

Евразийская адвокатура. 2024. № 4 (69). С. 47.
Eurasian advocacy. 2024;(4(69)):47.

Актуальные проблемы адвокатской практики

Научная статья

УДК 343.14

doi 10.52068/2304-9839_2024_69_4_47

ОСПАРИВАНИЕ АДВОКАТАМИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ, ОСНОВАННЫХ НА РЕЗУЛЬТАТАХ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ РЕШЕНИЯ

ГАРМАЕВ Юрий Петрович

Доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права, процесса и криминалистики
Бурятского государственного университета имени Доржи Банзарова
670000, г. Улан-Удэ, ул. Смолина, д. 24а, Российская Федерация

ВИКУЛОВ Олег Валерьевич

Адвокат адвокатской палаты Республики Бурятия
670031, г. Улан-Удэ, ул. Солнечная, д. 7а, офис 507, Российская Федерация

Аннотация: В статье рассматриваются проблемы, связанные с многочисленными пробелами в законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности (ОРД), которые закономерным образом формируют противоречивую правоприменительную практику. Она, в свою очередь, по мнению множества опрошенных адвокатов, складывается чаще всего не в пользу законных интересов стороны защиты, поскольку в деятельности представителей стороны обвинения и отдельных судей зачастую проявляется пресловутый обвинительный уклон. В результате у значительной части адвокатов наблюдается феномен отрицания эффективности всяких попыток оспаривания доказательств, полученных в результате ОРД (кратко – феномен отрицания). Анализируются типичные доводы адвокатов, характеризующие этот феномен, формулируются аргументы для их опровержения.

Цель исследования – предложить основанные на законе и судебной практике рекомендации, обеспечивающие эффективную защиту по уголовным делам. Аргументы в опровержение феномена отрицания формулируются со ссылками на практикообразующие решения высших судов. Структура работы, помимо традиционных (введение, методика исследования и выводы), включает еще три раздела, посвященные доводам феномена отрицания и их опровержению, уровню квалификации отдельных адвокатов, а также стратегии и тактике защиты, направленным на компромисс сторон.

Методологическая основа исследования: диалектический метод, системный подход, общенаучные методы анализа и синтеза, специально-юридические, социологические методы, включая анкетирование, интервьюирование. Специальными методами исследования также стали инициирование и последующий анализ дискуссии по видеоконтенту в Интернете, анализ результатов занятий по повышению квалификации адвокатов и следователей.

В результате сформулированы выводы о том, что, помимо пробелов в законодательстве и обвинительного уклона, одной из причин феномена отрицания является невысокий уровень квалификации отдельных адвокатов в вопросах, связанных с ОРД. Профессиональным защитникам предложена не только система правовых аргументов, но и принципы, тактические приемы эффективной защиты. Область применения результатов исследования – практическая деятельность сторон в уголовном процессе и преподавание.

Ключевые слова: оперативно-розыскная деятельность, нарушения закона, беседы об ОРД, адвокаты по уголовным делам, тактика достижения компромиссов в уголовном процессе, провокация преступления

Для цитирования: Гармаев Ю.П., Викулов О.В. Оспаривание адвокатами доказательств, основанных на результатах оперативно-розыскной деятельности: проблемы и пути решения // Евразийская адвокатура. 2024. № 4(69). С. 47. https://doi.org/10.52068/2304-9839_2024_69_4_47

Actual Problems of Advocacy Practice

Original article

CHALLENGING EVIDENCE BASED ON THE RESULTS OF OPERATIONAL INVESTIGATIVE ACTIVITIES BY ADVOCATES: PROBLEMS AND SOLUTIONS

GARMAEV Yury Petrovich

Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Criminal Law, Procedure and Criminalistics of Buryat State University

670000, Ulan-Ude, Smolina str., 24a, Russian Federation

VIKULOV Oleg Valerevich

Advocate, Member of Advocate Chamber of the Republic of Buryatia

670000, Ulan-Ude, Smolina str., 24a, Russian Federation

Abstract: The article examines the problems associated with numerous gaps in the legislative regulation of operational investigative activities (OIA), which naturally form a contradictory law enforcement practice. In turn, according to many interviewed lawyers, it often develops not in favor of the legitimate interests of the defense, since the notorious accusatory bias often manifests itself in the activities of representatives of the prosecution and individual judges. As a result, a significant part of lawyers experience the phenomenon of denying the effectiveness of any attempts to challenge evidence obtained as a result of the OIA (in short, the phenomenon of denial). Typical arguments of lawyers characterizing this phenomenon are analyzed, arguments for their refutation are formulated.

The purpose of the study is to propose recommendations based on law and judicial practice that ensure effective protection in criminal cases. Arguments to refute the phenomenon of denial are formulated with references to the practice-forming decisions of the higher courts. The structure of the work, in addition to the traditional ones: introduction, research methodology and conclusions, includes three more sections devoted to: the arguments of the phenomenon of denial and their refutation; the level of qualification of individual lawyers; strategies and tactics of defense aimed at compromise of the parties.

Methodological basis of the research: dialectical method, systematic approach, general scientific methods of analysis and synthesis, special legal, sociological methods, including questionnaires, interviews. Special research methods also included initiation and subsequent analysis of discussions on video content on the Internet, analysis of the results of training sessions for lawyers and investigators.

As a result, the conclusions are formulated that, in addition to gaps in legislation and accusatory bias, one of the reasons for the phenomenon of denial is the low level of qualification of individual lawyers in matters related to the OIA. Professional defenders are offered not only a system of legal arguments, but also principles and tactics of effective defense. The scope of application of the research results is the practical activities of the parties in criminal proceedings and teaching.

