

## ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

УДК 343

DOI 10.17223/23088451/7/17

О.В. Садчикова

### РАЗЛИЧНЫЕ ВИДЫ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЙ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ И ГАРАНТИИ ПРОТИВ ПОДОБНЫХ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЙ

Статья посвящена вопросам пробелов в регулировании оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации и ее соответствия международным обязательствам. Автор выделяет четыре проблемных области: санкционирование оперативных мероприятий и контроль за их проведением, использование агентов в оперативных мероприятиях и фиксация результатов ОРМ, доступ стороны защиты к делу оперучета и отмечает недостаточность существующего нормативного регулирования, порождающего безграничные возможности для злоупотреблений.

**Ключевые слова:** провокация, санкционирование оперативных мероприятий, агенты, прокурорский надзор за ОРД, текущий судебный контроль над ОРМ.

В течение довольно длительного периода времени в правовом регулировании проведения оперативно-розыскных мероприятий наблюдается неудовлетворительная ситуация.

Изменениями, внесенными ФЗ от 24.07.2007 года в ст. 5 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается: подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (провокация) и фальсифицировать результаты оперативно-розыскной деятельности.

Уголовная ответственность за фальсификацию результатов оперативно-розыскной деятельности была введена в Уголовный кодекс РФ только через 5 лет, когда ст. 303 УК РФ «Фальсификация доказательств» была дополнена частью 4 – фальсификация результатов оперативно-розыскной деятельности лицом, уполномоченным на проведение оперативно-розыскных мероприятий, в целях уголовного преследования лица, заведомо не причастного к совершению преступления, либо в целях причинения вреда чести, достоинству и деловой репутации.

Вместе с тем, как следует из п. 34 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2013 года. № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и иных коррупционных преступлениях» от преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ (провокация взятки), следует ограничивать подстрекательские действия сотрудников правоохранительных органов, спровоцировавших должностное лицо или лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации, на принятие взятки или предмета коммерческого подкупа. Как говорится в Постановлении Пленума, указанные действия совершаются в нарушение требований ст. 5 Федерального закона от 12 августа 1995 года

№ 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» и состоят в передаче взятки или предмета коммерческого подкупа с согласия или по предложению должностного лица либо лица, выполняющего управленческие функции в коммерческой или иной организации, когда такое согласие либо предложение было получено в результате склонения этих лиц к получению ценностей при обстоятельствах, свидетельствующих о том, что без вмешательства сотрудников правоохранительных органов умысел на их получение не возник бы и преступление не было бы совершено.

Судебной практике известны случаи возбуждения уголовных дел и осуждения оперативных сотрудников по статьям «Злоупотребление должностными полномочиями» и «Провокация взятки либо коммерческого подкупа». Мониторинг прессы позволяет утверждать, что по сравнению с количеством случаев осуждения за получение взятки случаи привлечения к уголовной ответственности сотрудников правоохранительных органов являются единичными. Между тем при отсутствии общих гарантий от злоупотреблений на стадии проведения оперативно-розыскных мероприятий очевидно, что при наличии лишь только уголовной санкции злоупотребления будут происходить с регулярностью и лишь незначительная доля недобросовестных сотрудников правоохранительных органов будут привлечены к ответственности. А сколько людей будут осуждены в результате нераспознанных провокаций и фальсификаций?

О каких гарантиях идет речь?

#### Санкционирование оперативных мероприятий

В первую очередь речь идет о необходимости контроля над процессом получения санкции на проведение оперативных мероприятий. В настоящее

время этот вопрос отнесен к ответственности единственного должностного лица – руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, на которого в соответствии со ст. 8 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» возложена обязанность утверждения постановления о проведении проверочной закупки или контролируемой поставки предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативного эксперимента или оперативного внедрения должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а равно лиц, оказывающих им содействие.

Надзор за исполнением требований Федерального закона от 12 августа 1995 года «Об оперативно-розыскной деятельности» осуществляет прокуратура в соответствии с Приказом Генерального прокурора РФ от 15 февраля 2011 года № 33 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов при осуществлении оперативно-розыскной деятельности».

