

УДК/UDC 343

Характерные особенности так называемых «острых» оперативно-розыскных мероприятий «проверочная закупка» и «оперативный эксперимент»

Яковец Евгений Николаевич

доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации
ведущий научный сотрудник

Центр исследования проблем российского права «Эквитас»

Москва, Россия

e-mail: koshka997@mail.ru

SPIN-код: 8190-5220

Author ID: 524115

Аннотация

Автором рассматриваются вопросы, связанные с определением сущности и содержания оперативно-розыскных мероприятий, которые носят «острый» характер и в случае даже незначительного отклонения от требований законодательства чреватны нарушением конституционных прав и свобод человека и гражданина. Речь идет о проверочной закупке и оперативном эксперименте. В статье анализируются различные подходы к оценке организации и тактики проведения указанных мероприятий. Формулируются дефиниции последних, определяются нормативно-правовая основа их проведения, а также объекты, предметы, субъекты и другие элементы рассматриваемых понятий. Уточняется порядок использования результатов проверочной закупки и оперативного эксперимента в уголовном судопроизводстве. Особое внимание уделяется вопросам, связанным с недопустимостью провокационных действий при осуществлении указанных мероприятий. Обращается внимание на оценку практики их проведения со стороны надзорных и судебных инстанций, в том числе – Европейского суда по правам человека.

Ключевые слова: оперативно-розыскная деятельность; оперативно-розыскные мероприятия; проверочная закупка; оперативный эксперимент; следственный эксперимент; задержание с поличным.

Characteristic features of the so-called "acute" operational search measures "test purchase" and "operational experiment"

Yakovets Evgeny Nikolaevich

Doctor of Law, Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation

Leading Researcher

Equitas Center for the Study of Problems of Russian Law

Moscow, Russian Federation

e-mail: koshka997@mail.ru

SPIN code: 8190-5220

Author ID: 524115

Abstract

The author considers the issues related to the definition of the essence and content of operational search measures, which are "acute" and in the case of even a slight deviation from the requirements of the legislation are fraught with violation of the constitutional rights and freedoms of man and citizen. We are talking about a test purchase and an operational experiment. The article analyzes various approaches to assessing the organization and tactics of these events. The definitions of the latter are formulated, the normative and legal basis for their implementation is determined, as well as objects, objects, subjects and other elements of the concepts under consideration. The procedure for using the results of a test purchase and an operational experiment in criminal proceedings is specified. Special attention is paid to issues related to the inadmissibility of provocative actions in the implementation of these measures. Attention is drawn to the assessment of the practice of their implementation by supervisory and judicial authorities, including the European Court of Human Rights.

Key words: operational-search activity; operational-search measures; verification purchase; operational experiment; investigative experiment; red-handed detention.

Кроме оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ), фиксирующих определенные криминальные факты преимущественно эмпирическим путем, Федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности (ФЗ об ОРД) [1] предусмотрены и такие меры, которые позволяют субъ-

ектам ОРД проводить более активные действия, связанные с выявлением неочевидных преступлений, главным образом – латентных.

Важной особенностью при проведении подобных ОРМ является необходимость строгого соблюдения законности и неприемлемость провокационных действий со стороны сотрудников оперативных подразделений.

К числу таких ОРМ относятся «проверочная закупка» и «оперативный эксперимент».

Проверочная закупка – это совокупность действий, связанных с реализацией мнимой сделки купли-продажи, в ходе которой с ведома и под контролем субъектов ОРД осуществляется приобретение без цели дальнейшего потребления и сбыта товаров у лиц-объектов оперативной заинтересованности, обоснованно подозреваемых в совершении преступлений, в том числе – в сфере экономической деятельности, незаконного оборота наркотиков, оружия и иных объектов, изъятых из гражданского оборота, а также добытых преступным путем или сохранивших на себе следы преступления либо являющихся средствами совершения (орудиями) преступления с целью документирования преступной деятельности последних и решения иных задач ОРД. С помощью проверочной закупки могут быть также получены соответствующие образцы для сравнительного исследования.

Как обоснованно подчеркивают Ю. А. Гармидов и Е. Н. Холопова, проверочная закупка осуществляется исключительно в форме активного, волевого действия, отличающегося своим смысловым содержанием, которое определяется целью, мотивом и сознательным актом поведения лица, выступающего в качестве покупателя (закупщика). От рефлексивных, инстинктивных и импульсивных действий оно отличается по содержанию и структуре и является разумным [2].

Профессор А. Ю. Шумилов полагал в свое время, что проверочная закупка товара может производиться путем обмена, залога или аренды [3]. Однако эти действия не охватываются понятием договора купли-

продажи [4], лежащей в основе данного ОРМ, поэтому данная точка зрения представляется спорной.

Проведение проверочной закупки предусмотрено п. 4 ч. 1 ст. 6; ч. 8 ст. 8 ФЗ об ОРД. Отдельные моменты, связанные с его осуществлением, нашли отражение и в других нормах ФЗ об ОРД: ст. ст. 5, 7 и 8; п. 1 ч. 1 ст. 15; ч. 1 ст. 17, а также в ст. ст. 36 и 49 Федерального закона «О наркотических средствах и психотропных веществах» [5] (Далее – Федеральный закон «О наркотических средствах и психотропных веществах»), где отмечается, что использование наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров при проверочной закупке разрешается без лицензии. Наряду с этим, для реализации результатов данного ОРМ в уголовном процессе применяют Инструкцию о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд (межведомственная Инструкция о результатах ОРД) [6].