Keywords: operational investigative activities, violations of the law, conversations about gangs, criminal defense lawyers, tactics of reaching compromises in the criminal process, provocation of a crime

For citation: Garmaev Yu.P., Vikulov O.V. Challenging Evidence Based on the Results of Operational Investigative Activities by Advocates: Problems And Solutions = Eurasian advocacy. 2024;4(69):47. (In Russ.). https://doi.org/10.52068/2304-9839_2024_69_4_47

Введение

Всем практикующим в уголовном судопроизводстве хорошо известна проблема многочисленных пробелов в законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности (ОРД), в частности, в отношении порядка проведения оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ), оформления, документирования их результатов и, главное, условий допустимости их использования в доказывании по уголовным делам [1, с. 358–359; 2, с. 5–6; 3]. Закономерным образом это порождает множество вопросов у правоприменителей относительно того, что из, условно говоря, дефектов ОРД следует признавать нарушениями закона. И если таковые признаны нарушениями, то какие из них можно признать существенными / несущественными и устранимыми / неустранимыми.

Отсутствие в законодательстве об ОРД конкретных ответов на эти вопросы формирует противоречивую правоприменительную практику.

По мнению опрошенных адвокатов, эта практика в спорных ситуациях по конкретным делам складывается чаще всего не в пользу стороны защиты. У значительной части адвокатов наблюдаются негативные настроения, а зачастую и неконструктивные подходы по типу: «Оспаривать результаты ОРД на судебных и досудебных стадиях процесса бесперспективно и нецелесообразно». Обозначим это негативное, по нашему мнению, явление как феномен отрицания адвокатами эффективности попыток оспаривания доказательств, полученных в результате ОРД (кратко – феномен отрицания).

1. Методика исследования

Настоящее исследование в своей эмпирической части основано на результатах опроса и анкетирования респондентов – адвокатов, специализирующихся на защите по уголовным делам. В исследовании участвовали свыше 670 адвокатов. Опросы и анкетирования проводились, в том чис-

ле, в рамках более 40 онлайн- и офлайн-лекций и семинаров, вебинаров по повышению квалификации адвокатов в 12 регионах России. Кроме того, много лет мы осуществляем видеозапись и выкладываем на YouTube видеоролики в рамках онлайн-проекта «Беседы об ОРД» [4] (на данный момент – 75 серий). В беседах обсуждаются различные вопросы открытого характера, касающиеся использования результатов ОРД в уголовном процессе. В каждом видео с учетом принципа состязательности демонстрируются типичные нарушения закона, а также средства выявления, устранения этих нарушений для сторон защиты и обвинения. Онлайн-проект позволяет получать сотни, тысячи комментариев и отзывов на предложения и рекомендации, излагаемые в беседах. Есть возможность не только инициировать опросы, но и участвовать в масштабных онлайн-дискуссиях, куда вовлекаются сотни и даже тысячи зрителей-респондентов. Чаще всего свои мнения в комментариях к видео излагают именно адвокаты и их доверители.

Суждения и выводы об уровне профессиональной квалификации правоприменителей – адвокатов и следователей основаны также на многолетнем исследовании, проводимом в рамках занятий по повышению квалификации в различных регионах. Были обобщены результаты проведения занятий со следующими категориями практикующих юристов: 330 адвокатов, 245 следователей. Порядок проведения таких занятий вполне типичен: сначала лекции, затем – семинары, практические занятия. На практических занятиях, кроме прочих дидактических средств, обучающимся предлагались печатные раздаточные материалы – так называемые «антиобразцы» обезличенных оперативно-служебных документов от органов – субъектов ОРД. Помимо прочих формулировалось такое задание: за определенное время нужно выявить и письменно изложить аргументы о нарушениях закона, допущенных оперативными сотрудниками. Соответственно, всего собрано 575 документов – выполненных полностью или частично заданий (330 – от адвокатов, 245 – от следователей).

В целом результаты выполнения таких заданий, мягко говоря, не впечатляют. И это не вина, а, скорее, беда практикующих юристов. ОРД, особенно в контексте противодействия типичным нарушениям закона, не учат ни в вузах, ни где-либо еще. Лишь 24 % адвокатов (79 человек) и 28 % следователей (68 человек) выполняют задание, то есть выявляют какие-то из допущенных в «антиобразцах» нарушения закона. Остальные

обучающиеся либо уклоняются от выполнения задания, либо прямо говорят, что пытались, но не смогли его выполнить. Из числа выполнивших более 73 %, выявляя отдельные нарушения, не могут дать им должную правовую оценку, то есть не определяют, какие конкретные правовые нормы нарушены и как это обосновать практикой вышших судов.

Выявлена и еще одна проблема: из 79 документов от адвокатов только в 12 (15 %) были выявлены почти все нарушения. Однако ни один адвокат ни устно, ни письменно не смог обосновать существенность и неустранимость допущенных нарушений закона, даже таких очевидных в своей существенности, как провокация и отсутствие оснований для проведения оперативно-розыскных мероприятий. Между тем изучение судебной практики показывает, что обоснование в жалобе, ходатайстве адвоката существенности и неустранимости допущенных нарушений имеет важное, а порой и определяющее значение для принятия важнейших правовых решений (см., например: ч. 1 ст. 389.17 УПК РФ, п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2016 № 55 «О судебном приговоре», п. 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 08.12.2003 № 18-П «По делу о проверке конституционности положений статей 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан» и другие).

Адвокатами в решении разнообразных задач, при выполнении заданий, помимо правовых, допускается множество тактических, с позиции защиты, ошибок. Например, выявляя признаки «оперативной» провокации (в значении пункта 34 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2013 г. № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях»), большинство адвокатов либо просто, без всякого обоснования и уточнения указывают на то, что «допущена провокация», либо дают ей правовую оценку по признакам преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ – «Провокация взятки...». Между тем в заданном контексте речь идет о нарушении требований ч. 8 ст. 5 Федерального закона от 12.08.1995 № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – ФЗ об ОРД), а не о преступлении [5; 6, с. 21–40]. Не только с правовых позиций, но и с точки зрения тактики защиты требовать от следствия, суда признания «оперативной» провокации преступлением совершенно не эффективно. В подобных

ситуациях обычно суд легко и формально вполне обоснованно указывает, что состава преступления в действиях оперативных сотрудников нет, например, в силу отсутствия обязательного признака субъективной стороны – цели «искусственного создания доказательств совершения преступления или шантажа». Оценки действий с позиции нарушения ФЗ об ОРД в подобных ситуациях по своей инициативе суд обычно не дает.