Согласно различным данным, проверки соблюдения требований ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» в поднадзорных органах осуществляются прокуратурами два раза в квартал, а по делам оперативного учета, заведенным с целью раскрытия тяжких и особо тяжких преступлений против личности, ежемесячно. Несмотря на эту важную работу, такая деятельность осуществляется по факту выполненных оперативных мероприятий, выборочно и носит преимущественно заявительный характер. То есть говорить о системной работе, а тем более прозрачной, предсказуемой и контролируемой процедуре получения санкции на проведение оперативных мероприятий не приходится. Максимальным образом эти гарантии могут быть реализованы лишь тогда, когда вопрос получения санкции на основе конкретных фактических данных будет решаться судом, то есть при наличии текущего судебного контроля. В Постановлении, вынесенном 30 апреля 2015 года «Сергей Лебедев и другие против Российской Федерации», Европейский суд по правам человека указал: «19. Суд повторяет, что отсутствие в Российской правовой системе четких и предсказуемых процедур принятия решений о возможности санкционирования проверочных закупок остается одной из структурных проблем, которая подвергает заявителей опасности произвольных действий полиции и не позволяет национальным судам производить эффективную судебную проверку доводов о провокации». Идентификация провокаций как структурного явления позволила Европейскому суду по правам человека рассматривать дела о провокации в упрощенном порядке как дела-клоны. В настоящее время максимальная длительность проведения оперативных мероприятий, кроме контроля телефонных переговоров, не регламентирована. В то же время лучшие практики других государств показывают, что на этапе санкционирования оперативного экспе-

римента устанавливается срок его проведения. Это означает, что если в течение установленного судом срока подозрения не подтвердились, оперативные мероприятия должны быть прекращены.

### Использование агентов

Ряд дел, изученных на предмет наличия контроля за деятельностью агентов, свидетельствуют о том, что их деятельность либо не контролируется оперативными сотрудниками, либо оперативные сотрудники, осуществляя фактический контроль и инструктирование, не документируют инструктаж надлежащим образом и не заботятся о том, что бы действия агента не выходили за рамки «пассивного поведения». Во всех случаях совместная деятельность оперативного сотрудника и агента не может быть проверена никаким независимым органом в момент ее осуществления на соответствие требованиям о недопустимости подстрекательства. В таких делах в лучшем случае в материалах оперативно-розыскной деятельности имеется расписка о том, что лицу, участвующему в оперативном мероприятии, разъяснено о недопустимости провокации.

Инвизивные методы расследования сильно увеличивают риск перехода от пассивного наблюдения к активным подстрекательским действиям. Представляется, что агенты должны привлекаться только при невозможности прибегнуть к другим методам раскрытия преступлений, например в тех случаях, когда при наличии конкретной проверяемой информации о начавшейся преступной деятельности предполагаемые правонарушители используют методы конспирации, не позволяющие зафиксировать факт приготовления к совершению преступления и обычное наблюдение и контроль телефонных переговоров становятся малоэффективными. В то же время деятельность привлеченных агентов должна контролироваться так, чтобы обеспечить текущий или последующий независимый контроль. Следующим образом описывается ситуация из дела «Лагутин и другие против Российской Федерации», в которой ЕСПЧ установил нарушение права на справедливое судебное разбирательство в части, касающейся привлечения агента и контроля за его деятельностью оперативными сотрудниками: «С. (оперативный сотрудник) сообщил, что Х. (агент) было поручено внедриться в группу, но он не был обязан раскрыть методы своей секретной работы и не сообщал начальству о способах своей связи с заявителями до проверочных закупок и в перерывах между ними. В частности, С. не знал и не интересовался, как Х. достиг соглашения с заявителями по поводу приобретения наркотиков. Он не знал, был ли инициатором сделки Х. или один из заявителей».

Если рассматривать то, какие практики используются в других государствах, то мы увидим, что привлечение агентов сопряжено с необходимостью получения дополнительных разрешений от суда или прокурора. Кроме того, такие разрешения действу-

ют строго ограниченный период времени. На практике это означает, что инструктаж и контроль за деятельностью агента осуществляется судьей, а не оперативным сотрудником, и детально фиксируется в протоколе судебного заседания или иным образом.