Рассматриваемое ОРМ инициируется рапортом сотрудника оперативного подразделения. Проверочная закупка предметов, веществ, продукции, свободная продажа которых запрещена либо оборот которых ограничен [7], проводится только на основе постановления, утверждаемого руководителем органа, осуществляющего ОРД (в соответствии с ч. 8 ст. 8 ФЗ об ОРД). Необходимость данной меры очевидна, поскольку сам факт осуществления рассматриваемой мнимой сделки может формально подпадать под признаки состава преступления.

А. Ю. Шумилов рассматривал вариант так называемой экстренной закупки предметов, свободная реализация которых запрещена или гражданский оборот которых ограничен, с последующим обязательным уведомлением руководителя оперативно-розыскного органа [8, с. 259], однако Законом подобный порядок проведения данного ОРМ не предусмотрен. Кроме того, с позицией А. Ю. Шумилова не согласны авторы учебника «Теория оперативно-розыскной деятельности» под редакцией К. К. Горяинова и В. С. Овчинского, которые полагают, что если объектом проверочной закупки, произведенной без вынесения постановле-

ния (или утверждения его надлежащим должностным лицом), явились предметы, вещества, запрещенные к свободной реализации, либо их свободный оборот ограничен, то результаты ОРМ, как проведенного с нарушением закона, не будут иметь доказательственного значения [9]. Точка зрения этих специалистов ближе к истине.

Место и время (сроки) проведения проверочной закупки Законом не ограничены.

Ее объектами являются физические лица, обоснованно подозреваемые в совершении вышеуказанных преступлений.

В качестве предмета проверочной закупки рассматриваются приобретаемые в ходе мнимой сделки купли-продажи конкретные товары – 1) продукты производственной деятельности или природного происхождения, – находящиеся в свободном или ограниченном гражданском обороте либо полностью изъятые из него. Причем, объемы закупки законодатель не ограничивает, поэтому в зависимости от поставленной цели речь может идти о приобретении как одной единицы товара (одной части от общего объема вещества), так и значительного количества продукции, в том числе – в рамках оптовой закупки; 2) предметы, добытые преступным путем или сохранившие на себе следы преступления либо являющиеся средствами совершения (орудиями) преступления.

Целью проверочной закупки является последующее исследование ее предмета с целью документирования фактов противоправной деятельности разрабатываемых лиц, задержания их с поличным при совершении указанных выше преступлений.

Субъектами проверочной закупки являются сотрудники оперативных подразделений, а также лица, оказывающие им содействие. При проведении данного мероприятия могут также присутствовать представители общественности, удостоверяющие законность действий оперативников.

А. Ю. Шумилов в качестве дополнительных субъектов данного ОРМ выделял специалиста в области оборота тех или иных его предметов, заявителя и других лиц. Указанный автор справедливо подчер-

квивал также, что оперативники и прочие субъекты этого мероприятия в ходе его проведения могут выступать в качестве покупателей, но ни при каких обстоятельствах не могут являться продавцами предмета проверочной закупки [8, с. 258].

В зависимости от наличия у проверяемых лиц права на совершение сделки купли-продажи проверочные закупки можно разделить на две категории:

- закупки у лиц, имеющих право на совершение сделок купли-продажи (продавцы магазинов, предприятий общественного питания, рынков и т.д.);
- закупки у лиц, владеющих продаваемыми предметами незаконно.

По форме проведения проверочная закупка может быть гласной, с зашифровкой ее сути от фигуранта проверки (под видом обычной покупки товара и пр.), а также негласной.

Проверочная закупка считается завершенной после фактической передачи товара покупателю и получения продавцом средств расчета. В случае недостаточности оснований для возбуждения уголовного дела факт проведения проверочной закупки перед продавцом может не расшифровываться [10, с. 91].

Полученные в ходе рассматриваемого ОРМ данные оформляются актом проверочной закупки с соблюдением требований, установленных ведомственными нормативными правовыми актами правоохранительных и контролирующих органов, справкой, объяснением привлеченных к ее проведению лиц. К документам прилагаются полученные в ходе мероприятия предметы, вещества, образцы той или иной продукции, соответствующим образом упакованные, и документы.

В случае использования в ходе проверочной закупки специальных технических средств ее результаты оформляются справкой (рапортом) сотрудника оперативного подразделения с приложением результатов проведения ОТМ (аудио- или видеозаписи, фотографий и др.).

Полученные документы могут быть введены в уголовный процесс путем допроса сотрудников оперативного подразделения, осуществлявших проверочную закупку, допросом иных лиц, выполнявших данное мероприятие по поручению последних или присутствовавших при его проведении, осмотром представленных предметов и документов, их приобщением к делу [11].

Несколько слов следует сказать о критериях законности ОРМ «проверочная закупка» и о практике ЕСПЧ в этой связи, так как зачастую это оказывает влияние на законность ее проведения. В ходе рассмотрения жалоб, связанных с проведением данного ОРМ, ЕСПЧ неоднократно и последовательно приходил к выводу о нарушении Конвенции в связи с недостатками существующего порядка санкционирования и осуществления проверочных закупок. Например, по делу «Еремцов и другие против Российской Федерации» ЕСПЧ констатировал, что отсутствие ясного и предсказуемого порядка санкционирования проверочных закупок по-прежнему является структурной проблемой, из-за которой заявители подвергаются произволу со стороны сотрудников правоохранительных органов, а внутригосударственные суды не могут осуществлять эффективную судебную проверку их жалоб на провокацию [12].

Учитывая заинтересованность ЕСПЧ в проведении данного ОРМ под судебным контролем или иным видом независимого надзора, а также то, что отечественное законодательство не относит проверочную закупку к ОРМ, требующим судебного разрешения, прокурорам рекомендовано усилить надзор за законностью его проведения.

