силе, но кассационная инстанция согласилась с доводами осужденного. Из протоколов выемки и осмотра предметов файл у оперуполномоченного не изымался и не осматривался (т. 6 л. д. 114–118).

Кассация отметила, что доводы апелляционной жалобы осужденного о принадлежности указанной аудиозаписи, в том числе о незаконности ссылок на сводку № 1 с флеш-накопителя в связи с тем, что аудиозапись файла № 4 не изымалась, ее содержание отражено только в письменном виде оперативным уполномоченным, апелляционный суд проигнорировал.

Из материалов уголовного дела было видно, что оперативник представил органу предварительного расследования DVD-R диск с аудиофайлами, сообщил, что он делал резервное копирование с флеш-накопителя. Согласно протоколу выемки флеш-накопителя с результатами оперативного эксперимента, этот носитель информации был упакован 13.03.2018, на упаковке имеются три подписи. При производстве выемки и осмотра флеш-накопителя не указано о нарушении целостности его упаковки.

Но обстоятельства изготовления оперативным уполномоченным копии содержания флеш-накопителя и составления им 14.03.2018 сводки № 1 с флеш-накопителя, упакованного 13.03.2018, нижестоящие суды не выясняли. Также суды оставили без оценки показания понятных, согласно которым флеш-накопитель,

изъятый 13.03.2018, был упакован и опечатан надлежащим образом, о чем был составлен акт, где расписались они и другие участники.

По мнению кассации, суды не оценили указанные обстоятельства с учетом сведений о том, что сводка № 1 флеш-накопителя содержит ссылку на аудиозапись разговора, состоявшегося 13.03.2018 в 20 часов 57 минут, то есть после того, как 13.03.2018 в 18 часов 20 минут флеш-накопитель и деньги были изъяты также. Кроме того, суды не учли содержание заключения специалистов о том, что представленная на исследование спорная фонограмма имеет признаки нарушения целостности и присутствия неситуационных изменений.

Кассация отменила приговор и апелляционное определение и направила дело на новое рассмотрение в апелляционную инстанцию (определение Седьмого КСОЮ от 17.11.2021 по делу № 77-5761/2021).

Проверка достоверности результатов ОРД

После проверки законности следует проверить результаты ОРД на предмет их достоверности. Безусловно, мы исходим из презумпции добросовестности оперативных сотрудников. Однако, к сожалению, факты грубых ошибок в составлении документов, вплоть до их фальсификации, имеют место, и проверять их необходимо.

Такая проверка нацелена в первую очередь на поиск неточностей и противоречий в документах и иных материалах. Например, следует обратить внимание на:

- 1) местоположение предметов, лиц при проведении ОРМ;
- 2) время проведения ОРМ или отдельных действий, событий;
- 3) время составления документов (постановлений, актов);
- 4) характеристики используемой спецтехники;
- 5) иные обстоятельства.

Здесь же нужно обратить внимание на такие возможные искажения в документах, как:

- неверные данные о личности (Ф. И. О., возраст и т. п.) участников ОРМ;
- неверное описание предметов, веществ, в том числе несовпадение номеров и количества, номинала изъятых денежных купюр;
- несоответствия в описаниях наркотических средств, в их упаковке и т. п.

При проверке следует обратить внимание на, к сожалению, вероятную фальсификацию результатов ОРД, то есть на умышленные действия, выражающиеся в подделке, искажении (в том числе путем уничтожения), подмене подлинной информации (ее носителей), предметов, выступающих в качестве доказательств, предметами ложными, искусственными, полученными из ненадлежащего источника или с нарушением установленного порядка. Грубое нарушение ч. 8 ст. 5 Закона об ОРД может квалифицироваться по ч. 4 ст. 303 или по ст. 285, 286 УК.

Далее в рамках анализа содержания результатов ОРД нужно обратить особое внимание на то, каков был первый и последний контакт разрабатываемого лица с оперативными сотрудниками, «содействующими лицами». Иногда эти контакты могут быть скрыты умышленно, с целью исключения версии о провокации или фальсификации. Следует просмотреть, прослушать видео (аудио) и убедиться, нет ли искажений, фальсификации, подозрительных обрезков. При необходимости обратиться к специалистам, экспертам для получения заключения по вопросу о наличии искажений.