В наиболее вопиющих известных случаях сотрудники правоохранительных органов вкупе с агентами не гнушаются подпаиванием своих жертв алкогольными напитками, манипулируют чувствами жалости и сострадания, заставляют лиц, которых они сами хотят видеть в качестве посредников для передачи взяток должностным лицам, искать незаконные пути решения проблем мнимых предпринимателей, мотивируя их тем, что многократно – даже в сотни раз превышая суммы предполагаемых взяток по сравнению с издержками при получении государственных и муниципальных услуг законным путем и аналогичных предложений на рынке, нацеливают своих жертв только на выбор незаконного пути поведения, загоняя их в ловушку обмана, шантажируют возможностью привлечения к уголовной ответственности близких родственников, осведомленных вольно или невольно о происходящем.

Не удивительно, что оперативные подразделения открещиваются от таких «агентов», а следователи, занимающиеся расследованием уголовных дел, не спешат устанавливать их личности и заниматься их поиском. С большой долей вероятности лицо, не установленное в рамках оперативных мероприятий и не установленное и не допрошенное в ходе следствия и не явившееся в суд, может быть скрытым агентом, как оно могло быть в ситуации, описанной в Постановлении ЕСПЧ по делу «Веселов и другие против России»: «110. Суд ... учитывает факт, установленный в национальном разбирательстве, что заявитель контактировал с X. через посредника «Руслана». Несмотря на роль последнего в негласном мероприятии, это лицо не было допрошено в разбирательстве по делу заявителя, по-видимому, потому, что власти не смогли установить его личность». Соответственно важный элемент ускользнул от национальной оценки вопроса о предполагаемой провокации.

#### **Аудио- и видеофиксация хода оперативного эксперимента**

В ряде изученных дел имеется следующая картина: вся деятельность агента с самого начала не фиксируется, в том числе и после того момента как «появляется» его согласие на участие в оперативном эксперименте, под аудио и видеозапись проводится лишь последний этап оперативного мероприятия, собственно передача денег лицу, в отношении которого проводятся оперативные мероприятия. В такой ситуации риски утраты возможности принять объективное решение с учетом всех обстоятельств дела очень велики. Вместо объективной аудио и видеофиксации мы получаем доказательства, которые очень легко поддаются изменению – или в результате

давления, или в результате страха такого давления – это свидетельские показания. Под страхом уголовного преследования такие свидетели – речь прежде всего идет о предполагаемых посредниках – способны на какой угодно оговор, лишь бы улучшить свое положение. Единственное, что может быть противопоставлено оговору – это объективная аудио и видеофиксация. Понимая это, должностные лица, хоть в какой-то мере ответственные за принятие каких-либо решений, обеспечивают на рабочих местах полную аудио и видеофиксацию путем установки видеорегистраторов и камер видеонаблюдения, иногда даже и за свой счет, тайно от сотрудников и подчиненных, избегают любого общения на рабочие темы в нерабочей обстановке, устанавливают программы записи телефонных переговоров на свои мобильные и рабочие телефоны, что бы застраховать себя от возможных провокаций и оговора. Выход видится в очень ограниченном использовании в доказывании свидетельских показаний агентов и посредников, приоритет должен быть отдан аудио и видеозаписи. Использование же свидетельских показаний должно быть возможно только в исключительных случаях, когда при наличии другой конкретной и проверяемой информации лицо, в отношении которого проводятся оперативные мероприятия применяет методы конспирации. В некоторых случаях использование аудио и видеотехники в принципе невозможно или крайне затруднительно.

При проведении оперативных мероприятий с того момента, когда аудио и видеофиксация становится возможной, она должна быть инициирована и получены необходимые разрешения. Эта позиция вытекает из Постановления ЕСПЧ «Веселов и другие против России»: «123. ... Не фиксировалась начальная стадия операции, когда Z. звонила заявителю по указаниям милиционеров и в их присутствии и просила его продать ей наркотики, и их дальнейшие телефонные разговоры также не записывались. Результат данного упущения оказался таким же, как и в двух других случаях, то есть органы власти лишились возможности доказать наличие у заявителя умысла на совершение преступления» и п. 110. «... Кроме того, содержание телефонных разговоров «Руслана» с X. не принималось во внимание, так как они не были записаны. Не были записаны или иным образом зафиксированы переговоры участников сделки, прослушанные милицией во время проверочной закупки. Европейский суд учитывает необходимость санкционирования таких записей судом. Тем не менее из материалов дела не следует, что время на проверочную закупку было недостаточным или что существовали иные препятствия для получения подобного разрешения, тогда как полученные таким образом доказательства имели бы высокую доказательную силу для оценки наличия у заявителя умысла на совершение преступления».