Исследователи отмечают, что удельный вес конституционных жалоб, связанных с нарушением прав человека и гражданина при проведении проверочных закупок, например, наркотиков составляет около 29% [13]. Верховный Суд РФ в Обзоре судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ, утвержденном Президиумом ВС РФ 27 июня 2012 г., также ориентировал суды на тщательную проверку доказательств, получаемых в результате про-

ведения проверочной закупки. В частности, внимание судов обращено на то, что повторное проведение проверочной закупки у одного и того же лица должно быть обоснованно и мотивировано, в том числе новыми основаниями и целями, которыми могут являться: пресечение и раскрытие организованной преступной деятельности и установление всех ее участников, выявление преступных связей участников незаконного оборота наркотических средств, установление каналов поступления наркотиков.

Не менее «острым» в плане тактики своего осуществления является оперативно-розыскное мероприятие «оперативный эксперимент», сущность которого рассматривается ниже.

Оперативный эксперимент – ОРМ, связанное с созданием полностью управляемых или контролируемых условий для активного наблюдения за лицами – объектами оперативной заинтересованности – в целях проверки и уточнения сведений, используемых при решении конкретных задач ОРД.

Рассматриваемое ОРМ регламентировано п. 14 ч. 1 ст. 6. Отдельные моменты, связанные с его осуществлением, нашли отражение и в других нормах ФЗ об ОРД: ст. ст. 5, 7 и 8; п. 1 ч. 1 ст. 15; ч. 1 ст. 17, а также в ст. 36 Федерального закона «О наркотических средствах и психотропных веществах». Наряду с этим, для реализации результатов данного ОРМ в уголовном процессе применяют межведомственную Инструкцию о результатах ОРД.

В соответствии с ч. 9 ст. 8 ФЗ об ОРД 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 совершивших.

Место и время (сроки) проведения оперативного эксперимента Законом не ограничены.

Рассматриваемое мероприятие как достаточно сложное и «острое» по алгоритму своего проведения, в соответствии с ч. 8 ст. 8 ФЗ об ОРД требует вынесения постановления, утверждаемого руководителем

оперативно-розыскного органа, цель которого – повысить ответственность исполнителей в ходе планирования и проведения данного ОРМ, а также в определенных ситуациях – обезопасить последних от необоснованных обвинений в провокационных действиях.

Однако, по мнению В. А. Нетребы, В. С. Овчинского и А. Ю. Шутилова, вынесение соответствующего постановления и его утверждение у руководителя оперативно-розыскного органа необходимы лишь в том случае, если опытные действия предполагают активную форму поведения объекта ОРМ и их направленность на совершение преступления, а также проведение этого ОРМ с использованием предметов, средств и веществ, свободная реализация которых запрещена либо гражданский оборот которых ограничен [14, с. 369]. Весьма справедливое замечание. Тем не менее, законодателем данный вопрос пока еще не рассматривался.

Сыскная практика выделяет два основных вида оперативного эксперимента. В первом случае осуществляется выявление и задержание с поличным заранее неизвестных лиц, которые по алгоритму своих противоправных деяний в ходе проведения данного ОРМ однозначно распознаются как злоумышленники. Сущность такого мероприятия выражается в создании специфических условий, свойственных совершению определенных видов преступлений. Чаще всего подобный оперативный эксперимент практикуют сотрудники уголовного розыска, осуществляющие оперативный поиск. Например, они выставляют в залах ожидания на вокзалах и в аэропортах «бесхозные» чемоданы; оставляют «без присмотра» автомашины-«приманки» в районах их вероятного угона; используют химические ловушки, замаскированные под ценные вещи или банковские денежные упаковки в местах хранения материальных ценностей; и др. Довольно часто в темное время суток практикуются поисковые мероприятия с участием одетых «по гражданке» сотрудниц полиции в местах возможного появления насильников-маньяков или грабителей, совершающих нападения на женщин.

Второй вид оперативного эксперимента применяется для документирования криминальной деятельности конкретных лиц, обоснованно

подозреваемых в совершении преступлений. Как правило, эта разновидность рассматриваемого ОРМ практикуется для документирования взяточничества, незаконного оборота наркотиков, оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств, а также прочих предметов (в том числе предметов недекриминализованных видов контрабанды), изъятых из гражданского оборота.

Оперативный эксперимент может заключаться и в проведении опытных действий психологического характера с целью проверки, например, реакции подозреваемого на присутствие того или иного человека, демонстрируемые предметы, фотоснимки, видеокадры и др.

Профессор П. С. Дмитриев указывал в свое время на необходимость проведения оперативного эксперимента для выяснения следующих обстоятельств:

- возможности совершения определенных действий в тех конкретных условиях, о которых сообщалось в ранее полученной информации;
- возможности зафиксировать их в этих условиях;
- надежности источников получения такой информации;
- возможной дезинформации со стороны последних и т.п. [15, с. 21].

В целом задачи, решаемые в ходе проведения различных видов оперативного эксперимента, могут быть сведены к следующему:

- задержанию подозреваемых в момент совершения преступлений и возможному изъятию находящихся при них предметов преступного посягательства или орудий преступления;
- проверке и уточнению сведений, касающихся причастности определенных лиц к конкретным событиям криминального характера (наличия возможностей, навыков, умений, реакций на определенные события);
- проверке выдвигаемых оперативных версий;
- установлению обстоятельств совершаемых преступлений;

- созданию условий для обнаружения разыскиваемого лица, похищенного имущества; и др.

Объектами рассматриваемого мероприятия являются: а) конкретные лица, обоснованно подозреваемые в преступной деятельности; б) неизвестные лица, подозреваемые в совершении серийных или дящихся преступлений.

