

УДК 343.14

DOI 10.17223/22253513/16/13

**Т.В. Трубникова**

## **ЗАПРЕТ НА ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ДАННЫХ, ПОЛУЧЕННЫХ В РЕЗУЛЬТАТЕ ПРОВОКАЦИИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ, КАК ОДИН ИЗ ЭЛЕМЕНТОВ ПРАВА НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ, И ГАРАНТИИ ЕГО РЕАЛИЗАЦИИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РФ**

*В статье аргументировано, что запрет на использование данных, полученных в результате провокации преступления, является элементом конституционного права на судебную защиту. Анализ правоприменительной практики РФ, соотнесение ее с правовыми позициями ЕСПЧ позволили выявить основные ошибки, возникающие на практике при разграничении провокации и правомерного оперативно-розыскного мероприятия, предложить систему правовых и организационных гарантий реализации в уголовном процессе такого запрета.*

*Ключевые слова:* право на судебную защиту, право на справедливое судебное разбирательство, провокация преступления, допустимость доказательств.

Большинство ученых, обращающихся к проблематике ограничения правомерного оперативно-розыскного мероприятия от провокации преступления, выступают в той или иной форме против возможности привлечения лица к уголовной ответственности за деяние, совершенное им в результате провокации преступления, а также против использования в качестве доказательств виновности такого лица данных, полученных в ходе осуществления в его отношении мероприятия, носящего «провокационный», подстрекательский характер [1, 2, 3, 4, 5]. Такой подход соответствует доктрине, традиционно сложившейся в российской юридической науке [6. С. 43–45]. Более того, Б.В. Волженкин в своей работе четко сформулировал практически те же самые содержательные критерии ограничения провокации от правомерного оперативно-розыскного мероприятия [6], которые предлагает нам Европейский суд по правам человека [7, 8].

Тем не менее анализ деятельности ЕСПЧ по жалобам российских граждан, как и результаты изучения опубликованных судебных решений по уголовным делам и материалов уголовных дел, рассмотренных судами РФ, позволяет сделать вывод о распространенности в России проблемы, связанной с использованием в качестве доказательств виновности обвиняемого данных, полученных в результате проведения проверочных закупок либо оперативных экспериментов, имеющих признаки провокации преступления. В частности, ЕСПЧ к настоящему моменту вынесено уже 7 постановлений по жалобам 15 российских граждан на нарушение их прав, предусмотренных ст. 6 Конвенции, в связи с использованием в качестве доказательств их виновности данных, полученных в результате провокации преступления, совершенной правоохранительными органами или агентами, действующими под их контролем [9–15]. При этом ЕСПЧ признал, что в отношении 12 из 15 таких

заявителей Российской Федерации было допущено нарушение их права на справедливое судебное разбирательство. По оценке Секретариата ЕСПЧ, в настоящее время в производстве Суда находится еще свыше 150 российских жалоб, тема которых условно обозначается как «полицейская провокация» [16].

Согласно правовой позиции ЕСПЧ, отраженной в целом ряде его постановлений, само по себе использование агентов под прикрытием для сбора доказательств не нарушает право на справедливое судебное разбирательство. В то же время, по его мнению, публичные интересы не могут служить оправданием для использования доказательств, полученных в результате провокации со стороны полиции, поскольку это создает риск нарушения с самого начала права обвиняемого на справедливое судебное разбирательство [9, 10, 16]. Таким образом, запрет на использование в доказывании данных, полученных в результате провокации преступления, Европейский суд рассматривает как одно из обязательных составляющих, элемент права обвиняемого на справедливое судебное разбирательство.

Глава 2 Конституции РФ, наряду с правом каждого на судебную защиту (ст. 46 Конституции РФ), содержит правило, согласно которому при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона (ст. 50 Конституции РФ). В соответствии с положениями ч. 8 ст. 5 ФЗ РФ «Об оперативно-розыскной деятельности» органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается подстрекать, склонять, побуждать граждан в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий, т.е. провоцировать граждан на совершение преступлений. Таким образом, результаты оперативно-розыскных мероприятий, в ходе проведения которых были нарушены положения ч. 8 ст. 5 ФЗ РФ «Об оперативно-розыскной деятельности», не могут рассматриваться в качестве допустимых доказательств.

Возникают, однако, два вопроса: можно ли считать, что запрет на использование в доказывании данных, полученных в результате провокации преступления, является элементом конституционного права каждого на судебную защиту, и если да, то должны ли критерии ограничения провокации от правомерного оперативно-розыскного мероприятия, сформулированные ЕСПЧ, восприниматься и рассматриваться в России как обязательные, либо законодатель и правоприменительная практика РФ вправе сформулировать собственные критерии такого разграничения?

Попытка дать ответ на эти вопросы ведет к необходимости исследования проблемы, связанной с определением соотношения между нормами Конституции РФ (в их толковании, даваемом им Конституционным Судом РФ) и правилами, содержащимися в Конвенции о защите прав человека и основных свобод, ратифицированной РФ (в толковании, даваемом им Европейским судом по правам человека). Эта проблема в современной юридической литературе решается крайне неоднозначно. Часть авторов придерживаются позиции, согласно которой нормы Конституции РФ имеют приоритет перед положениями международных договоров, ратифицированных РФ [18, 19, 20]. Другие ученые отстаивают точку зрения, согласно которой, напротив, полу-

жения международных договоров, общепризнанные принципы и нормы международного права имеют приоритет перед национальными конституциями [21. С. 104–108; 22]. Наконец, третья точка зрения состоит в том, что (по крайней мере, когда речь идет о положениях главы 2 Конституции РФ) нормы международного права имеют силу не меньшую, чем конституционные нормы, и должны применяться наравне с ними [23. С. 24–51]. Согласно последней позиции нормы Конституции РФ должны толковаться Конституционным Судом РФ с учетом положений Европейской конвенции (в том их толковании, которое дает им ЕСПЧ).