Весь объем законно полученной информации должен быть в последующем представлен в материалы уголовного дела для того, чтобы суд в по-

следствии смог вынести справедливое решение, в том числе и проверив, не перешел ли агент-информатор грань и не превратился ли из пассивного участника оперативного мероприятия в агента-provokatora.

Мы неоднократно наблюдали ситуации, когда при наличии сведений об аудио- и видеофиксации оперативных мероприятий (они иногда обрывочные) в материалах уголовных дел не оказывается этих доказательств, сторона обвинения ссылается на то, что копии и оригиналы по каким-то причинам утрачены. Оперативные службы объясняют это, как правило, либо тем, что аудио- или видеофиксация не проводилась, хотя имеются доказательства обратного, либо носитель утрачен в связи с технической ошибкой. В тех случаях, когда по таким фактам не проводятся служебные проверки и виновные не привлекаются к ответственности, очевиден вывод о согласованности таких действий с руководством и службами, ответственными за сохранность аудио- и видеозаписей. Комплексный выход из этой ситуации возможен только один – службы, проводящие контроль записи телефонных переговоров, должны быть структурно отделены от организаций, которые осуществляют оперативные мероприятия и расследование. В случае же аудио- и видеозаписи оперативных мероприятий оригиналы записей немедленно после проведения каждого этапа оперативного эксперимента должны сдаваться на хранение в отдельную структуру. При возможностях современной техники он-лайн фиксация независимым органом также не представляет никакого труда.

Такой контроль необходим над всеми этапами оперативного эксперимента для недопущения удаления оправдательной информации.

#### **Доступ к делу оперативного учета**

Пока все эти гарантии на практике не реализуются, суды при рассмотрении уголовных дел должны иметь возможность изучать дела оперативного учета. Европейским судом по правам человека в постановлении «Лагутин и другие против России» указано: «...121. Во всех уголовных делах, где полиция ссылалась на засекреченную информацию от секретных источников, уличающих заявителей в торговле наркотиками, задачей национального суда является проверка такой информации до первого контакта между агентом под прикрытием и подозреваемым, суд также должен получить доступ к содержанию такой информации и решить, может она быть раскрыта защите или нет. В обстоятельствах настоящего дела, заявление о провокации не могло быть проверено без запроса всех относящихся к делу материалов, касающихся предыдущей «оперативной информации», уличающей заявителей до начала оперативных мероприятий и допрос агентов под прикрытием о более ранних стадиях их внедрения. Однако суды не предприняли никаких попыток проверить доводы наркополицейских и приняли их

неподтвержденные заявления о том, что у них были достаточные причины для того, чтобы подозревать заявителей. Национальные суды отклонили заявление о провокации в нарушение их процессуальных обязанностей, указанных в прецедентном праве Суда (см., в частности, § 118 выше). Это упущение было особенно серьезным, учитывая важность юридического исследования заявлений о провокации, что является единственной гарантией против провокации, которую предусматривает российская система.

122. В таких делах, как рассматриваемые, решение вопроса о провокации неотделимо от вопроса вины заявителя и неспособность исследовать его компрометирует исход судебного процесса неправым образом. Это также не соответствует фундаментальным гарантиям права на справедливое судебное разбирательство, в частности принципам состязательного процесса и равенства оружия. Суды не обеспечили, чтобы сторона обвинения исчерпала обязанность бремени доказывания, доказав, что подстрекательство не имело место и неподобающим образом возложило обязанность доказывания на заявителей. Однако, поскольку «оперативная информация» не была раскрыта, заявителям было невозможно оспаривать его содержание и относимость, и это бремя невозможно было выполнить. Следовательно, заявители были поставлены в неравное положение со стороной обвинения, не имея аргументов для уравнивания своего положения, восстановления принципа равенства оружия и достижения общей справедливости судебного процесса».