В качестве предмета данного ОРМ следует рассматривать вещь, обслуживающую ту или иную потребность человека, которая используется для легендирования обстановки проведения этого мероприятия или для имитации предмета преступного посягательства (другими словами – это элемент материального мира, на который осуществляется воздействие в ходе совершения преступления). Например, предметом связанного с оперативным экспериментом похищения является похищаемое имущество, взяточничества – получаемые должностным лицом денежные средства, контрабанды – перемещаемые через границу товары и др. [16].

Субъектами оперативного эксперимента могут являться:

- штатные гласные сотрудники оперативных подразделений;
- сотрудники оперативно-поисковых подразделений и подразделений специальных технических мероприятий, принимающие участие в его проведении;
- сотрудники неоперативных подразделений правоохранительных органов, которые в отдельных случаях могут привлекаться к проведению данного ОРМ;
- лица, оказывающие содействие оперативно-розыскным органам;
- санкционирующий данное мероприятие руководитель оперативно-розыскного органа.

Для участия в оперативном эксперименте могут также привлекаться на добровольной основе представители общественности (внештатные сотрудники, дружинники и др.), призванные удостоверить законность действий оперативников при проведении данного ОРМ.

По форме своего осуществления оперативный эксперимент может носить как гласный, так и негласный характер. В последнем случае оперативный эксперимент проводится на строго конспиративной основе, с использованием тщательной зашифровки поставленной цели, легендирования ролевых функций его участников, использования маскировки и дезинформации злоумышленников.

Негласное или конспиративное проведение оперативного эксперимента с учетом положений ч. 3 ст. 6 ФЗ об ОРД предусматривает использование специальных технических средств и окрашивающих (сигналетических) веществ, распознаваемых в ультрафиолетовых лучах.

Оперативный эксперимент следует отличать от следственного эксперимента, предусмотренного ст. 181 УПК РФ, в ходе которого дознаватель (следователь) осуществляет проверку и уточнение данных, содержащихся в материалах уголовного дела, путем воспроизведения действий, обстановки или иных обстоятельств определенного криминального факта. В ходе этого следственного действия проверяется возможность восприятия тем или иным лицом каких-либо фактов, совершения им определенных действий, наступления какого-либо события, а также уточняется последовательность событий, явлений, психических актов человека, механизм образования следов и др.

Следственный эксперимент согласно ст. 288 УК РФ может также проводиться по определению или постановлению суда при участии сторон, а в случае необходимости – и с участием свидетелей, эксперта и специалиста.

По ряду признаков следственный и оперативный эксперименты сходны между собой, однако возможности последнего, как следует из вышеуказанного перечня решаемых при его проведении задач, гораздо шире. А. Ю. Шумилов отмечал в данной связи, что оперативный эксперимент, проводимый на гласной основе, практически полностью повторяет действия, предусмотренные экспериментом следственным (хотя его результаты при этом не обретают процессуального характера), однако содержание указанного ОРМ этим вовсе не ограничивается [17].

Таким образом, в процессе проведения оперативного эксперимента могут быть созданы специфические условия с использованием особых предметов, которые ставят лицо перед выбором: совершать преступление или нет. Данные обстоятельства делают оперативный эксперимент весьма рискованным мероприятием, поскольку во многих случаях как объект, так и субъект этого ОРМ оказываются на грани совершения преступления (последний может быть обвинен в его провоцировании).

Четкое и результативное проведение оперативного эксперимента требует составления плана, который имеет свободную форму и, как правило, состоит из двух разделов: общего, содержащего законные основания проведения эксперимента, а также перечень обстоятельств, требующих проверки в ходе оперативного эксперимента; и основного, отражающего перечень следующих организационно-тактических мер:

- определение места и времени проведения данного ОРМ, перечня участвующих в нем субъектов и мер, связанных с обеспечением их безопасности и соблюдением конспирации;
- расчет необходимых сил, средств и материальных затрат;
- регламентация мер по взаимодействию оперативных подразделений того или иного государственного органа с другими оперативно-розыскными органами;
- разработка алгоритма действий оперативных сотрудников на случай изменения оперативной обстановки;
- определение тактики действий, связанных с возможным применением в ходе оперативного эксперимента оружия, спецсредств и специальной техники;
- регламентация мер, связанных с непрерывным наблюдением за ходом оперативного эксперимента и фиксацией его результатов.

Если действия оперативников законны и оправданны во всех отношениях, им, как правило, удастся избежать негативных для себя последствий и успешно решить стоящие перед ними задачи. Несоблюдение необходимых условий проведения оперативного эксперимента, напротив, может повлечь за собой искажение сущности последнего и превратить

его в провокацию. Ничего общего с оперативным экспериментом такая деятельность, увы, иметь не может, поскольку ее цели полностью противоположны целям и задачам оперативно-розыскной деятельности [18].

М. В. Кондратьев и В. К. Зникин справедливо отмечают, что в ОРД провокация – явление неоднозначное. Исходя из анализа имеющейся литературы по данной тематике можно сделать вывод, что к проблеме провокации в ОРД обращалось незначительное число представителей научной общественности. Для всех проведенных исследований характерным является отсутствие единого понимания, как самой провокации, так и связанных с ней последствий. Однако наблюдается единство мнений о том, что ярко выраженная провокация в правоохранительной деятельности всегда должна получать негативную оценку.

К сожалению, несмотря на прямой запрет к подстрекательству, склонению, побуждению в прямой или косвенной форме к совершению противоправных деяний (провокации), содержащийся в ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД, в настоящее время ни в одном законодательном акте нет разграничения провокации преступления и правомерного поведения сотрудников оперативно-розыскных органов [19].