Не имея в рамках данной статьи возможности подробно исследовать аргументы сторонников каждой из вышеуказанных позиций, укажем лишь, что наиболее верной нам представляется позиция тех ученых, которые считают, что в случаях, когда речь идет о правах человека, следует признать, что положения международных договоров, ратифицированных РФ, как минимум не ниже по своему значению, чем нормы Конституции РФ, и должны применяться наравне с ними. Такое толкование следует из положений ст. 2 Конституции РФ, согласно которой человек, его права и свободы являются высшей ценностью, ст. 17 Конституции РФ, в соответствии с которой в РФ «признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией», а также положений ст. 55 Конституции РФ, согласно которой «перечисление в Конституции РФ основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина». В случае же, если между нормами Конституции и положениями международных договоров в области прав человека и будет обнаружено то или иное рассогласование, то разрешение такой коллизии должно осуществляться исходя из того, какой из этих актов предусматривает больший объем прав человека и устанавливает более широкие их гарантии. В свое время, кстати говоря, Конституционный Суд РФ сформулировал именно такой подход к определению того, какая из конкурирующих правовых норм должна применяться в конкретном случае [24].

С учетом этого и должно определяться содержание права, предусмотренного ст. 46 Конституции РФ: право каждого на судебную защиту должно как минимум включать в себя все те элементы (и предусматривать не меньшие гарантии их реализации), которые Европейская конвенция (в толковании, даваемом ей ЕСПЧ) включает в содержание права на справедливое судебное разбирательство.

Такой же подход был сформулирован и Конституционным Судом РФ. Согласно ему: «...одним из основных элементов закрепленного ст. 46 Конституции Российской Федерации права на судебную защиту является право каждого в случаях спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему уголовного обвинения на справедливое публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом (п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод)» [25]. Отсюда все элементы права на справедливое судебное разбирательство одновременно являются и элементами конституционного права каждого на судебную защиту, в том числе и запрет на использование в доказывании данных,

полученных в результате провокации преступления. При этом, отграничиваая провокацию преступления от правомерной оперативно-розыскной деятельности, следует исходить из необходимости следовать именно тем критериям, которые сформулированы ЕСПЧ. Установление менее жестких критериев будет делать возможным использование в доказывании данных, полученных в результате провокации преступления, и тем самым нарушать право обвиняемого на судебную защиту. Напротив, установление более жестких критериев (или последствий их нарушения) способно затруднить судебную защиту публичных интересов и потому также недопустимо.

Следует поэтому установить, существуют ли в отечественной правоприменительной практике проблемы в применении критериев, сформулированных ЕСПЧ, и если да, то предложить необходимые гарантии их осуществления.

Анализ опубликованных судебных решений по уголовным делам и материалов уголовных дел, рассмотренных судами РФ, позволяет сделать вывод, что в деятельности оперативно-розыскных органов зачастую допускаются ошибки (нарушения), приводящие к несоответствию оперативно-розыскного мероприятия критериям его правомерности, сформулированным ЕСПЧ. Суды РФ в некоторых случаях адекватно реагируют на такие ошибки, исправляя допущенные нарушения права обвиняемого на судебную защиту, а в других случаях оставляют их без исправления. В частности:

1. В суд зачастую поступают уголовные дела, по которым доказательствами совершения обвиняемым преступления, вменяемого ему в вину, являются материалы, полученные в ходе проверочной закупки или оперативного эксперимента, не сопровожденные достаточными данными о том, что уже к моменту принятия решения о проведении ОРМ в распоряжении правоохранительных органов имелись подтвержденные сведения о том, что лицо приступило к осуществлению преступной деятельности или готовилось к ее совершению. Часто в деле имеется лишь утверждение сотрудников о том, что они располагали информацией о причастности лица к совершению преступления, в лучшем случае – показания анонимного информатора, которые фактически не могут быть проверены в суде. Суды вышестоящих инстанций, как мы уже указали выше, реагируют на такие нарушения различным образом.

Так, Гергерт Д.Н. был осужден судом первой инстанции по ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ. Кассационным определением приговор оставлен без изменения. Определением Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации (от 24 апреля 2012 г. № 50-Д12-10) ранее состоявшиеся в отношении Гергерта Д.Н. судебные решения были отменены в порядке надзора и дело прекращено за отсутствием в его действиях состава преступления. Принимая данное решение, суд учел следующее:

– из имеющихся в деле однотипных постановлений о проведении проверочных закупок следует, что оперативные мероприятия в отношении Гергерта каждый раз проводились на основании имевшейся у сотрудников УФСКН России информации о том, что мужчина по имени «Д.» занимается сбытом наркотических средств;

– в материалах дела отсутствуют сведения о том, что Гергерт занимается сбытом наркотических средств или готовится к нему; показания

оперуполномоченных УФСКН России, участвовавших в проведении проверочных закупок, о наличии оперативной информации о том, что Гергерт занимается сбытом наркотических средств, не подтверждены доказательствами;

– Гергерт согласился помочь в приобретении героина знакомому своего друга по его просьбе и за его деньги. Себе ничего не оставил, никакой выгоды для себя от помощи не получил.

С учетом этого судом надзорной инстанции был сделан вывод о том, что по делу отсутствовали свидетельства о том, что до принятия решения о проведении проверочной закупки у сотрудников правоохранительных органов были основания подозревать Гергерта в распространении наркотических средств.

Иная ситуация имела место по уголовному делу по обвинению Макарова А.А. в совершении преступления, предусмотренного ст. 33, чч. 5 и 2 ст. 228 УК РФ. Макаров А.А. был осужден. Кассационным определением приговор оставлен без изменения. В Определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации (от 25 октября 2011 г. № 7-Д11-7), которой уголовное дело было пересмотрено в порядке надзора, доводы жалобы адвоката о том, что в отношении Макарова была совершена провокация, были отвергнуты.

Свой вывод об отсутствии провокации суд при этом обосновал исключительно тем, что «основанием для проведения ОРМ послужила имеющаяся оперативная информация о том, что Макаров в группе с неустановленными лицами занимается сбытом наркотиков, которая подтвердилась в ходе проведения проверочной закупки». При этом в данном судебном акте не содержится ссылок на наличие в материалах дела хотя бы каких-то данных, которые бы подтверждали, что в распоряжении правоохранительных органов действительно имелись данные, подтверждающие, что Макаров А.А. действительно занимается сбытом наркотических средств или готовится к нему. Это позволяет обоснованно предположить, что наличие такой информации судом было презумировано только лишь на основании текста постановлений о производстве проверочной закупки и о внедрении К., чего явно недостаточно.