Обратить внимание и принять решение по поводу того, кого следует опросить/допросить, какие документы и иные материалы запросить, сверить между собой, какие до-

полнительные исследования (экспертизы) провести. Эти действия присущи следователю, который в определенных ситуациях обязан выдвинуть и проверить версию либо об ошибках, опечатках, либо о фальсификации результатов ОРД. Соответственно, сторона защиты должна указать следователю на то, где и что искать, если он не заметил ошибки и нарушения сам.

Проверка соблюдения Инструкции о передаче результатов ОРД следствию и суду

Следующая часть этапа содержательной проверки результатов ОРД призвана обратить особое внимание на требования названной Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд³ (далее — Инструкция).

Напомним, что ч. 4 ст. 11 Закона об ОРД прямо ссылается на эту Инструкцию, а потому ее нарушение равносильно нарушению федерального закона. При этом в Инструкции так много существенных и, казалось бы, малозаметных и абстрактных требований, что многие оперативные сотрудники и следователи их попросту игнорируют.

Такую проверку можно провести последовательно в зависимости от вариантов использования результатов ОРД.

Если результаты ОРД представлены для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, то нужно убедиться, соответствуют ли они п. 18 раздела III Инструкции.

Если результаты ОРД представлены для использования в доказывании по уголовным делам, то соответствуют ли они п. 20 раздела III Инструкции.

Если результаты ОРД представлены для подготовки и проведения процессуаль-

³ Утверждена приказом от 27.09.2013 МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68.

РАССЛЕДОВАНИЕ

ных действий, например, для обоснования избрания меры пресечения, обыска и т. п., то соответствуют ли они п. 19 раздела III Инструкции.

Тут же следует проверить, представили ли оперативные сотрудники оригиналы аудио-, видеозаписей или копии в соответствии с п. 17 Инструкции. Так, если представлены копии, об этом обязательно указывается в сообщении (рапорте) и на бумажном носителе записи переговоров.

Заодно следует проверить, соблюдены ли требования из подстрочников Приложений 1–3 к Инструкции. Так, например, в Приложении № 1 в подстрочнике сообщения (рапорта) есть требования к тексту этого документа. Оперативный сотрудник должен привести в рапорте информацию о прилагаемых к рапорту предметах, веществах, материальных (физических) носителях информации с описанием их индивидуальных признаков, времени, места и обстоятельств их изъятия (получения).

ИЗ ПРАКТИКИ. В своем решении кассационный суд указал, что, проверяя законность и обоснованность приговора в отношении осужденного Н.И., суд апелляционной инстанции в полном объеме не проверил и не рассмотрел доводы апелляционных жалоб адвокатов и осужденного о допущенных в ходе проведения в отношении Н.И. оперативно-розыскных мероприятий, нарушений Закона об ОРД и УПК.

Например, защита указала на противоречия в протоколе обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств от 08.08.2018 в части изъятия денежных средств на участке местности непосредственно у ног Н.И. с предоставленными сведениями с сайта СУ СК России, на которых, очевидно, изображен Н.И., и нахождение денежных средств зафиксировано именно в кармане его шорт, которые и были направлены на химическую экспертизу. Экспертиза установила, что следы препарата (вещества), обладаю-

щего люминесценцией зеленого цвета, возникающей под воздействием ультрафиолетового излучения после взаимодействия с препаратом «Специальный аэрозольный проявитель», зафиксированы как на правом, так и на левом карманах.

Кроме того, в материалах уголовного дела в отношении Н.И. имелось постановление о раскочеривании документов с результатами ОРД от 09.08.2018, составленное врио начальника УФСБ России. Из постановления следовало, что в ходе осуществления комплекса оперативно-розыскных мероприятий, включающего в себя проведение оперативного эксперимента, обследования помещений и участка местности, опросов, исследование предметов и документов и прослушивание на основании постановления телефонных переговоров, получена информация о причастности к получению взятки Н.И. Однако сведений о том, кем было принято решение о проведении ОРМ «прослушивание телефонных переговоров», предоставленные материалы не содержали. Постановление руководителя оперативно-розыскного органа о проведении в отношении Н.И. прослушивания телефонных переговоров в материалах дела отсутствовало.