2. Доводы адвокатов в контексте «феномена отрицания» и их опровержение

Вернемся к феномену отрицания. Из 670 опрошенных адвокатов 362 человека, то есть более 54 %, высказались в пользу бесполезности или очень низкой эффективности оспаривания допустимости результатов ОРД. Далее собраны и представлены наиболее типичные, яркие комментарии к видеороликам проекта «Беседы об ОРД» [4]. Не можем утверждать, что они размещены именно адвокатами. Учитывая смысл высказываний и стиль, скорее всего, их авторами являются доверители. Свои знания о практике использования результатов ОРД в уголовном судопроизводстве они приобрели в ходе предварительного расследования и / или судебного разбирательства по своему делу. Собственный негативный опыт авторы комментариев, как правило, не связывают с недостатками работы своего защитника, а объясняют в целом сложившейся в уголовном судопроизводстве практикой игнорирования стороной обвинения и судом нарушений законодательства об ОРД. Это обстоятельство дает нам основания предполагать, что их скептический настрой в отношении перспективности оспаривания результатов ОРД в известной мере сформирован отношением к этой проблеме их защитников-адвокатов. Что наверняка можно утверждать, так это то, что авторы комментариев – точно не из числа представителей стороны обвинения или суда. При цитировании мы сохраним стилистику, но исправим орфографию и пунктуацию участников дискуссий. Сначала приведем яркие, емкие цитаты, а затем обобщим, типизируем сомнения респондентов:

– «Не становится это (документ с нарушениями закона – здесь и далее в скобках – примечания авторов) недопустимым доказательством. Суд признает это технической ошибкой...»;

– «...Не вижу толку от всего этого (от рекомендаций авторов). Судам вообще все равно, что им представляешь в суде. А адвокаты – бывшие прокуроры и следователи – в этом помогают своим бездействием...»;

– «...Это все здесь на видео и в лекции, в книжке вашей про ОРД красиво, а в суде все не так, вплоть до наоборот...»;

– «...Допросят оперов и понятых в суде (по поводу выявленных адвокатом нарушений закона). Те хором расскажут, «как все происходило». После этого суд в приговоре напишет: «судом установлены фактические обстоятельства, и противоречия / сомнения устранены».

И вот еще одно яркое высказывание в контексте бесполезности ссылок адвоката на любую судебную практику, включая решения Конституционного Суда РФ, в обоснование выявленного им нарушения закона:

– «Уважаемый Гармаев Ю.П. и его гости! Не надо приводить единичные факты, выдавая их за обычную судебную практику. Никакие ОРМ в данном деле (видеоролик был посвящен анализу нарушений законодательства об ОРД по конкретному уголовному делу [10]) незаконными не признают, несмотря на то, что Вы правы! Позиция Конституционного Суда РФ давно является неким рудиментом в судебной практике, практически не влияющим на работу судов... Так что поменьше пафоса, Юрий Петрович...».

Таковы доводы «феномена отрицания». Безусловно, приведенные доводы, сам феномен отрицания имеют под собой определенные основания. Зачастую он является следствием негативно-го личного практического опыта адвоката и (или) его доверителя, участвовавших в дискуссии. Но об этом ниже. Между тем общеизвестно, что по своей юридической природе решения Конституционного Суда РФ являются правовыми актами особого рода, обладающими определенными прецедентными и преюдициальными свойствами [11, с. 164], а по своей юридической силе относятся к высшему (конституционному) уровню правового регулирования ОРД наряду с Конституцией РФ [12, с. 52; 13, с. 6].

Далее обобщим и типизируем возражения адвокатов относительно целесообразности оспаривания доказательств обвинения по мотивам нарушения требований законодательства об ОРД. Здесь же изложим наши тезисы и аргументы в их опровержение.

1. Многие адвокаты не видят смысла обращать внимание следователя, прокурора и суда на нарушения требований оперативно-розыскного законодательства, поскольку, в силу пресловутого обвинительного уклона [14, с. 150], сторона обвинения и суд либо игнорируют соответствующие доводы, либо немотивированно отвергают их, не утруждая себя аргументацией выводов. Вот, на-

пример, еще одно яркое высказывание респондента-адвоката по этому поводу: «...Невозможно Ваши мысли реализовать на практике – факт! Если попытаться сделать все правильно, то подставишь под удар своего клиента. Результат очевиден: система заточена на обвинительный приговор. Слушая Ваши речи, улыбаются все, и прокуроры, и адвокаты. Прокуроры хихикают, адвокаты истерическим смехом от беспомощности» [15].

Действительно, пресловутый обвинительный уклон в уголовном процессе распространен достаточно широко. Это доказано многими научными исследованиями [16; 17, с. 5; 18]. Однако он проявляется вне зависимости от того, какие именно исследуются доказательства – полученные процессуальным путем или путем использования результатов ОРД.

В любом случае обвинительный уклон не может служить оправданием бездействия со стороны адвоката. Защитник, исполняющий роль статиста, не оспаривающий доказательства, полученные вопреки требованиям закона, нарушает нормы Кодекса профессиональной этики адвоката (ст. 8 и другие) и не только. Такое отношение к исполнению профессионального долга противоречит положениям закона, согласно которым адвокат обязан честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством РФ средствами (см. п. 1 ч. 1 ст. 7 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»). За неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей адвокат несет ответственность, предусмотренную указанным Федеральным законом (ч. 2 ст. 7) [19, с. 294–300].

2. Многие адвокаты объясняют свою вынужденную беспомощность также тем, что любые нарушения требований оперативно-розыскного законодательства сторона обвинения или суд все равно устранят, например, допросив оперативных сотрудников и содействовавших им лиц, истребовав дополнительные оперативно-служебные документы и материалы и т. п.