Провокационные действия, недопустимые при подготовке и проведении оперативного эксперимента, заключаются в следующем: 1) склонении (в том числе с участием конфиденентов) проверяемых лиц к совершению преступлений путем уговоров, угроз, обещаний, обмана и т.п. (в частности, инициатива в получении взятки либо в приобретении предметов и веществ, изъятых из гражданского оборота, должна исходить исключительно от объектов рассматриваемого ОРМ); 2) фабрикации заведомо ложных доказательств преступной деятельности объекта данного мероприятия.

В первом случае речь идет о провокации преступления в форме подстрекательства, а оно, как известно, является одним из видов соучастия в преступной деятельности. В соответствии с положениями ч. 4 ст. 33 УК РФ, подстрекателем признается лицо, склонившее другое лицо к

совершению преступления путем уговора, подкупа, угрозы или другим способом.

О недопустимости провокации как метода раскрытия преступлений еще на рубеже XIX–XX вв. рассуждал известный русский юрист и государственный деятель Н. С. Таганцев, который отмечал в этой связи следующее: «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 преступлений и в предупреждении готовящихся. Но и в том, и в другом случае эта деятельность не имеет ничего общего с созданием новых преступлений и преступных попыток. Такая ссылка не извинительна не только тогда, когда данный агент по своему почину прибег к подобному способу открытия преступника, но и тогда, когда он действовал по приказу начальника, так как подобный приказ незаконен.

Несколько иными представляются случаи, когда подговариваемое лицо уже разыскивается властью за учиненное им какое-либо иное преступное деяние, когда в совершении нового деяния или даже покушения на него нет никакого интереса, а засада устраивается не для привлечения к ответственности за вновь учиненное, а только для захвата преступника» [20].

Провокация преступления в нашей стране официально не криминализована, хотя многие юристы считают это пробелом в уголовном законодательстве [21, с. 359]. Исключение составляет лишь ее частный случай, предусмотренный ст. 304 УК РФ (Провокация взятки, коммерческого подкупа либо подкупа в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд). Под провокацией в данной статье понимается искусственное создание доказательств совершения преступления.

Свою лепту в проработку данного вопроса внес и Верховный Суд РФ. В Обзоре судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психо-

тропных, сильнодействующих и ядовитых веществ он отметил в частности, что «под провокацией сбыта судам следует понимать подстрекательство, склонение, побуждение в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий, направленных на передачу наркотических средств сотрудникам правоохранительных органов (или лицам, привлекаемым для проведения ОРМ)» [22]. В таких случаях Следственный комитет России правомерно ставит вопрос о возбуждении уголовных дел не только в отношении лиц, приобретающих такие предметы или вещества, но и сбытчиков, если таковые установлены.

Таким образом, следует еще раз подчеркнуть, что понятия «подстрекательство» и «искусственное создание доказательств совершения преступления» охватываются понятием «провокация». Поэтому не вполне понятна логика рассуждений известного российского адвоката Н. А. Трубецкого, который отмечает, что провокация близка по своей природе подстрекательству, но отличается от него конечной целью и задачами, которые преследуют соответственно подстрекатель и провокатор [20].

Представляется закономерным, что если провокация связана с совершением других преступлений (помимо коррупционных), виновное лицо может понести уголовное наказание за подстрекательство в рамках отдельных составов Особенной части по совокупности с ч. 4 ст. 33 УК РФ.

В части, касающейся специальных субъектов, – сотрудников правоохранительных органов или спецслужб – такая ответственность может наступить по одному из составов должностных преступлений, предусмотренных гл. 30 УК РФ, либо за фальсификацию результатов ОРД (ч. 4 ст. 303 УК РФ).

Если все доказательства виновности в совершении преступления были получены с помощью провокационных действий, они признаются недопустимыми и не учитываются при рассмотрении дела в суде.

Некоторые авторы в данной связи рассуждают о необходимости для исключения провокаций при проведении ОРМ участия адвоката-

защитника («независимого защитника») [23]. Этот шаг в рассматриваемом контексте может оказаться весьма продуктивным, однако реализовать его можно лишь при одном условии – в случае наличия у адвоката соответствующего допуска к материалам, составляющим государственную тайну.

Как справедливо отмечает профессор А. Е. Чечетин, при проведении оперативного эксперимента, чтобы не давать повода для компрометации своей деятельности, оперативные сотрудники должны более тщательно документировать противоправные устремления подозреваемого, собирая информацию, подтверждающую его причастность к тому или иному преступлению и доказывающую наличие у него преступного умысла, не зависящего от действий правоприменителей. При этом оперативный эксперимент должен быть направлен на поимку конкретного подозреваемого лица [23].

Наличие в материалах, отражающих результаты ОРД, сведений о проведении в отношении подозреваемого комплекса иных оперативно-розыскных мероприятий позволит подтвердить законность и обоснованность проведенного оперативного эксперимента. Такими документами, помимо рапорта оперативного сотрудника и заявления лица, выступающего в роли покупателя (взяткодателя), могут являться: материалы характеризующего плана, документы, результаты проведенных в отношении разрабатываемого (проверяемого) лица ОРМ, а также объяснения иных лиц, которые впоследствии могут стать свидетелями по уголовному делу и дать показания о ранее имевших место фактах преступной деятельности подозреваемого.

Результаты оперативного эксперимента оформляются рапортом сотрудника оперативного подразделения, а в случае выявления преступлений или лиц, к ним причастных, – актом оперативного эксперимента. К вышеуказанному акту могут приобщаться материальные носители информации, полученные в результате применения специальных технических и иных средств.

Полученные документы вводятся в уголовный процесс путем допросов сотрудника оперативного подразделения, осуществлявшего мероприятие, иных лиц, участвовавших в его проведении (за исключением сотрудников ОТМ, ОПП и конфиденентов), осмотра представленных предметов и документов, их приобщения к делу.