Кассация отметила, что, учитывая требования ст. 8 Закона ОРД о том, что прослушивание телефонных переговоров допускается только в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений средней тяжести, тяжких или особо тяжких преступлений, а также лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях, суду надлежало проверить, имело ли место нарушение названного федерального закона. В этих целях суду следовало запросить дело оперативного учета (ДОУ), проверить, есть ли в нем ходатайство перед судом руководителя оперативно-розыскного органа о проведении в отношении Н.И. прослушивания телефонных переговоров. Ведь, исходя из доводов стороны защиты, эти обстоятельства не могли быть разрешены судом без исследования и оценки документов, содержащих сведения, составляющие государственную тайну.

Кассационный суд отметил, что ч. 5 ст. 8 Закона об ОРД закрепляет обязанность органа ОРД, должностного лица, собравшего необходимый материал в ходе осуществления ОРМ, при наличии возбужденного уголовного дела в отношении лица, телефонные и иные переговоры которого прослушивались, передать фонограмму и бумажный носитель записи переговоров следователю для приобщения к уголовному делу в качестве вещественных доказательств. Дальнейший порядок использования полученных сведений, оформленных уже в качестве вещественных доказательств, определяется УПК. По общим правилам вещественные доказательства должны храниться при уголовном деле до вступления приговора в законную силу либо до истечения срока обжалования постановления или определения о прекращении уголовного дела и передаваться вместе с уголовным делом (ч. 1 ст. 82 УПК). Аналогичные положения содержит п. 17 Инструкции. Но по уголовному делу в отношении Н.И. этот порядок был нарушен (определение Шестого КСОЮ от 12.08.2021 по делу № 77-3357/2021).

Проверка соответствия результатов ОРД требованиям УПК

Поскольку результаты ОРД нельзя использовать в доказывании, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам ст. 89 УПК, следует проверить эти результаты на соответствие нормам кодекса. В частности, проверить:

- относятся ли полученные сведения к предмету доказывания (ст. 73 УПК);
- соблюдены ли требования УПК о допустимости доказательств, их проверке и оценке (ст. 75, 87–88 УПК);
- содержат ли полученные сведения указание на источник получения предполагаемого доказательства или предмета, который может стать доказательством (п. 2 ч. 2 ст. 75, ст. 87 УПК, п. 19–20 Инструкции).

Далее следует выяснить, какие конкретно доказательства могут быть сформированы на основе результатов ОРД. В частности:

- вещественные доказательства, например, денежные купюры, наркотические средства и др. (ст. 81 УПК);
- иные документы, например, акт оперативного эксперимента, акт вручения денежных купюр и технических средств, аудиозаписи и т. п. (ст. 84 УПК);
- показания свидетелей, например, показания оперативников, «взяткодателя», понятных, «содействующих лиц» и др. (ст. 79 УПК) и другие доказательства.

При этом показания самих оперативников о сведениях, ставших им известными в ходе ОРМ о содержании показаний или пояснений, данных подозреваемым, доказательствами по делу быть не могут.

из ПРАКТИКИ. Кассационный суд исключил показания свидетелей Ш. и К. в части сведений, о которых им стало известно со слов В. в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий, в частности, о приобретении наркотического средства осужденной в целях последующего сбыта и для личного употребления. Кассация напомнила позицию КС РФ, выраженную в определении КС РФ от 06.02.2004 № 44-О. КС РФ указал, что ч. 3 ст. 56 УПК не позволяет суду допрашивать дознавателя и следователя о содержании показаний, данных в ходе досудебного производства подозреваемыми или обвиняемыми, и как допускающих возможность восстановления содержания этих показаний вопреки закреплённому в п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК (определение Второго КСОЮ от 25.11.2021 по делу № 7У-11887/2021).

Дополнительные рекомендации в следственных ситуациях

В завершение дадим несколько дополнительных рекомендаций для стороны защиты и обвинения по типичным ситуациям, возникающим на предварительном следствии.

РАССЛЕДОВАНИЕ

Рекомендации для защиты. Предположим, что результаты ОРД представлены защите для изучения вместе со всеми материалами уголовного дела. Чаще всего результаты ОРД располагаются в первом томе, в самом начале. В многотомном деле о групповых, многоэпизодных преступлениях результатам ОРД следователи зачастую выделяют отдельный том.

У защиты есть некоторое время для копирования, изучения документов и принятия решения о том, как использовать все эти сведения и доказательства, включая нарушения закона и ошибки, которые они обнаружили с помощью использования описанного выше алгоритма.