2. Материалы, полученные в ходе проверочной закупки или оперативного эксперимента, зачастую свидетельствуют о том, что имела место ситуация «ловушки»: правоохранительные органы не проверяли имеющуюся информацию об участии конкретного лица в преступной деятельности, а намерены были «поймать» любое лицо, которое совершил преступление в смоделированных ими условиях. Судебная реакция на подобные ситуации также бывает диаметрально противоположной. Это яствует, например, из сопоставления Обобщения Суда Ямalo-Ненецкого автономного округа [26. П. 4] и Постановления Президиума Ставропольского краевого суда по делу № 44у-787/13 [27].

3. В некоторых случаях изучение судебных решений и материалов уголовных дел позволяет сделать вывод о том, что совершение конкретного преступления было инициировано сотрудниками правоохранительных органов

(агентами, действующими под их контролем) и не совершилось бы без такой инициативы.

Судебная практика в этих случаях также строится различным образом:

Так, по делу по обвинению Глухова Д.М. в совершении преступления, предусмотренного п. 3 ч. 2 ст. 302 УПК РФ, суд первой инстанции пришел к выводу о том, что действия сотрудников правоохранительных органов по проведению оперативного эксперимента с участием З. явились провокационно-подстрекательскими, исключающими уголовную ответственность спровоцированного, склоненного к совершению соответствующего деяния должностного лица за получение взятки, и оправдал Глухова Д.М. за отсутствием состава преступления. Данное судебное решение было оставлено в силе Судебной коллегией по уголовным делам Верховного Суда РФ, рассматривавшей дело в кассационном порядке. При этом суд кассационной инстанции в своем определении от 31 января 2012 г. № 11-О12-1 указал: «...отсутствуют доказательства того, что до вмешательства З. и Х. у органа, проводившего оперативно-розыскные мероприятия, были основания подозревать Глухова в получении взяток. Простое заявление сотрудников полиции Х. и С. в суде о том, что они располагали секретной информацией о получении Глуховым взяток, которая не была представлена суду, не может быть принято во внимание».

Оперативно-розыскной орган не ограничился пассивным фиксированием предполагаемой преступной деятельности Глухова, а инициировал проведение оперативно-розыскного мероприятия с участием З., хотя ничего не предполагало, что деяние было бы совершено без его вмешательства».

При этом суды первой и кассационной инстанций также учили, что З. (заявивший о том, что Глухов вымогает у него взятку) не являлся, по существу, лицом, непричастным к деятельности правоохранительных органов. В частности, в кассационном определении было отмечено, что З. выступал представителем ООО, реквизиты которого использовались для проведения оперативно-розыскных мероприятий в отношении Глухова, **без ведома руководителя данного общества Я.** При этом З. не являлся работником этого общества, доверенность ему не выдавалась, полномочиями по заключению договоров от имени ООО не наделялся. Тем не менее в ходе оперативно-розыскных мероприятий З. от имени ООО встречался с Глуховым, обсуждал с ним вопросы покупки лома металла, а затем подписал договор купли-продажи, **не имея намерений и возможностей выполнения договорных обязательств.** Суд не сделал прямо вывод о том, что Глухов являлся негласным сотрудником правоохранительных органов, однако фактически склонился именно к такому истолкованию ситуации.

Данная позиция судов первой и кассационной инстанции, очевидно, соответствует правовым позициям ЕСПЧ, полицейская операция обоснованно признана провокацией, поскольку не соблюден ни критерий наличия в отношении Глухова объективных подозрений, ни критерий этапа преступной деятельности, на котором было допущено вмешательство правоохранительных органов, поскольку эти органы сами (в лице З.) инициировали преступную деятельность.

В то же время в Кассационном определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ (от 17 июня 2010 г. № 18-O10-17) отвергнут довод защиты о том, что в отношении осужденного Караурова имела место провокация взятки.

Защита ссылалась, в частности, на то, что информация о том, что Караулов потребовал взятку за предоставление Ч. возможности проведения экспертизы промышленной безопасности башенного крана без проведения капитально-восстановительного ремонта, поступила в правоохранительные органы со стороны Ч. Между тем Ч. фактически действовал в интересах полиции, по ее указанию и под ее контролем. Защита обосновывала это обстоятельство, ссылаясь на заключение эксперта, согласно которому подпись от имени Б. в договоре, акте и доверенности на имя Ч. выполнены не Б., Б. не был допрошен в судебном заседании (поскольку согласно рапорту, имеющемуся в деле, определить его местонахождение не представилось возможным), Ч. не имел необходимых документов на башенный кран, никакого строительства не велось, разрешений на строительство не выдавалось. Добавим, что, помимо этого, свидетель Я., заместитель начальника отдела по борьбе с коррупцией, пояснил в судебном заседании, что все встречи Ч. и Караурова контролировались их отделом.

Суд отверг доводы защиты, ссылаясь на наличие в деле нотариально заверенной копии доверенности на имя Ч., заключения судебной экспертизы, в соответствии с которым на бланках индивидуального предпринимателя Б., которые Ч. передавал Караулову, подпись от имени Б. выполнена «вероятно Б.», а также основываясь на том, что Б., хотя и не был допрошен в суде, на предварительном следствии дал показания, «которые не противоречат выводам, установленным судом». Представляется, что с учетом правовой позиции ЕСПЧ, согласно которой расследование преступления в пассивной форме имеет место тогда, когда полиция вступила в дело после обращения к ней частного лица, не являвшегося представителем государства, не действовавшего в интересах полиции по ее указанию или под ее контролем, вывод о том, что лицо, инициировавшее своим сообщением оперативно-розыскное мероприятие, являлось действительно «частным лицом», должен быть установлен «вне разумного сомнения». Обоснование же данного судебного акта не позволяет с уверенностью исключить возможность того, что Ч. действовал изначально по указанию или под контролем правоохранительных органов, был негласным сотрудником или осведомителем. В такой ситуации вывод суда о правомерности проведенного в отношении Караурова оперативного эксперимента видится как минимум требующим дополнительного обоснования.