Несмотря на то, что законом предусмотрена обязанность оперативных служб предоставить дело оперативного учета по требованию судьи, и эта обязанность зачастую не исполняется со ссылкой на государственную тайну, а в тех случаях, когда она предоставляется суду, защита все равно не имеет возможности изучить материалы со ссылкой на государственную тайну. Таким образом, вся ключевая информация об оперативных мероприятиях от защиты скрыта, говорить о равенстве сторон обвинения и защиты в таком процессе не приходится.

Никакого прогресса в этой сфере с момента вынесения первых постановлений Европейским судом по правам человека в 2005 году и до настоящего времени не достигнуто.

4 декабря 2015 года Европейский суд вынес очередное постановление, которым признаны значительные пробелы в регулировании оперативно-розыскной деятельности. В деле Романа Захарова против Российской Федерации ЕСПЧ постановил, что российское законодательство содержит ряд гарантий против злоупотреблений, однако эти гарантии недостаточны. Хотя злоупотребления возможны при любой системе организации негласных наблюдений, их вероятность особенно высока в такой системе, как в России, где правоохранительные органы имеют с помощью технических средств прямой доступ ко всем мобильным телефонным переговорам.

В частности, ЕСПЧ пришел к выводу, что российское законодательство не предоставляет адекватных и эффективных правовых гарантий в следующих сферах: оно недостаточно четко определяет ситуации, в которых правоохранительные органы имеют право использовать негласные оперативно-розыскные мероприятия (например, прослушивание телефонных переговоров), и ситуации, в которых данные мероприятия должны быть прекращены, а собранные данные уничтожены; процедура выдачи разрешений на прослушивание телефонных переговоров не предоставляет достаточных гарантий того, что прослушивание проводится только в тех случаях, когда это оправданно и необходимо; надзор за законностью проведения негласных оперативно-розыскных мероприятий неэффективен; отсутствуют эффективные средства обжалования. ЕСПЧ особенно подчеркнул, что эффективность имеющихся средств обжалования подрывается тем, что они доступны только тем людям, которые могут представить дока-

зательства прослушивания их телефонных переговоров. В отсутствие системы уведомления о прослушивании телефонных переговоров или возможности запросить информацию о прослушивании получить такие доказательства практически невозможно.

Подводя итог изложенному, необходимо заключить, что проблемы в регулировании оперативно-розыскной деятельности могут быть преодолены только комплексно при организации подлинно независимой судебной системы, которая сможет обеспечить уровень профессионализма и, одновременно, способность обеспечить надлежащую секретность делопроизводства при сохранении функции контроля за санкционированием и проведением оперативных мероприятий, включая начало проведения оперативного эксперимента, привлечение агентов и использование средств аудио- и видеозаписи. Очевиден и превентивный эффект последующего уведомления лица об оперативных мероприятиях, которые проводились в отношении него ранее.

#### VARIOUS FORMS OF ABUSE DURING OPERATIONAL SEARCH ACTIVITIES AND GUARANTEES AGAINST THEM

*Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law*, 2016, 1(7), 109–113. DOI 10.17223/23088451/7/17

*Sadchikova Oksana V.*, Advocatory Chamber of Stavropol Krai, Council of Europe HELP (Stavropol, Russian Federation). E-mail: sadchikov99@mail.ru

**Keywords:** provocation, authorizing operational activities, agents, public prosecutor's supervision of operational search activities, current judicial control of operational search activities.

The author identifies the problem areas in the existing regulation of the operational activities: authorization of operational activities and monitoring of their implementation, the use of agents in operational activities, audio and video recording of the results of operational search activities, access of the defense to the operational records. Lack of existing regulations on the operational search activities in the Russian Federation generates endless possibilities for abuse, which has been stated in a number of European Court of Human Rights decisions. The author proposes a set of measures to improve enforcement practices, such as the current judicial control over the authorization and carrying out of operational activities, the limited use of agents and the preferential use of audio and video fixation. In addition, the author notes the inequality of the rights of the defense and the prosecution when accessing the operational records and states the special role of the court in ensuring the rights of the defense.