Далее, по согласованию с доверителем, можно выработать две стратегии: начать действовать уже на следствии или приберечь аргументы до окончания расследования.

Если выбор пал на незамедлительные действия, то следует: а) подать жалобу руководителю следственного органа, прокурору, в суд; б) ходатайствовать о том, чтобы следователь провел следственные действия или даже поручил проведение ОРМ, например, в целях проверки достоверности сведений, полученных в рамках ранее проведенных ОРМ, наличия оснований и условий для их проведения (ст. 7–8 Закона об ОРД), выявления допущенных нарушений закона.

Иногда для адвоката тактически верно будет обратиться к уполномоченному прокурору по надзору за исполнением законов об ОРД. На основании соответствующего приказа Генерального прокурора РФ от 15.02.2011 № 33 (далее — Приказ № 33) уполномоченный прокурор обязан проводить проверки исполнения законов при осуществлении ОРМ: по обращениям граждан, юридических и должностных лиц и при поступлении информации о ненадлежащем исполнении поручения следователя, руководителя следственного органа (см. п. 5 Приказа № 33).

В ходе изучения дел оперативного учета уполномоченный прокурор проверяет наличие в них документов, свидетельствующих об укрытии преступлений, незаконном освобождении от уголовного преследования, фальсификации оснований и условий ОРМ, результатов ОРД (п. 8 Приказа № 33).

Именно до окончания расследования по делу уполномоченный прокурор (на районном уровне чаще всего это сам прокурор района) может занять принципиальную позицию и, выявив с подачи защитника нарушения законодательства об ОРД, принять меры к прекращению уголовного преследования. Не стоит пояснять, почему после направления уголовного дела в суд позиция прокурора — государственного обвинителя — по отношению к тем же нарушениям закона может быть совершенно иная.

Но большинство адвокатов на проводимых автором занятиях высказываются за вторую стратегию — приберечь аргументы до окончания расследования. Причина ясна — зачастую указать следователю и оперативным сотрудникам на нарушения закона и на свою осведомленность об этом на стадии предварительного расследования означает помочь им устранить допущенные нарушения до выполнения требования ст. 217 УПК, в том числе путем фальсификации⁴.

Однако во многих случаях стоит обратить внимание на первую стратегию. Высока вероятность того, что некоторые документы и сведения — результаты ОРД — станут известны стороне защиты еще до выполнения требований ст. 217 УПК. Иногда адвокатам удается очень эффективно использовать полученную информацию незамедлительно, то есть добиться прекращения уголовного преследования подзащитного, взаимовыгодного компромисса задолго до окончания предварительного расследования. Зачастую можно объединить стратегии № 1 и 2.

Рекомендации для обвинения. До возбуждения уголовного дела, а иногда и после, для следователя результаты ОРД представляют собой пакет неких документов и иных объектов. Следователь обязан изучить их, дать оценку и с учетом всех иных обстоятельств принять решение о возбуждении или об отказе в возбуждении уголовного дела.

Если следователь обнаружил в оперативно-служебных документах некоторые или множественные нарушения закона и ошибки, то у него есть как минимум два варианта тактического решения:

- отправить материал на доработку, что далеко не всегда соотносится с требованиями закона;
- устранять допущенные нарушения следственным путем.

При этом чаще всего у следователя есть от 1–2 часов до суток для принятия законного и эффективного решения для устранения ошибок или нарушений. Причем, если следователь не выявит указанные выше нарушения и не примет решение, он рискует взять ответственность за них на себя. Например, если следователь, не выявив существенные нарушения, возбудит дело, задержит человека и получит у суда санкцию на его арест.

Проведенное автором исследование и личный практический опыт показывает, что на текущий момент в среднестатистическом материале ОРД нарушения закона, к сожалению, будут почти наверняка. И их будет не 1–2, а до 15–20 и более. Значит ли это, что следователю наверняка придется отказать в возбуждении уголовного дела и готовить представление в порядке ч. 2 ст. 158 УПК? Не всегда.

Из практики. Кассация признала несостоятельными доводы защиты о недопустимости в ка-

честве доказательства результатов оперативно-розыскных мероприятий (прослушивание телефонных переговоров), полученных в 2016 году. Защита указывала, что фонограммы и материалы, полученные в результате прослушивания телефонных и иных переговоров лиц, в отношении которых не было возбуждено уголовное дело, уничтожаются в течение шести месяцев с момента прекращения прослушивания.