4. В ряде случаев отсутствуют достаточные данные, позволяющие убедиться в отсутствии давления на лицо с целью побуждения его к совершению преступления, либо, напротив, имеются данные, свидетельствующие о наличии неоднократных звонков агента такому лицу или встреч с ним, уговоров, апелляции к жалости, повышении обещаемой суммы вознаграждения и наличии подобных действий, свидетельствующих об отсутствии в действиях обвиняемого признака добровольности в том его понимании, которое дано в постановлениях ЕСПЧ. Европейский суд, напомним, полагает, что необходимость проведения расследования в основном пассивным способом, в частно-

сти, исключает любое поведение, которое может расцениваться как давление, оказанное на заявителя с целью совершения им преступления, такое как инициативный контакт с заявителем, повторное предложение после первоначального отказа, настоятельные требования, повышение цены по сравнению с обычной и т.п.

5. Оперативно-розыскные органы в недостаточной степени документируют процедуру подготовки и проведения ОРМ (и деятельность агентов, действующих под их контролем). Предварительные переговоры агента с лицом, в отношении которого проводится ОРМ, а также сам ход проведения соответствующего мероприятия зачастую не фиксируются с помощью технических средств, что не позволяет впоследствии установить достаточно точно степень инициативы правоохранительных органов в совершении преступления и наличие/отсутствие давления на лицо, в нем участвующее.

ЕСПЧ в своих решениях сформулировал ряд процессуальных требований, предъявляемых к деятельности суда в тех случаях, когда подсудимый в судебном заседании сделал заявление о том, что в отношении его имела место провокация преступления. Однако такие требования судами РФ далеко не всегда соблюдаются, результатом чего и становится, на наш взгляд, рассмотренные выше нарушения права на судебную защиту. В частности, в ходе судебного разбирательства по ряду дел, где имело место заявление о провокации, судебная проверка заявления стороны защиты о наличии провокации осуществляется лишь формально, не носит состязательного, основательного, полного характера. В том числе:

– обязанность доказывания наличия провокации фактически перелагается на сторону защиты;

– сторона защиты не имеет возможности ознакомиться со всеми сведениями, необходимыми ей для отстаивания довода о провокации (например, происходит безосновательное скрытие сведений о личности лиц, которые якобы предоставили оперативно-розыскным органам информацию о совершении обвиняемым преступлений, послужившую основанием для проведения ОРМ);

– оперативные сотрудники и свидетели, которые могли бы дать показания по вопросу провокации, иногда вообще не заслушиваются судом.

Основные причины широкой распространенности вышеперечисленных ошибок видятся в следующем:

I. Критерии отграничения провокации от правомерного оперативно-розыскного мероприятия, сформулированные в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 № 24 (ред. от 03.12.2013 г.) «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» и от 15 июня 2006 г. № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» (ред. от 23.12.2010 г.), не соотнесены с правовыми позициями ЕСПЧ и не вполне им соответствуют.

Так, согласно разъяснениям, предложенным в п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2006 г. № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» (ред. от

23.12.2010 г.), результаты оперативно-розыскного мероприятия могут быть положены в основу приговора, если они получены в соответствии с требованиями закона и свидетельствуют о наличии у виновного умысла на незаконный оборот наркотических средств, сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений, а также о проведении лицом всех подготовительных действий, необходимых для совершения противоправного деяния. Такие разъяснения не вполне соответствуют позициям ЕСПЧ, поскольку позволяют использовать в доказывании результаты ОРД, выявившие «латентный преступный умысел», не свидетельствуя при этом о проявлении лицом реального, определенного преступного намерения до момента проведения проверочной закупки.

Например, в *Определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации (от 12 апреля 2011 г. № 24-Д11-1) правомерность проведения проверочной закупки в отношении Мудревского И.А. мотивирована, в частности, тем, что умысел Мудревского И.А. на сбыт наркотиков сформировался независимо от деятельности оперативных сотрудников. Об этом, по мнению суда, «свидетельствует тот факт, что он хранил наркотическое вещество и сразу согласился на предложение его сбыть». Основой для данного вывода суда послужило то обстоятельство, что после обращения А., участковавшего в проверочной закупке, к Мудревскому последний согласился ему помочь и предложил проехать за коноплей к ферме, расположенной на окраине. На ферме он взял банку из-под кофе, в которой было немного конопли, которую он ранее оборвал с дикорастущих растений, и передал А.* В данном случае можно усомниться в том, что у Мудревского ранее, независимо от деятельности оперативных сотрудников, сформировался умысел на сбыт наркотиков, поскольку ничто в судебном решении не подтверждает, что конопля, которую он ранее оборвал с дикорастущих растений и хранил в кофейной банке на ферме, действительно предназначалась для продажи. Представляется, что здесь имеет место как раз тот самый случай, когда можно говорить о выявлении в деятельности лица «латентного преступного умысла», а не о проявлении им реального, определенного преступного намерения.

Согласно п. 34 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 № 24 (ред. от 03.12.2013 г.) «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» действия сотрудников правоохранительных органов можно считать провоцирующими в случае, если они совершаются в нарушение требований ст. 5 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 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 управлеческие 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. Данное разъяснение Верховного Суда РФ, верно обращая внимание судов на необходимость проверки наличия/отсутствия добровольности в действиях должностного лица,

все же не в достаточной мере отражает правовые позиции ЕСПЧ относительно критериев ограничения провокации взятки от правомерного оперативно-розыскного мероприятия, не ориентируя суды на необходимость проверки других критериев, помимо критерия добровольности, в частности, на проверку того, имелись ли у органа, осуществляющего ОРМ, достаточные основания для проведения такого мероприятия.

В настоящее время правовые позиции Верховного Суда РФ по данному вопросу меняются, приходя в целом в большее соответствие с требованиями ЕСПЧ. Так, в Обзоре судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 27 июня 2012 г.), критерии, сформулированные ранее в Постановлении Пленума ВС РФ от 15 июня 2006 г. № 14, фактически были несколько скорректированы, истолкованы в смысле, более, чем ранее, приближенном к правовым позициям ЕСПЧ. Кроме того, в этом Обзоре содержится ссылка не только на правовую позицию, сформулированную в данном Постановлении Пленума Верховного Суда РФ, но и одновременно на правовые позиции Европейского суда по правам человека, сформулированные в ряде его постановлений.