В зарубежной практике подобное мероприятие называется «секретной операцией», и одной из наиболее крупных из них за всю историю западных спецслужб является операция «Абскэм», проведенная в начале 1980-х гг. ФБР и связанная с выявлением взяточников среди членов Конгресса США. Секретные сотрудники в ходе легендирования своих действий осуществляли операцию под видом арабских шейхов [24].

Вместе с тем, удельный вес конституционных жалоб, связанных с нарушением прав человека и гражданина при проведении оперативного эксперимента, достаточно высок и составляет около 19% [25]. Практика рассмотрения поступающих в Генеральную прокуратуру обращений Уполномоченного Российской Федерации при ЕСПЧ также свидетельствует об увеличении количества жалоб, касающихся соблюдения прав личности при проведении данного ОРМ. Наиболее актуальными вопросами, которые при рассмотрении указанных обращений ставит ЕСПЧ перед властями Российской Федерации, являются следующие.

1. Располагали ли органы, осуществлявшие ОРД, до проведения в отношении заявителя оперативного эксперимента информацией о намерении последнего совершить преступление? Поступала ли данная информация от источников, не участвовавших в проведении указанного ОРМ?
2. Оказывало ли лицо, участвовавшее в проведении ОРМ, воздействие, в том числе путем убеждения, внушения, обращения к сочувствию, на проверяемое (разрабатываемое) лицо с целью побудить его совершить преступление, которое без такого воздействия не было бы совершено?
3. Содержало ли постановление о проведении ОРМ информацию о причинах, целях и мотивах его проведения?

4. Имелись ли достаточные основания для проведения указанного оперативно-розыскного мероприятия? Какие другие ОРМ осуществлялись до проведения оперативного эксперимента?

При выработке критериев допустимости и пределов проведения оперативного эксперимента, безусловно, следует учитывать практику ЕСПЧ. Так, в постановлении от 15 декабря 2005 г. по делу «Ваньян против Российской Федерации» [26] отмечается, что Конвенция о защите прав человека и основных свобод не запрещает ссылку на информацию, полученную от анонимных информаторов на стадии предварительного расследования. Однако если преступление спровоцировано действиями тайных агентов и ничто не предполагало, что оно было бы совершено без вмешательства правоохранительных органов, то эти действия представляют собой подстрекательство к совершению преступления.

Одновременно ЕСПЧ определил: простое заявление сотрудников правоохранительных органов о том, что они располагали информацией о причастности заявителя к совершению преступлений, не может приниматься во внимание.

В решении от 26 октября 2006 г. по делу «Худобин против Российской Федерации» ЕСПЧ указал, что оперативные сотрудники могут действовать тайно, скрывать свои личности в целях получения информации и доказательств преступления, но без активного подстрекательства лица к совершению преступления [27].

К таким же выводам ЕСПЧ пришел при рассмотрении дела «Тейшейра де Кастро против Португалии». При этом, по мнению ЕСПЧ, «публичные интересы не могут служить оправданием провокаций со стороны правоохранительных органов» [28].

Аналогичные утверждения содержатся и в решениях российских судов общей юрисдикции. Кроме того, правовые ограничения осуществления оперативного эксперимента изложены в ряде решений Конституционного Суда РФ, в которых указывается, что проведение данного ОРМ возможно лишь в целях выполнения задач оперативно-розыскной деятельности и только при наличии оснований, предусмотренных в ст. 7 ФЗ

об ОРД. Одновременно отмечено, что при принятии решения о проведении ОРМ должностные лица субъектов ОРД должны опираться не только на предположения о наличии признаков противоправного деяния, но и на конкретные фактические обстоятельства, подтверждающие обоснованность таких предположений.

Таким образом, с учетом вышесказанного можно заключить, что без соблюдения указанных требований результаты ОРД, в том числе данные, получаемые в ходе проверочной закупки и оперативного эксперимента, не позволят формировать надлежащим образом доказательства по уголовным делам, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства, и могут повлечь признание их недопустимыми на стадии досудебного производства и при рассмотрении дела в суде. Тем более что в ходе судебного следствия сторона защиты однозначно постарается квалифицировать действия правоохранительных органов, связанные с выявлением и пресечением преступлений посредством проведения этих ОРМ, как провокацию.

Список литературы

1. Об оперативно-розыскной деятельности: Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ // Российская газета. 1995. 18 августа.
2. Гармидов Ю. А., Холопова Е. Н. Правовая характеристика оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка»: монография. М.: Юрлитинформ, 2014. 160 с.
3. Основы оперативно-розыскной деятельности: учебник в 2 т. Т. 1: Общая часть / [С. П. Жданов, О. Г. Карпович, Е. С. Недосекова и др.]: предисл.: В. Б. Мантусова; под ред.: Шумилова А. Ю. – Люберцы: РИО Российской таможенной академии, 2020. 246 с.
4. Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ, часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ, часть третья от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ и часть четвертая от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ // Российская газета. 1994. 8 декабря; Российская газета 1996. 6, 7, 8 февраля; Российская газета. 2001. 28 ноября; Российская газета. 2006. 22 декабря.
5. О наркотических средствах и психотропных веществах: Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 3-ФЗ // Российская газета. 1998. 15 января.

6. Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд: утв. приказом МВД России, МО России, ФСБ России, ФСО России, ФТС России, СВР России, ФСИН России, ФСКН России, СК РФ от 27 сентября 2013 г. № 776/703/509/507/1820/42/535/398/68 // Российская газета. 2013. 13 декабря.