Кассационный суд напомнил, что, согласно позиции КС РФ, сама по себе длительность хранения фонограмм телефонных переговоров, обусловленная необходимостью обеспечения служебных интересов и правосудия, не означает незаконности их получения, недостоверности содержащейся в них информации и невозможности использования в доказывании по уголовному делу (определения от 28.01.2016 № 86-О, от 19.07.2016 №1671-О и от 05.06.2018 № 1404-О).

Далее кассационный суд указал, что результаты ОРМ являются сведениями об источниках фактов состоявшихся телефонных переговоров. Учитывая надлежащее процессуальное закрепление данных, полученных в результате ОРМ по делу, связанных с прослушиванием разговоров, оснований для признания таких результатов недопустимыми доказательствами не имеется (определение Седьмого КСОЮ от 16.04.2021 по делу № 77-1187/2021).

По поводу отдельных ошибок и нарушений закона, допущенных в ходе проведения ОРМ, документирования преступной деятельности и представления результатов ОРД, следователю можно принять одно из следующих тактических решений:

- 1) постараться устранить их на следствии;
- 2) инициировать совещание с участием оперативного сотрудника, начальника органа дознания, надзирающего прокурора и веро-

⁴ По результатам опроса адвокатов, более 90% из них указывают на высокую вероятность фальсификации результатов ОРД в подобной ситуации.

РАССЛЕДОВАНИЕ

ятного будущего государственного обвинителя, с тем чтобы общими усилиями постараться устранить нарушения в суде;

3) убедиться самому, убедить руководителя следственного органа, надзирающего прокурора, государственного обвинителя в (вероятной) несущественности, устранимости либо вообще — в мнимости нарушений закона;

4) отказать в возбуждении или прекратить уголовное дело на стадии предварительного расследования.

При принятии тактического решения следует иметь в виду, что зачастую оперативные подразделения предоставляют следователю (дознавателю) результаты ОРД в объеме, минимально необходимом и, по их мнению, достаточном для возбуждения уголовного дела. Причина — стремление исключить возможность преждевременного ознакомления с результатами ОРД адвокатов: при обжаловании постановления о ВУД и в рамках ознакомления в суде с материалами следователя по ходатайству, например, об избрании меры пресечения.

из практики. Суд возвратил прокурору уголовное дело по обвинению гр-на У. в совершении преступления, предусмотренного п. «в» ч. 5 ст. 290 УК, по ходатайству адвоката. Суд усмо-

трел целую серию нарушений Закона об ОРД. В основу принятия решения о возбуждении уголовного дела и в качестве доказательств стороны обвинения положены не рассекреченные результаты ОРД, предоставленные следователю с нарушением порядка ведения секретного делопроизводства, что исключает рассмотрение данного дела судом. Суд в своем решении указал, что при перечисленных им существенных нарушениях действующего законодательства об ОРД следователь не мог рассматривать перечисленные результаты ОРД (акты осмотра, акт оперативного эксперимента и др.) в качестве оснований для принятия решения о возбуждении уголовного дела, использовать их в качестве допустимых доказательств по уголовному делу. Результаты ОРД не соответствовали требованиям допустимости, предусмотренным УПК (постановление Пятигорского городского суда Ставропольского края от 19.02.2014 по делу № 1-87/2014). ■

ЛИТЕРАТУРА

- 1 Гармаев, Ю.П. Как проверить результаты ОРД на предмет нарушений законодательства: алгоритмы и системный подход // Уголовный процесс. — 2021. — № 3.
- 2 Гармаев, Ю.П., Викулов, О.В. Ошибки и нарушения закона в сфере оперативно-розыскной деятельности. Вып. 1: практическое пособие. — М.: Издательство «ТилКом», 2020.

ЗАПОМНИМ

- ✓ Адвокату и следователю на стадии предварительного расследования стоит использовать обращения к прокурору, уполномоченному к надзору за ОРД
- ✓ Нарушения, связанные с нерассекречиванием документов, содержащих государственную тайну, могут повлечь недопустимость доказательств
- ✓ У следователя есть как минимум четыре варианта действий в ситуации выявления им нарушений законодательства в сфере ОРД и лишь от одного часа до одних суток — для принятия оптимального тактического решения