В п. 7.1 данного Обзора требование законности проведения проверочной закупки истолковано более широко, чем ранее: необходимо не только издание постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, но и дополнительно «для проведения указанного ОРМ требуются **данные, свидетельствующие о незаконной деятельности лица, в отношении которого планируется провести закупку**, а также следует **закрепить эти данные**», придать им такую процессуальную форму, которая позволит в будущем признать их доказательствами по делу». В п. 7.2 данного Обзора Верховный Суд РФ одобрил практику тех судов, которые признавали наличие провокации со стороны оперативных работников в случаях, когда до проведения оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка» у правоохранительных органов **не было оснований подозревать лицо в распространении наркотических средств** и было установлено, что сам сбыт наркотического средства явился результатом вмешательства оперативных работников.

Очевидно, что позиция Верховного Суда РФ более, чем раньше, тяготеет теперь к соответствию ее с правовыми позициями ЕСПЧ относительно необходимости собирания органом доказывания предварительно, до проведения проверочной закупки, данных, дающих основание для существования **объективных подозрений** в том, что лицо задействовано в преступной деятельности или предрасположено к совершению преступления, оформления этих данных в форме, которая может быть исследована судом, а также относительно необходимости проверки судом этих данных. В то же время с сожалением приходится отметить, что единственный приведенный в Обзоре пример несоответствия ОРМ закону касается ситуации, в которой постановление о проведении ОРМ было вынесено четырьмя днями позже проведения проверочной закупки. Таким образом, позиция Верховного Суда РФ, закрепленная в Обзоре судебной практики, относительно необходимости существования в результатах

ОРД данных, свидетельствующих о незаконной деятельности лица, в отношении которого планируется провести закупку, а также о правильном закреплении этих данных, не подтверждена ссылкой на положительные или отрицательные примеры из судебной практики, а потому не в достаточной мере позволяет сориентировать суды относительно того, каких данных может быть достаточно (или недостаточно) для признания ОРМ правомерным и в какой форме они должны быть оформлены для исследования судом.

Распространенность в практике «повторных проверочных закупок» вызвала насущную необходимость выработки Верховным Судом РФ позиции по вопросу об их допустимости. В настоящее время позиция Верховного Суда РФ по данному вопросу нашла отражение как в судебных актах по конкретным делам, рассмотренным (пересмотренным) Верховным Судом РФ, так и в уже упоминавшемся Обзоре судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 27 июня 2012 г.). Эта позиция включает:

1) общее правило о недопустимости проведения повторных проверочных закупок. Этот вывод мотивирован Верховным Судом РФ следующим образом: задачами оперативно-розыскной деятельности являются обнаружение, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений. Проведение однотипных оперативно-розыскных мероприятий – «проверочных закупок» в отношении одного и того же лица – может свидетельствовать о том, что вопреки задачам оперативно-розыскной деятельности оперативные работники не изобличают данное лицо и не пресекают совершение им преступлений (а, напротив, способствуют совершению новых преступлений). В таких условиях результаты повторных ОРМ не могут использоваться в доказывании, поскольку получены с нарушением закона и ст. 6 Европейской конвенции. Данное правило представляется абсолютно обоснованным и заслуживающим всемерной поддержки;

2) одновременно Верховный Суд РФ предложил и случаи, в которых отступления от этого общего правила будут правомерными, а результаты повторных «проверочных закупок» – допустимыми доказательствами виновности лица в совершении новых преступлений. Это ситуации, в которых соблюдены следующие условия:

а) повторное проведение ОРМ вызывалось необходимостью, в частности, для достижения следующих целей: пресечения и раскрытия организованной преступной деятельности и установления всех ее соучастников, выявления преступных связей участников незаконного оборота наркотических средств, установления каналов поступления наркотиков, выявления производства, установления места хранения наркотиков. Повторное проведение ОРМ допустимо, по мнению Верховного Суда РФ, также когда в результате проведенного ОРМ не были достигнуты его цели (например, сбытчик наркотического средства догадался о проводимом мероприятии);

б) вынесено новое мотивированное постановление, утвержденное руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность;

- в) имелась оперативно значимая информация, подтверждающая необходимость проведения повторного ОРМ;
- г) в результате проведенного повторного ОРМ получены новые результаты, соответствующие целям его проведения.

Представляется, что критерии правомерности проведения повторных «проверочных закупок», сформулированные Верховным Судом РФ, далеко не в полной мере отвечают критериям ограничения правомерного ОРМ от провокации, предложенным ЕСПЧ. В частности:

1. Верховный Суд РФ фактически ставит правомерность повторного ОРМ в зависимость от полученных результатов: были ли в итоге выявлены соучастники, обнаружено ли место хранения наркотических средств и т.п. Тем самым правоохранительные органы в проведении повторных ОРМ ориентируются фактически «на авось», считая возможным проведение таких мероприятий без достаточных оснований в надежде, что им «повезет», и в результате ОРМ будут установлены новые обстоятельства, а стало быть, уже проведенное мероприятие приобретет «по факту» характер правомерного. Такой подход способствует расширению числа случаев «провоцирования» лица на совершение новых эпизодов противоправного поведения вместо своевременного пресечения его преступной деятельности.

2. ЕСПЧ, считая вполне допустимым проведение полицейских операций «поискового» характера, направленных в том числе на обнаружение преступной деятельности, считает, что «последующее использование данного источника информации в судебном разбирательстве – совсем другое дело, и оно приемлемо лишь при наличии достаточных средств защиты от судебного произвола» [28. П. 53] и что в этих целях могут быть использованы только результаты тех ОРМ, которые не являются провокацией (относя к таковым только мероприятия, направленные на документирование той деятельности лица, о противоправном характере которой уже имеется достаточно информации). Таким образом, для доказывания виновности лица могут использоваться только результаты оперативно-розыскных мероприятий, имеющих характер документирования уже известной его деятельности. Результаты же «поисковых» мероприятий могут служить тогда лишь для установления соучастников, мест хранения наркотических средств и пр., но не для доказывания виновности лица в совершении новых преступлений. Представляется поэтому, что перечень целей, для достижения которых возможно проведение «повторных» проверочных закупок в отношении того же лица, чтобы привести его в соответствие с правовыми позициями ЕСПЧ, должен быть сужен. Допустимыми доказательствами виновности лица могут служить только результаты таких ОРМ, которые не являются, по существу, повторными: либо если в результате «первичного» ОРМ не были достигнуты его цели (например, сбытчик наркотического средства догадался о проводимом мероприятии, не удалось проникнуть в дом и т.д.), либо если ОРМ проводится в отношении того же лица, но по другому основанию (например, есть объективные основания полагать, что лицо совершает, кроме сбыта наркотических средств, их незаконное изготовление или производство, содержит притон для потребления наркотических средств).