7. О видах продукции (работ, услуг) и отходов производства, свободная реализация которых запрещена: Указ Президента РФ от 22 февраля 1992 г. № 179 // Вед. Съезда нар. депутатов РФ и Верх. Сов. РФ от 5 марта 1992 г., № 10, ст. 492.

8. Основы оперативно-розыскной деятельности: учебник в 2 т. Т. 1: Общая часть / [С. П. Жданов, О. Г. Карпович, Е. С. Недосекова и др.]: предисл.: В. Б. Мантусова; под ред.: Шумилова А. Ю. – Люберцы: РИО Российской таможенной академии, 2020. 430 с.

9. Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / под ред. К.К. Горяинова, В. С. Овчинского. – 4-е изд., перераб. и доп. М.: ИНФРА-М, 2018. 772 с.

10. Правовые основы оперативно-розыскной деятельности: курс лекций. Тюмень: Тюменский институт повышения квалификации сотрудников МВД России, 2012. 151 с.

11. Оперативно-розыскная деятельность и уголовный процесс: учебно-практическое пособие / Под общ. ред. В. В. Черникова, В. Я. Кикотя. М.: ИНФРА-М, 2002. С. 22–23.

12. Постановление ЕСПЧ от 27 ноября 2014 г. по жалобам №№ 20696/06, 22504/06, 41167/06, 6193/07 и 18589/07 по делу «Еремцов и другие (Yeremtsov and others) против Российской Федерации».

13. Шатохин И. Д. Типичные поводы жалоб в Конституционный Суд на нормы Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // Оперативник (Сыщик). 2016. № 2 (47). Апрель. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2016. С. 36–40.

14. Оперативно-розыскная деятельность: Учебник. 2-е изд., доп. и перераб. / Под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, Г. К. Синилова, А. Ю. Шумилова. М.: ИНФРА-М, 2004. 848 с.

15. Дмитриев П. С. О понятии оперативного эксперимента, его основных видах и отличии от понятия оперативной комбинации // Оперативный эксперимент: Вопросы теории и практики: Сборник научных трудов. М., 2005. 64 с.

16. Предмет преступления / Словари и энциклопедии на Академике // URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/ruwiki/673500> (дата обращения: 10.06.2020).

17. Тимошенко И. В., Радачинский С. Н. Провокация взятки и оперативный эксперимент: соотношение понятий // Северо-Кавказский юридический вестник. 2009. № 4. С. 81–87.

18. Кондратьев М. В., Зникин В. К. О провокации при проведении оперативно-разыскных мероприятий «Проверочная закупка» и «Оперативный эксперимент» // Оперативник (Сыщик). 2015. № 2 (41). Апрель. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., С. 18–22.
19. Таганцев Н. С. Русское уголовное право: лекции. Часть Общая. В 2 т. / Сост. и отв. ред. Загородников Н. И.; РАН. Ин-т государства и права. Т. 1. М.: Наука, 1994. 380 с.
20. Трубецкой Н. А. Провокация преступлений правоохранительными органами несовместима с принципами международного права // URL: <http://www.palatask.ru/article-all/trubetskoy/provocation.html> (дата обращения: 10.06.2020).
21. Обзор судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ: утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27 июня 2012 г. С. 21 // URL: https://cdnimg.rg.ru/pril/article/63/85/78/Obzor_sudebnoj_praktiki.pdf (дата обращения: 10.06.2020).
22. Калинина А. Л. Проблемные вопросы и практика использования оперативного эксперимента с учетом постановлений ЕСПЧ (на примере дел коррупционной направленности) // Юридические исследования. 2020. № 10. С. 52–63.
23. Чечетин А. Е. Проблемы обеспечения прав личности в деятельности ФСКН России // Теория и практика противодействия незаконному обороту наркотиков: Материалы всероссийской научно-практической конференции. Ленинградская область: Северо-Западный институт повышения квалификации ФСКН России, 2010. С. 34.
24. Власихин В. Операция «Абскэм»: жучки, маячки и жало в борьбе с коррупцией // Чистые руки. 1999. № 3. С. 39–52.
25. Шатохин И. Д. Типичные поводы жалоб в Конституционный Суд на нормы Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // Оперативник (Сыщик). 2016. № 2(47). Апрель. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2016. С. 36–40.
26. Постановление ЕСПЧ от 15 декабря 2005 г. по жалобе № 53203/99 «Ваньян против Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс»
27. Постановление ЕСПЧ от 26 октября 2006 г. по делу № 59696/00 «Худобин против Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс»
28. Постановление ЕСПЧ от 9 июня 1998 г. по жалобе № 44/1997/828/1034 по делу «Тейшейр де Кастро против Португалии» // СПС «Консультант Плюс»

References

1. On operational-search activity: Federal Law of August 12, 1995 No. 144-F // Rossiyskaya Gazeta. 1995.18 August.

2. Garmidov Yu. A., Kholopova E. N. Legal characteristics of the operational-search measure "test purchase": monograph. M.: Jurlitinform, 2014. 160 p.

3. Fundamentals of operational-search activity: a textbook in 2 volumes. Vol. 1: General part / [S. P. Zhdanov, O. G. Karpovich, E. S. Nedosekova et al.]: Foreword: V. B. Mantusova; ed.: Shumilova A. Yu. – Lyubertsy: RIO of the Russian Customs Academy, 2020. 246 p.

4. Civil Code of the Russian Federation: part one of November 30, 1994 No. 51-FZ, part two of January 26, 1996 No. 14-FZ, part three of November 26, 2001 No. 146-FZ and part four of 18 December 2006 No. 230-FZ // Rossiyskaya Gazeta. 1994 December 8; Rossiyskaya Gazeta 1996.6, 7, 8 February; Russian newspaper. 2001. 28 November; Russian newspaper. 2006.22 December.