Не можем полностью согласиться и с этим аргументом. Некоторые нарушения действительно можно устранить проведением соответствующих следственных или судебных действий. Но многие нарушения являются неустраняемыми. Невозможно устранить, например, явную провокацию при проведении ОРМ [20], отсутствие судебного разрешения на прослушивание телефонных переговоров или проведение оперативного эксперимента в отсутствие соответствующего постановления

руководителя органа, осуществляющего ОРД [21], и т. п.

Настоящее исследование, многолетняя адвокатская и консультационная практика авторов показали, что зачастую попытки государственного обвинителя и суда устранить нарушения оперативно-розыскного закона или игнорировать их имеют успех благодаря пассивной позиции защитника, отсутствию с его стороны должного законного, мотивированного противодействия.

3. Некоторые адвокаты оправдывают свое нежелание оспаривать результаты ОРД тем, что ФЗ об ОРД пробелен, причем в интересах стороны обвинения, не дает определения видов ОРМ, обязательного порядка их проведения, документирования и т. д. А потому массовые нарушения закона, такие как подмена одного ОРМ другим [22, с. 6] и многие иные, стороне защиты доказать сложно или даже невозможно.

Как мы ранее отмечали, ФЗ об ОРД действительно крайне пробелен. Но многие пробелы, по сути, восполнены постановлениями и определениями Конституционного Суда РФ, постановлениями Пленума и обзорами Верховного Суда РФ, его апелляционными, кассационными и надзорными решениями по конкретным уголовным делам, практикой кассационных судов общей юрисдикции. Отмечается, что судебный прецедент фактически в российском судопроизводстве уже давно применяется [23].

Судебная практика накопила достаточно прецедентов, в том числе – по видам недопустимых доказательств, и они могут применяться по различным делам в типичных ситуациях вне зависимости от объективных отличий во времени, месте, субъектах и иных обстоятельствах рассматриваемых дел. Конечно, никто не дает гарантий, что ссылки адвоката на практикообразующие и иные решения высших судов гарантируют искомый результат. Но предпринимать соответствующие попытки адвокат обязан.

4. Многие адвокаты также считают, что требования к порядку проведения ОРМ по большей части содержатся в засекреченных ведомственных правовых актах органов, осуществляющих ОРД. Не имея допуска к сведениям, составляющим государственную тайну, сторона защиты не имеет возможности ознакомиться с этими приказами и выявить нарушения содержащихся в них требований. Подтверждение определенной распространенности такого рода практики мы вновь находим в литературе [24, с. 1, 3].

И все же это отрицание – тоже распространенное и вредное заблуждение. Во-первых, мно-

гие ведомственные нормативные правовые акты, регламентирующие отдельные вопросы ОРД, не являются секретными и опубликованы. Например, упомянутая выше Инструкция о порядке представления результатов ОРД органу дознания, следователю или в суд, приказ МВД РФ от 19 июня 2012 г. № 608 «О некоторых вопросах организации ОРД в системе МВД России», Инструкция о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел Российской Федерации гласного оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» (утв. приказом МВД России от 1 апреля 2014 г. № 199), Инструкция о порядке изъятия из незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, инструментов и оборудования, находящихся под специальным контролем, используемых для производства и изготовления наркотических средств и психотропных веществ, а также их учета, хранения, передачи, использования и уничтожения (утв. приказом МВД РФ, Минюста РФ, Минздрава РФ, Минэкономики РФ, ГТК РФ, ФСБ РФ и ФПС РФ от 9 ноября 1999 г. № 840, 320, 388, 472, 726, 530, 585) и некоторые другие.

Во-вторых, следует учитывать, что в соответствии с Конституцией РФ любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения (ч. 3 ст. 15 Конституции РФ). Следовательно, если ведомственный нормативный правовой акт, регламентирующий ОРД, затрагивает права человека, он подлежит публикации. Если такие акты не опубликованы, то они не могут применяться. При этом существует множество правовых гарантий соблюдения прав человека и гражданина при проведении ОРМ. Они подробно описаны в литературе [25, 26, 27] и эффективно применяются лучшими адвокатами страны. А вот адвокатам с невысоким уровнем профессиональной квалификации очень удобно ссылаться на секретность в ОРД и проблемы в оперативно-розыскном законодательстве. Остановимся на этой проблеме подробнее.

3. Об уровне профессиональной квалификации отдельных адвокатов

Как уже заметно из изложенного, у феномена отрицания есть еще одна неявная, субъективная причина. Зачастую этот феномен у многих адвокатов тесно связан с недостатком необходимых знаний и навыков в сфере использования резуль-

татов ОРД в уголовном процессе и нежеланием отдельных (подчеркиваем) юристов их восполнять. А обвинительным уклоном не вполне профессионально подготовленные адвокаты зачастую лишь прикрывают свою некомпетентность.

Опрошенные следователи часто весьма нежелательно отзываются об уровне профессионализма в работе адвокатов по делам, где используются результаты ОРД. В интервьюировании встречалось множество реплик о безграмотно составленных ходатайствах, жалобах стороны защиты, об их немотивированности [28]. Респонденты часто высказывают предположение, что многим профессионально не подготовленным адвокатам просто удобно в общении со своими юридически неграмотными доверителями оправдывать собственную беспомощность тем, что: 1) торжествует обвинительный уклон; 2) законодательство проблемно и противоречиво; 3) «пишу жалобы, но все бесполезно» и т. п. Повторимся, такими доводами легко оправдать свое нежелание повышать квалификацию и даже стремление решить дело в пользу доверителя преступными коррупционными методами.

Представленные выше результаты эмпирического исследования доказывают тезисы об уровне квалификации не всех, но некоторых адвокатов. Выскажем еще один небесспорный аргумент. По результатам проведения множества описанных выше занятий по повышению квалификации адвокатов отмечена закономерность: во время лекций больше всех с репликами о бесполезности обжалования выступают те адвокаты (их хоть и немного, но всегда есть, в любой аудитории), кто далее, в ходе семинаров хуже других выполняют практические задания.