3. Особо хочется отметить те случаи, когда в ходе «повторных» ОРМ происходит выявление факта соучастия в совершении преступления другого лица. В этом случае проверочная закупка фактически осуществляется в отношении лица, которое не было упомянуто в постановлении о проведении ОРМ (и в отношении которого до ее проведения отсутствовали объективные подозрения об участии его в этой преступной деятельности). Результаты такого оперативно-розыскного мероприятия ни в коем случае не могут являться доказательством виновности «нового» лица, поскольку в отношении его явно не соблюдены условия правомерности оперативно-розыскного мероприятия, как содержащиеся в правовых позициях ЕСПЧ, так и вытекающие из Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2006 г. № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами».

С учетом этого представляется, что в Обзоре судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ, приведен явно неудачный пример «обоснованного проведения нескольких проверочных закупок», из которого не следует, что в отношении обвиняемых были соблюдены все условия правомерности оперативно-розыскного мероприятия.

Представляется, что формулировки критериев разграничения провокации и правомерного оперативно-розыскного мероприятия, содержащиеся в актах высшего судебного органа РФ, а также предлагаемые Верховным Судом РФ в качестве образца примеры из практики должны быть безусловно приведены в соответствие с правовыми позициями ЕСПЧ.

II. В РФ часто происходит смешение в одном ОРМ поисковых задач и задачи документирования участия конкретного лица в совершении преступления. Безусловно, имеется необходимость в проведении в ряде случаев ОРМ, результат которых заранее не известен. Однако органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, настроены на то, что если в результате проверочной закупки или оперативного эксперимента, произведенных с поисковыми целями, подтвердилась гипотеза о склонности лица к совершению преступления (например, оно приняло деньги или согласилось продать наркотик), то данный результат должен стать основанием для возбуждения уголовного дела/уголовного преследования и использован в качестве доказательства вины. К этому их, в частности, побуждает действующая система оценки их деятельности, а также отношение Верховного Суда к «повторным» проверочным закупкам, сформулированное в уже упомянутом выше Обзоре судебной практики. Между тем, как мы уже показали ранее, ЕСПЧ «разводит» вышеуказанные цели и исключает возможность использования в доказывании виновности лица результатов «поисковых» мероприятий.

В то же время, по нашему мнению, результаты проведенного «поискового» оперативно-розыскного мероприятия могут в дальнейшем, при подтверждении их другими данными, являться обоснованием для проведения нового ОРМ в отношении того же лица, но уже направленного на документирование его преступной деятельности. Такое новое оперативно-розыскное мероприятие не может при этом, на наш взгляд, рассматриваться как «повторное», а

его результаты вполне могут быть использованы для обоснования виновности лица, не нарушая его права на судебную защиту и на справедливое судебное разбирательство.

Для восприятия этой идеи и реализации ее в практической деятельности необходимо:

- изменить оценки деятельности оперативно-розыскных органов;
- скорректировать правовую позицию Верховного Суда РФ относительно допустимости «повторных» проверочных закупок.

III. Необоснованность проведения ОРМ и неполная их фиксация связаны, как представляется, с отсутствием действенного независимого контроля за данным видом деятельности. ЕСПЧ пришел к аналогичному выводу (в Постановлении по делу «Веселов против РФ»): в России имеется системная проблема, заключающаяся в отсутствии ясной и предсказуемой процедуры получения санкции на проверочные закупки, а также в отсутствии независимого контроля (судебного или прокурорского) за обоснованностью и порядком проведения ОРМ. Сравнив нашу систему с практикой иных государственных участников, Европейский суд установил, что в 21 из 22 государств, практику которых он обобщил, проведение проверочной закупки и подобных негласных мероприятий находится под независимым контролем.

Думается, что установление такого независимого контроля действительно необходимо. Некоторые авторы считают, что такой контроль должен осуществляться судом [3. С. 55–57]. Мы полагаем, что возложение на суд непосредственного контроля за осуществлением ОРМ нерационально и может привести к формированию у судьи преждевременного мнения по делу. Поэтому осуществление действенного контроля за обоснованностью и порядком проведения таких ОРМ, как проверочная закупка и оперативный эксперимент, должно быть возложено на органы прокуратуры с предоставлением им законом соответствующих полномочий.

IV. Качество судебной проверки заявлений о провокации при рассмотрении уголовного дела в суде первой инстанции во многом зависит от позиции вышестоящих судебных органов, ее ясности, определенности и устойчивости.

Еще 4–7 лет назад суды РФ зачастую фактически не исследовали вопрос о том, не являются ли результаты ОРД, использованные в доказывании по уголовным делам, результатом провокации со стороны правоохранительных органов, даже если сторона защиты ссылалась на данное обстоятельство. В других случаях суд вообще отказывался разграничивать провокацию и правомерное оперативно-розыскное мероприятие. Так, в надзорном определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 9 апреля 2008 г. по делу № 52-Д07-12 указано: «Действия сотрудников правоохранительных органов, связанные с производством проверочных закупок в целях раскрытия и предупреждения преступной деятельности, связанной с распространением наркотических средств, не может рассматриваться как провокационные действия сотрудников милиции». В настоящее время суды вышестоящих судебных инстанций в случае заявления стороны защиты о том, что имела место провокация преступления, как правило, с большей или меньшей полнотой исследуют этот вопрос и отражают в судебном решении те критерии, которыми они руководствовались, так или иначе ограничивая провока-

цию от правомерного мероприятия, а также перечисляют те фактические данные, с учетом которых они пришли к выводам о наличии/отсутствии отдельных критериев провокации в рассматриваемом деле. В то же время, как мы уже показали ранее в данной статье, судебная практика по рассматриваемому вопросу в настоящее время не устоялась, она разнообразна, зачастую непоследовательна и противоречива.