5. On narcotic drugs and psychotropic substances: Federal Law of January 8, 1998 No. 3-FZ // Russian newspaper. 1998 January 15.

6. Instructions on the procedure for presenting the results of operational-search activities to the body of inquiry, the investigator or to the court: approved. by order of the Ministry of Internal Affairs of Russia, Ministry of Defense of Russia, FSB of Russia, FSO of Russia, FCS of Russia, SVR of Russia, FSIN of Russia, FSKN of Russia, IC of RF dated September 27, 2013 No. 776/703/509/507/1820/42/535/398 / 68 // Russian newspaper. 2013.13 December.

7. The list of types of products and production wastes, the free sale of which is prohibited: approved. Decree of the President of the Russian Federation of February 22, 1992 No. 179 "On the types of products (works, services) and production waste, the free sale of which is prohibited" // Ved. Congress bunks. deputies of the Russian Federation and Verkh. Sov. RF of March 5, 1992, No. 10. Art. 492.

8. The theory of operational-search activity: textbook / ed. K.K. Goryainova, V. S. Ovchinsky. - 4th ed., Rev. and add. M.: INFRA-M, 2018. 772 p.

9. Legal bases of operational-search activity: a course of lectures. Tyumen: Tyumen Institute for Advanced Training of Employees of the Ministry of Internal Affairs of Russia, 2012. 151 p.

10. Operational-search activity and criminal procedure: training manual / Under total. ed. V.V. Chernikova, V. Ya. Kikotya. M.: INFRA-M, 2002. Pp. 22–23.

11. Judgment of the ECtHR of 27 November 2014 on applications nos. 20696/06, 22504/06, 41167/06, 6193/07 and 18589/07 in the case of Yeremtsov and others v. Russia.

12. Shatokhin I. D. Typical reasons for complaints to the Constitutional Court on the norms of the Federal Law "On Operational-Investigative Activities" // Operative (Detective). 2016. No. 2 (47). April. M.: Publishing house Shumilova I.I., 2016. Pp. 36–40.

13. Operational-search activity: Textbook. 2nd ed., Add. and revised / Ed. K. K. Goryainova, V. S. Ovchinsky, G. K. Sinilova, A. Yu. Shumilova. M.: INFRA-M, 2004. 848 p.

14. Dmitriev P. S. On the concept of an operational experiment, its main types and differences from the concept of an operational combination // Operational experiment: Questions of theory and practice: Collection of scientific papers. M., 2005. 64 p.

15. Subject of the crime / Dictionaries and encyclopedias on Academician // URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/ruwiki/673500> (access date: June 10, 2020).

16. Fundamentals of operational-search activity: a textbook in 2 volumes. Vol. 1: General part / [S. P. Zhdanov, O. G. Karpovich, E. S. Nedosekova et al.]: Foreword: V. B. Mantusova; edited by.: Shumilova A. Yu. - Lyubertsy: RIO of the Russian Customs Academy, 2020. P. 277.

17. Timoshenko I. V., Radachinsky S.N. Bribe Provocation and Operational Experiment: Correlation of Concepts // North Caucasian Legal Bulletin. 2009. No. 4. Pp. 81–87.

18. Kondratyev M. V., Znikin V. K. On provocation during operational-search activities "Test purchase" and "Operational experiment" // Operative (Detective). 2015. No. 2 (41). April. M.: Publishing house Shumilova II. Pp. 18–22.

19. Tagantsev N. S. Russian criminal law: lectures. Part General. In 2 volumes / Comp. and otv. ed. Zagorodnikov N. I.; RAS. Institute of State and Law. T. 1. M.: Nauka, 1994. 380 p.

20. Trubetskoy N. A. Provocation of crimes by law enforcement agencies is incompatible with the principles of international law // URL: <http://www.palata.ru/article-all/trubetskoy/provocation.html> (access date: June 10, 2020).

21. Review of judicial practice in criminal cases on crimes related to illicit trafficking in narcotic drugs, psychotropic, potent and poisonous substances: approved. Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation on June 27, 2012, p. 21 // URL: https://cdnimg.rg.ru/pril/article/63/85/78/Obzor_sudebnoj_praktiki.pdf (access date: June 10, 2020).

22. Kalinina A. L. Problematic issues and practice of using the operational experiment taking into account the judgments of the ECHR (on the example of corruption cases) // Legal Research. 2020. No. 10. Pp. 52–63.

23. Chechetin A. E. Problems of ensuring individual rights in the activities of the Federal Drug Control Service of Russia // Theory and practice of combating drug trafficking: Materials of the All-Russian scientific and practical conference. Leningrad Region: North-West Institute for Advanced Studies of the Federal Drug Control Service of Russia, 2010. P. 34.

24. Vlasikhin V. Operation "Abskem": bugs, beacons and a sting in the fight against corruption // Clean hands. 1999. No. 3. Pp. 39–52.

25. Shatokhin I. D. Typical reasons for complaints to the Constitutional Court on the norms of the Federal Law "On Operational-Investigative Activities"// Operative (Detective). 2016. No. 2 (47). April. M.: Publishing house Shumilova I.I., 2016. Pp. 36–40.

26. Judgment of the ECHR of December 15, 2005 on complaint No. 53203/99 "Vanyan v. Russian Federation"// Consultant Plus.

27. Judgment of the ECHR of October 26, 2006 in case No. 59696/00 "Khudobin v. Russian Federation"// Consultant Plus.

28. Judgment of the ECHR of June 9, 1998 on complaint No. 44/1997/828/1034 in the case "Teixeir de Castro v. Portugal"// Consultant Plus.