Не раз в научной и практической, в том числе консультационной деятельности, анализируя материалы уголовных дел, доказательства обвинения, основанные на результатах ОРД, мы отмечали, что некоторые адвокаты не ссылаются на иные нарушения закона, кроме как на провокацию при проведении ОРМ «оперативный эксперимент» или «проверочная закупка» (п. 4 и 14 ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД). Иных, порой более очевидных и грубых нарушений закона не вполне компетентные защитники не замечают. Причем доводы о провокации заявляются и при наличии на это оснований, и при полном их отсутствии. Неполнота у отдельных адвокатов личного инструментария, пригодного для оспаривания результатов ОРД, – одна из важных причин отклонения следователями или судом соответствующих доводов стороны защиты.

Приведем один дидактический прием, используемый одним из авторов статьи. В ходе любого занятия в самой доброжелательной манере просим адвокатов, выступивших с типичными репликами феномена отрицания, выслать на электронную почту примеры своих лучших (по их собственному мнению) жалоб и ходатайств по уголовным делам, где они выявляли нарушения законодательства в сфере ОРД. К сожалению, далеко не все соглашались на такую переписку. О причинах можно лишь догадываться... И все же такие согласия случаются. Однако за более чем 15 лет проведения занятий по повышению квалификации адвокатов не было ни одного случая, чтобы отправленные «отрицающим» адвокатом ходатайства и жалобы представляли собой профессионально, качественно составленные документы.

Позволим себе выдвинуть гипотезу о том, что недостатки правоприменительной и прежде всего судебной практики в части признания недопустимыми доказательств, сформированных на основе результатов ОРД, конечно же, не во всем, но во многом сформировались в некую закономерность благодаря пассивной позиции не всех, но многих представителей стороны защиты, зачастую необоснованно отказывающихся от выявления нарушений закона и профессионально подобранных аргументов оспаривания результатов ОРД.

Понимаем некоторую оценочность и субъективизм такого рода суждений и гипотезы. Однако есть с чем сравнить. После каждого такого занятия в выходном анонимном анкетировании получаем положительные отзывы от подавляющего большинства адвокатов по поводу предложенных рекомендаций об аргументах и действиях по защите доверителей по уголовным делам, где используются результаты ОРД. Анализ отзывов показывает, что обучаемые успешно избавляются от заблуждений, составляющих феномен отрицания. После занятий мы предлагаем переписку уже не отдельным, а всем присутствующим адвокатам и получаем множество весьма профессионально составленных документов от коллег, кто при этом ни слова не говорил о феномене отрицания. Далее используем их, с письменного согласия авторов, как образцы для других занятий.

Так что повторимся, сравнить есть с чем. Имеются все основания гордиться тем, что в стране множество адвокатов обеспечивают высочайшие стандарты работы по уголовным делам с результатами ОРД. И это несмотря на, как уже отмечалось, почти полное отсутствие соответствующего

обучения, недостаточность прикладных разработок на эту тему (однако отдельные публикации, помимо уже упомянутых, конечно же, есть) [29]. Такой уровень квалификации адвокатов – это в основном результат многолетнего опыта и постоянного стремления к совершенствованию профессионального мастерства.

4. Стратегия и тактика защиты, направленная на достижение компромиссов по уголовному делу

Многие адвокаты необоснованно недооценивают реальных не только правовых средств, но и тактических приемов оспаривания доказательств, основанных на результатах ОРД. Безусловно, выявить и обосновать такие нарушения, которые бы привели к прекращению уголовного дела в отношении доверителя по реабилитирующим основаниям либо к его оправданию судом, достаточно сложно. Тем не менее такие результаты, благодаря работе квалифицированных и добросовестных адвокатов – далеко не редкость [30, 31].

Однако выявленные адвокатом нарушения могут привести и к другим, также благоприятным для подзащитного результатам. На упомянутых занятиях постоянно предлагаем адвокатам одну из самых эффективных стратегий защиты – стратегию, основанную на приоритете компромисса в уголовном процессе [32]. Характерно, что большинство опрошенных адвокатов (более 85 %) признают эффективность этой стратегии.

В основе стратегии лежит идея о накопительном эффекте, или об эффекте накопления массы нарушений законодательства в сфере ОРД и иных (иначе называем его «принципом кумулятивного эффекта»; подробно об этом – на лекции в рамках очередного вебинара ФПА РФ по совершенствованию профессионального мастерства [7]). Накопив сведения о 15–20 и более нарушениях законодательства в сфере ОРД, процессуальных, иных нарушениях, обосновав их существенность и неустранимость, адвокат принимает тактическое решение о том, как и когда, в каком объеме предъявить эти сведения (нарушения) стороне обвинения и / или суду. Подробности этой стратегии, пожалуй, тема для отдельной статьи или практического пособия.

Здесь лишь отметим, что такая стратегия позволяет защитнику добиваться положительного результата, хоть и не всегда связанного с прекращением уголовного преследования по реабилитирующему основанию, но, тем не менее, в конкретных ситуациях защиты вполне приемлемого для подзащитного: назначения условного наказа-

ния, максимально мягкого наказания, наказания ниже низшего предела, переквалификации на менее тяжкую статью УК РФ и т. п.

По результатам анкетирования около 45 % респондентов-адвокатов согласились с утверждением: «...в ситуации рассмотрения дела в общем порядке размер наказания обратно пропорционален количеству и «качеству» нарушений закона, допущенных следствием и выявленных защитой...». В сущности, мотивированные доводы стороны защиты о недопустимости доказательств, основанных на результатах ОРД, могут являться базой для компромиссного разрешения процессуального спора.