Изучение опубликованной судебной практики показывает, что Верховный Суд РФ, действуя в качестве суда вышестоящей инстанции, делает выводы о наличии или отсутствии провокации в действиях органов дознания, основываясь на различных критериях и используя различные подходы, иногда точно и последовательно воспроизводя правовые позиции ЕСПЧ и принимая решение в соответствии с ними, иногда воспринимая их только частично, а иногда – и действуя без их учета и даже вопреки им. С учетом этого необходимой гарантией реализации права обвиняемого на судебную защиту способно стать формирование единой судебной практики по вопросу исключения из числа доказательств обвинения результатов ОРМ, имеющих признаки провокации преступления.

Дополнительной процессуальной гарантией исключения использования в доказывании данных, полученных в результате провокации, может быть внесение в уголовно-процессуальный закон правила, согласно которому суд обязан исключить из числа доказательств по уголовному делу данные, полученные в результате провокации, а также дополнение УПК РФ правилами проверки заявления о провокации, включающими, в частности, положение об обязательности раскрытия стороне защиты необходимых данных и положение о возложении бремени доказывания отсутствия провокации на сторону обвинения.

Подводя итог изложенному, представляется, что необходимость реализации в уголовном судопроизводстве права каждого на судебную защиту требует появления целого ряда дополнительных правовых и организационных гарантий, которые в своей совокупности должны будут разрешить существующую в настоящий момент в РФ системную проблему распространенности ситуаций, связанных с использованием при обосновании виновности обвиняемого данных, полученных в результате ОРМ, имеющего (или, возможно, имеющего) характер провокации преступления.

#### *Литература*

1. Назаров А.Д. Провокации в оперативно-розыскной деятельности. М.: Юрлитинформ, 2010. 152 с.
2. Курченко В. Отграничение провокации от действий при пресечении преступлений // Законность. 2004. № 4. С. 10–12.
3. Астафьев Ю.В. Оперативный эксперимент и провокация: критерии разграничения // Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ): материалы международ, науч.-практ. конф. Екатеринбург, 2005. Ч. 1. С. 51–57.
4. Савинский А.В., Бакун В.М. Разграничение оперативного эксперимента и провокации взятки // Законность. 2010. № 7. С. 46–49.
5. Комиссаров В.С., Яни П. Провокационно-подстрекательская деятельность в отношении должностного лица как обстоятельство, исключающее ответственность за получение взятки // Законность. 2010. № 9. С. 3–8.

6. Волженкин Б.В. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? // Российская юстиция. 2001. № 5. С. 43–45.
7. Трубникова Т.В. Отграничение провокации от правомерного оперативно-розыскного мероприятия в практике ЕСПЧ и судов РФ // Уголовный процесс. 2012. № 10. С. 26–35.
8. Трубникова Т.В. Отграничение провокации от правомерного оперативно-розыскского мероприятия в практике ЕСПЧ и судов РФ // Уголовный процесс. 2012. № 12. С. 44–52.
9. Постановление ЕСПЧ по делу «Ваньян (Vanyan) против Российской Федерации» от 15 декабря 2005 г. (жалоба № 53203/99) // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. Справ. правовая система. Версия Проф, сетевая. Электр. дан. (39 кб.). М.: АО «КонсультантПлюс», 1992. Режим доступа: компьютер. сеть Науч. б-ки Томского гос. ун-та, свободный (дата обращения: 20.03.2015).
10. Постановление ЕСПЧ по делу «Худобин против Российской Федерации» от 26 октября 2006 г. (жалоба № 59696/00) // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. Справ. правовая система. Версия Проф, сетевая. Электр. дан. (39 кб.). М.: АО «КонсультантПлюс», 1992. Режим доступа: компьютер. сеть Науч. б-ки Томского гос. ун-та, свободный (дата обращения: 20.03.2015).
11. Постановление ЕСПЧ по делу «Банникова против Российской Федерации» от 4 ноября 2010 г. (жалоба № 18757/06) // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. Справ. правовая система. Версия Проф, сетевая. Электр. дан. (39 кб.). М.: АО «КонсультантПлюс», 1992. Режим доступа: компьютер. сеть Науч. б-ки Томского гос. ун-та, свободный (дата обращения: 20.03.2015).
12. Постановление ЕСПЧ по делу «Веселов и другие против Российской Федерации» от 2 октября 2012 г. (жалобы № 23200/10, 24009/07 и 556/10) // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. Справ. правовая система. Версия Проф, сетевая. Электр. дан. (39 кб.). М.: АО «КонсультантПлюс», 1992. Режим доступа: компьютер. сеть Науч. б-ки Томского гос. ун-та, свободный (дата обращения: 20.03.2015).
13. Постановление ЕСПЧ по делу «Лагутин и другие против Российской Федерации» от 24 апреля 2014 г. (жалобы № 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 и 7451/09) [Электронный ресурс]. URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (дата обращения: 07.04.2015).
14. Постановление ЕСПЧ по делу «Носко и Нефедов против Российской Федерации» от 30 января 2015 г. (жалобы № 5753/09 и 11789/10) [Электронный ресурс]. URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (дата обращения: 07.04.2015).
15. Постановление ЕСПЧ по делу «Волков и Адамский против Российской Федерации» от 26 марта 2015 г. (жалобы № 7614/09 и 30863/10) [Электронный ресурс]. URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (дата обращения: 07.04.2015).
16. Брэйди Н. Использование результатов оперативно-розыскных мероприятий в уголовном процессе в свете решений ЕСПЧ по жалобам в отношении Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 5. С. 30–35.
17. Постановление ЕСПЧ по делу «Тейшейра де Кастро (Teixeira de Castro) против Португалии» от 9 июня 1998 г. (жалоба № 44/1997) [Электронный ресурс]. URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (дата обращения: 07.04.2015).
18. Тиунов О.И. Международное право и правовые позиции Конституционного Суда РФ // Журнал российского права. 2011. № 10. С. 82–96.
19. Корольков П.А. Влияние практики Европейского суда по правам человека в сфере толкования и применения конвенционных уголовно-процессуальных норм на развитие международного права и российского законодательства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 27 с.
20. Безруков А.В. Конституция, Основной закон и международный договор: правовая природа и соотношение // Конституционное и муниципальное право. 2005. № 7. С. 9–11.
21. Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс. М.: Городец-издат., 2004. 624 с.
22. Лукьянова Е. Конституционный Суд против Совета Европы [Электронный ресурс]. URL: <http://www oprf ru/blog/?id=440> (дата обращения: 07.04.2015).
23. Морицакова Т.Г. Доктринальные основы имплементации международных стандартов прав и свобод средствами конституционного правосудия // Судебное правоприменение в России: о должном и реальном. М.: Р. Валент, 2010. 312 с.