Зачастую возникают следственные, судебные ситуации, когда ни сторона обвинения, ни сторона защиты не может быть полностью уверена в своем выводе о наличии нарушения либо его отсутствии. Еще сложнее с оценочными суждениями по поводу существенности / несущественности и устранимости / неустранимости нарушений закона. Более того, и у суда нередко возникают сомнения по этому вопросу. При таких обстоятельствах считаем допустимым достижение компромисса (в криминалистическом значении этого термина; о том, что такой компромисс может быть основан не только на нормах уголовного и уголовно-процессуального закона, но и на тактико-криминалистических средствах и методах, см., например [8]), который всегда предполагает взаимные уступки как между участниками уголовного судопроизводства со стороны защиты и стороны обвинения, так и между сторонами (одной из них) и судом.

Один из типовых алгоритмов компромисса в реальной правоприменительной практике включает, например, следующие взаимные уступки:

1) со стороны государственного обвинителя – основанные на законе: переквалификация действий подсудимого по статье УК РФ, предусматривающей более мягкое наказание, исключение из объема обвинения некоторых эпизодов, просьба к суду о применении положений ст. 73, 64 УК РФ и др.;

2) со стороны защиты – согласованные с доверителем: отзыв ходатайства о признании недопустимыми доказательств, отказ от обжалования судебного решения, согласие с переквалификацией действий подзащитного, согласие на особые порядки, предусмотренные гл. 40 и 40.1 УПК РФ, признание вины, возмещение ущерба, просьба к суду о применении положений ст. 73 УК РФ и др.;

3) со стороны судьи – согласие с основанной на законе переквалификацией, учет смягчающих

ответственность обстоятельств, применение ст. 73, 64 УК РФ, назначение нетипичного для данной судебной ситуации мягкого наказания и т. п.

Результат компромисса и условие его реализации для сторон: взаимный отказ от обжалования итогового правового решения (приговора и др.); обвинение получает желаемый, хотя и мягкий, но все же обвинительный приговор; защита – желаемое, относительно мягкое наказание.

Более того, компромисс может носить «молчаливый» характер. Это такие следственные, судебные ситуации, когда стороны (или стороны и суд) вербально ни о чем не договариваются, не оглашают того, в чем будут заключаться их взаимные уступки и результаты.

Выводы

Безусловно, в уголовном судопроизводстве все еще существуют такие негативные явления, как обвинительный уклон как со стороны обвинения, так и со стороны отдельных судей. Действительно, актуальна проблема распространенности фактов игнорирования доводов стороны защиты о нарушениях законодательства в сфере ОРД, иных нарушениях, немотивированного отказа в удовлетворении ходатайств и жалоб. С такими негативными проявлениями необходимо бороться на всех уровнях. Однако это не оправдывает тех адвокатов, что говорят о бесперспективности и нецелесообразности оспаривания дефектных результатов ОРД. Феномен отрицания далеко не всегда, но часто является следствием невысокого уровня квалификации отдельных адвокатов, их нежелания защищать доверителя широким спектром предлагаемых незапрещенных законом средств.

Препятствий для стороны защиты, оспаривающей доказательства, полученные на основе результатов ОРД, действительно много. Но они во многом связаны с недостатками правоприменительной и, прежде всего, судебной практики, которая сформировалась, в том числе, «благодаря» пассивной позиции некоторого количества представителей стороны защиты. И в то же время множество высококвалифицированных и добросовестных адвокатов по уголовным делам регулярно выигрывают в состязательных поединках в интересах своих подзащитных.

Широко известна максима, автором которой принято считать знаменитого авиаконструктора Сергея Павловича Королёва: «Не согласен – критикуй, критикуешь – предлагай, предлагаешь – делай, делаешь – отвечай!».

Да, мы критикуем феномен отрицания. При этом предлагаем в публикациях и на занятиях, в

онлайн-курсах [6] аргументы и действия для оспаривания нарушений законодательства в сфере ОРД, а также принципы, эффективную тактику достижения компромиссов.

Предлагая, делаем все возможное, чтобы адвокаты, действительно желающие повышать квалификацию, владели аргументами и алгоритмами действий, получали весь необходимый инструментарий.

Отвечать за эффективность предлагаемого, при всем желании, не так просто. Повышение квалификации адвокатов по делам, где используются результаты ОРД, массовый отказ от вредных ментальных установок – результат столь же трудно достижимый, сколь и преодоление пресловутого обвинительного уклона. Однако дорогу осилит идущий. Осознание наличия проблемы и ее причин – уже большой шаг к ее решению.

Список источников

1. Шумилов А.Ю. Оперативно-розыскная наука в Российской Федерации: монография: в 3 т. М.: Издательский дом И.И. Шумиловой, 2013. Т. I.
2. Железняк Н.С. Вопросы актуализации Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: монография. Красноярск: СибЮИ МВД России, 2019.
3. Чупилкин Ю.Б. Качество правового регулирования оперативно-розыскной деятельности как гарантия соблюдения прав личности // Развитие юридической науки в новых условиях: единство теории и практики–2020: сб. докладов по материалам Международной научно-практической конференции. Ростов н/Д: Таганрог: Южный федеральный университет, 2020. С. 532–535.
4. Проект «Беседы об ОРД» [Электронный ресурс]. URL: <https://clck.ru/TSwnJ>.
5. Борков В.Н. Отграничение провокатора от подстрекателя, даже если это одно и то же лицо // Законность. 2021. № 3. С. 46–49.
6. Яни П.С. Новое Постановление Пленума Верховного Суда о взяточничестве // Законность. 2013. № 9. С. 35–40.
7. Нарушения законодательства в сфере ОРД: новые тренды в работе адвоката [Электронный ресурс]. URL: <https://fparf.ru/news/fpa/kumulyativnyy-effekt-sushchestvennykh-narusheniy-zakona/>.
8. Гармаев Ю.П. Компромисс как общая задача сторон защиты и обвинения в уголовном судопроизводстве. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс: Комментарии законодательства».
9. Ошибки и нарушения законодательства в сфере оперативно-розыскной деятельности [Электронный ресурс]. URL: <https://legalacademy.ru/course/6040740>.
10. «Досмотр» в рамках оперативно-розыскной деятельности не допустим! (Беседы об ОРД. Серия 74) [Электронный ресурс]. URL: <https://youtu.be/JmqTVi7JmUM>.
11. Зорькин В.Д. Современный мир, право и Конституция. М.: Норма, 2010.
12. Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Инфра-М, 2018.
13. Оперативно-розыскная деятельность в решениях Конституционного Суда Российской Федерации: науч.-практич. пособ. / А.Е. Чечетин, И.Д. Шатохин, А.А. Шмидт. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2022.
14. Назаров А.Д. Обвинительный уклон в деятельности субъектов, ведущих уголовный процесс, как фактор, способствующий появлению ошибок в уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 9. С. 149–154.
15. О качестве жалоб, ходатайств адвокатов по поводу ОРД и многом ином (Беседы об ОРД. Серия 7) [Электронный ресурс]. URL: <https://youtu.be/6duBq7cddZE>.
16. Воскобитова Л.А. Обвинение или обвинительный уклон? // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 3. С. 455–462.
17. Горелик В.Я. Торжество обвинительного уклона // ЭЖ-Юрист. 2015. № 15.
18. Чупилкин Ю.Б. Пороки российского уголовного правосудия XXI в. // История государства и права. 2015. № 4. С. 32–35.
19. <https://fparf.ru/documents/fpa-rf/documents-of-the-congress/the-code-of-professional-ethics-of-lawyer/?ysclid=Izven44pfl767592500>.
20. Кассационное определение Верховного Суда Российской Федерации от 31 января 2012 г. № 11-О12-1 [Электронный ресурс]. URL: <http://internet.garant.ru>.
21. Кассационное определение Верховного Суда Российской Федерации от 22 сентября 2008 г. № 69-О08-37 [Электронный ресурс]. URL: <http://internet.garant.ru>.
22. Брестер А.А. Обыск, осмотр, обследование: права человека и интересы следствия. М.: Институт права и публичной политики, 2022.
23. https://zakon.ru/blog/2024/2/7/u_nas_ne_precedentnoe_pravo_zachem_ssylatsya_na_sudebnuyu_praktiku.
24. Колоколов Н. Секретно = неподконтрольно // ЭЖ-Юрист. 2017. № 13.
25. Гусев В. А. Проблемы реализации конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи в сфере оперативно-розыскных правоотношений // Конституционализация оперативно-розыскной деятельности: материалы международной научно-практической конференции. Омск: Омская академия МВД России, 2022. С. 38–42.
26. Чупилкин Ю.Б. Участие адвоката в оперативно-розыскных мероприятиях // Уголовный процесс. 2018. № 6. С. 32–40.
27. Чупилкин Ю.Б. Гарантии права личности на частную жизнь при прослушивании телефонных переговоров // Российский судья. 2019. № 7. С. 17–21.
28. О качестве жалоб, ходатайств адвокатов по поводу ОРД и многом ином (Беседы об ОРД. Серия 7) [Электронный ресурс]. URL: <https://youtu.be/6duBq7cddZE>.
29. Чупилкин Ю.Б. Интегрирование стандартов ЕСПЧ, гарантирующих защиту личности от провокации при проведении оперативно-розыскных мероприятий, в российское уголовное судопроизводство // Российская юстиция. 2018. № 6. С. 61–63.

30. Кассационное определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 25 июня 2020 г. № 77-1008/2020. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

31. Приговор Железнодорожного районного суда г. Орла от 28.06.2016 по делу № 1-41/2016 [Электронный ресурс]. URL: https://zheleznodorozhny--orl.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=65016286&case_uid=b5aef60b-f44a-41ac-b027-fed29bb47163&delo_id=1540006.

32. Гармаев Ю.П., Попова Е.И. Концепция криминалистического обеспечения реализации упрощенных форм уголовного судопроизводства: постановка проблемы // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2021. № 1. С. 10–16.

References

1. Shumilov A.Yu. Operativno-rozy'sknaya nauka v Rossijskoj Federacii: monografiya: v 3 t. M.: Izdatel'skij dom I.I. Shumilovoj, 2013. T. I.

2. Zheleznyak N.S. Voprosy` aktualizacii Federal'nogo zakona «Ob operativno-rozy'sknoj deyatel'nosti»: monografiya. Krasnoyarsk: SibYuI MVD Rossii, 2019.

3. Chupilkin Yu.B. Kachestvo pravovogo regulirovaniya operativno-rozy'sknoj deyatel'nosti kak garantiya soblyudeniya prav lichnosti // Razvitie yuridicheskoy nauki v novy`x usloviyax: edinstvo teorii i praktiki–2020: sb. dokladov po materialam Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoy konferencii. Rostov n/D: Taganrog: Yuzhny`j federal'ny`j universitet, 2020. S. 532–535.

4. Proekt «Besedy` ob ORD» [E`lektronny`j resurs]. URL: <https://clck.ru/TSwnj>.

5. Borkov V.N. Otgranichenie provokatora ot podstrekatel'ya, dazhe esli e`to odno i to zhe liczo // Zakonnost`. 2021. № 3. S. 46–49.

6. Yani P.S. Novoe Postanovlenie Plenuma Verhovnogo Suda o vzyatochnichestve // Zakonnost`. 2013. № 9. S. 35–40.

7. Narusheniya zakonodatel'stva v sfere ORD: novy`e trendy` v rabote advokata [E`lektronny`j resurs]. URL: <https://fparf.ru/news/fpa/kumulyativnyy-effekt-sushchestvennykh-narusheniy-zakona/>.

8. Garmaev Yu.P. Kompromiss kak obshhaya zadacha storon zashhity` i obvineniya v ugovnom sudoproizvodstve. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy` «Konsul'tantPlyus: Kommentarii zakonodatel'stva».

9. Oshibki i narusheniya zakonodatel'stva v sfere operativno-rozy'sknoj deyatel'nosti [E`lektronny`j resurs]. URL: <https://legalacademy.ru/course/6040740>.

10. «Dosmotr» v ramkax operativno-rozy'sknoj deyatel'nosti ne dopustim! (Besedy` ob ORD. Seriya 74) [E`lektronny`j resurs]. URL: <https://youtu.be/JmqTVi7JmUM>.

11. Zor`kin V.D. Sovremenny`j mir, pravo i Konstituciya. M.: Norma, 2010.

12. Teoriya operativno-rozy'sknoj deyatel'nosti: uchebnik / pod red. K.K. Goryainova, V.S. Ovchinskogo. 4-e izd., pererab. i dop. M.: Infra-M, 2018.

13. Operativno-rozy'sknaya deyatel'nost` v resheniyax Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii: nauch.-praktich. posob. / A.E. Chechetin, I.D. Shatoxin, A.A. Shmidt. Barnaul: Barnaul'skij yuridicheskij institut MVD Rossii, 2022.

14. Nazarov A.D. Obvinitel'ny`j uklon v deyatel'nosti sub`ektov, vedushhix ugovny`j process, kak faktor, sposobstvuyushhij poyavleniyu oshibok v ugovnom sudoproizvodstve // Aktual'ny`e problemy` rossijskogo prava. 2015. № 9. S. 149–154.

15. O kachestve zhalob, xodatajstv advokатов po povodu ORD i mnogom inom (Besedy` ob ORD. Seriya 7) [E`lektronny`j resurs]. URL: <https://youtu.be/6duBq7cddZE>.

16. Voskubitova L.A. Obvinenie ili obvinitel'ny`j uklon? // Aktual'ny`e problemy` rossijskogo prava. 2014. № 3. С. 455–462.

17. Gorelik V.Ya. Torzhestvo obvinitel'nogo uklona // E`Zh-Yurist. 2015. № 15.

18. Chupilkin Yu.B. Poroki rossijskogo ugovnogo pravosudiya XXI v. // Istoriya gosudarstva i prava. 2015. № 4. S. 32–35.

19. <https://fparf.ru/documents/fpa-rf/documents-of-the-congress/the-code-of-professional-ethics-of-lawyer/?ysclid=Izven44pfl767592500>.

20. Kassacionnoe opredelenie Verhovnogo Suda Rossijskoj Federacii ot 31 yanvarya 2012 g. № 11-O12-1 [E`lektronny`j resurs]. URL: <http://internet.garant.ru>.

21. Kassacionnoe opredelenie Verhovnogo Suda Rossijskoj Federacii ot 22 sentyabrya 2008 g. № 69-O08-37 [E`lektronny`j resurs]. URL: <http://internet.garant.ru>.

22. Brester A.A. Oby`sk, osmotr, obsledovanie: prava cheloveka i interesy` sledstviya. M.: Institut prava i publichnoj politiki, 2022.

23. https://zakon.ru/blog/2024/2/7/u_nas_ne_precedentnoe_pravo_zachem_ssylatsya_na_sudebnuyu_praktiku.

24. Kolokolov N. Sekretno = nepodkontrol'no // E`Zh-Yurist. 2017. № 13.

25. Gusev V. A. Problemy` realizacii konstitucionnogo prava na poluchenie kvalificirovannoj yuridicheskoy pomoshhi v sfere operativno-rozy'skny`x pravootnoshenij // Konstitucionalizaciya operativno-rozy'sknoj deyatel'nosti: materialy` mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoy konferencii. Omsk: Omskaya akademiya MVD Rossii, 2022. S. 38–42.

26. Chupilkin Yu.B. Uchastie advokata v operativno-rozy'skny`x meropriyatiyax // Ugolovny`j process. 2018. № 6. S. 32–40.

27. Chupilkin Yu.B. Garantii prava lichnosti na chastnuyu zhizn` pri proslushivaniy telefonny`x peregovorov // Rossijskij sud`ya. 2019. № 7. S. 17–21.

28. O kachestve zhalob, xodatajstv advokатов po povodu ORD i mnogom inom (Besedy` ob ORD. Seriya 7) [E`lektronny`j resurs]. URL: <https://youtu.be/6duBq7cddZE>.

29. Chupilkin Yu.B. Integrirovaniye standartov ESPCh, garantiruyushhix zashhitu lichnosti ot provokacii pri provedenii operativno-rozy'skny`x meropriyatij, v rossijskoe ugovnoe sudoproizvodstvo // Rossijskaya yusticiya. 2018. № 6. С. 61–63.

30. Kassacionnoe opredelenie Vtorogo kassacionnogo suda obshhej yurisdikcii ot 25 iyunya 2020 g. № 77-1008/2020. Dostup iz sprav.-pravovoj sistemy` «Konsul'tantPlyus».

31. Prigovor Zheleznodorozhnogo rajonnogo suda g. Orla ot 28.06.2016 po delu № 1-41/2016 [E`lektronny`j resurs]. URL: https://zheleznodorozhny--orl.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=65016286&case_uid=b5aef60b-f44a-41ac-b027-fed29bb47163&delo_id=1540006.

32. Garmaev Yu.P., Popova E.I. Konceptiya kriminalisticheskogo obespecheniya realizacii uproshhenny`x

form ugolovnogo sudoproizvodstva: postanovka problemy` // Izvestiya Tul'skogo gosudarstvennogo universiteta. E'konomicheskie i yuridicheskie nauki. 2021. № 1. S. 10–16.

Вклад авторов: все авторы сделали эквивалентный вклад в подготовку публикации. Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

Contribution of the authors: the authors contributed equally to this article. The authors declare no conflicts of interests.

Статья поступила в редакцию 25.01.2024; одобрена после рецензирования 30.01.2024; принята к публикации 30.01.2024.

The article was submitted 25.01.2024; approved after reviewing 30.01.2024; accepted for publication 30.01.2024.