24. *Определение Конституционного Суда РФ от 8 ноября 2005 г. № 439-О «По жалобе граждан С.В. Бородина, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. Справ. правовая система. Версия Проф, сетевая. Электр. дан. (39 кб.). М.: АО «КонсультантПлюс», 1992. Режим доступа: компьютер. сеть Науч. б-ки Томского гос. ун-та, свободный (дата обращения: 20.03.2015).*

25. *Определение Конституционного Суда РФ от 11.07.2006 № 352-О «По запросу Промышленного районного суда города Оренбурга о проверке конституционности части шестой статьи 162 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. Справ. правовая система. Версия Проф, сетевая. Электр. дан. (39 кб.). М.: АО «КонсультантПлюс», 1992. Режим доступа: компьютер. сеть Науч. б-ки Томского гос. ун-та, свободный (дата обращения: 20.03.2015).*

26. *Обобщение практики рассмотрения уголовных дел коррупционной направленности за 2012 г. и 1-е полугодие 2013 г. в судах Ямало-Ненецкого автономного округа // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. Справ. правовая система. Версия Проф, сетевая. Электр. дан. (39 кб.). М.: АО «КонсультантПлюс», 1992. Режим доступа: компьютер. сеть Науч. б-ки Томского гос. ун-та, свободный (дата обращения: 20.03.2015).*

27. *Постановление Президиума Ставропольского краевого суда от 5 декабря 2013 г. по делу № 44у-787/13 // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. Справ. правовая система. Версия Проф, сетевая. Электр. дан. (39 кб.). М.: АО «КонсультантПлюс», 1992. Режим доступа: компьютер. сеть Науч. б-ки Томского госуд. ун-та, свободный (дата обращения: 20.03.2015).*

28. Постановление ЕСПЧ по делу «Раманаускас (Ramanauskas) против Литвы» от 05.02.2008 г. (жалоба № 74420/01) // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. Справ. правовая система. Версия Проф, сетевая. Электр. дан. (39 кб.). М.: АО «КонсультантПлюс», 1992. Режим доступа: компьютер. сеть Науч. б-ки Томского гос. ун-та, свободный (дата обращения: 20.03.2015).

*Trubnikova Tatiana V.* Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation).

DOI 10.17223/22253513/16/13.

## **PROHIBITION TO USE THE DATA OBTAINED IN CONSEQUENCE OF CRIME PROVOCATION AS ONE OF THE ELEMENTS OF THE RIGHT TO JUDICIAL PROTECTION AND THE GUARANTEES FOR ITS REALIZATION IN CRIMINAL LAW OF THE RUSSIAN FEDERATION**

**Key words:** right to judicial protection, right to a fair trial, provocation of crime, admissibility of evidence.

The analysis of the European Court of Human Rights (ECHR) activity and the results of judicial practice in the Russian Federation enable us to conclude that there is a widespread problem in Russia connected with the use of data obtained in consequence of crime provocation as the proof of guilt of the accused. However, prohibition to use the data obtained in consequence of crime provocation is one of the elements of the right of the accused to a fair trial.

The author substantiates that all elements of the right to a fair trial serve as elements of the constitutional right to judicial protection including the prohibition to use the data obtained in consequence of crime provocation. Drawing a line between crime provocation and legal operative search activity, it is necessary to rely upon the criteria formulated by the ECHR.

Having analyzed the law enforcement practice in Russia, the author came to the conclusion that operative search bodies often make mistakes (commit violations) that result in inconsistency between operative search activity and the criteria formulated by the ECHR. Courts in the Russian Federation sometimes correct these mistakes but sometimes ignore them. The article identifies the basic mistakes of law enforcement bodies and courts when they use the results of provocation in order to prove the guilt of the accused; analyses the reasons for such mistakes and proposes the system of legal and organizational guarantees to minimize the number of mistakes. The guarantees include: 1) bringing the wordings and criteria of provocation and a legal investigative operation contained in the Acts of the Supreme Court of the Russian Federation into line with legal positions of the ECHR; 2) securing the inadmissibility of using the results of an investigative operation having a search character (unlike the investigative operation to document the participation of a particular person in the commission of a crime) as evidence. It is necessary to change the assessments for the activity of investigative bodies and coordinate a legal position of the Supreme Court of the Russian Federation in relation to the ad-

missibility of “repeated” test purchases; 3) introduction of effective control over substantiality and order of such investigative operations as a test purchase or an operative experiment and attachment of such control to the prosecution agencies; 4) formation of a uniform judicial practice connected with the exclusion from the prosecution evidence of those results of investigative operations that have the characteristics of crime provocation; inclusion of the prohibition to use the data obtained in consequence of crime provocation and the rules for checking the applications for provocation into criminal procedural law.

### **References**

1. Nazarov, A.D. (2010) *Provokatsii v operativno-rozysknoy deyatel'nosti* [Provocations in operation and search activity]. Moscow: Yurlitinform.
2. Kurchenko, V. (2004) Otgranichenie provokatsii ot deystviy pri presechenii prestupleniy [Delimitation of provocation from actions of crime suppression]. *Zakonnost'*. 4. pp. 10-12.
3. Astafev, Yu.V. (2005) [A sting operation and provocation: Differentiation criteria]. *Pyat'desyat let kafedre ugovolovnogo protsessa UrGYuA (SYuI)* [Fifty years of the Criminal Procedure Department of the Urals State Law Academy]. Proc. of the International Research Conference. Vol 1. pp. 51-57. (In Russian).
4. Savinskiy, A.V. & Bakun, V.M. (2010) Razgranichenie operativnogo eksperimenta i provokatsii vzyatki [Differentiation between the sting operation and provocation of bribery]. *Zakonnost'*. 7. pp. 46-49.
5. Komissarov, V.S. & Yani, P. (2010) Provokatsionno-podstrekatel'skaya deyatel'nost' v otnoshenii dolzhnostnogo litsa kak obystoyatel'stvo, isklyuchayushchee otvetstvennost' za poluchenie vzyatki [Provocation and instigation toward the official as a valid legal defense against bribery]. *Zakonnost'*. 9. pp. 3-8.
6. Volzhenkin, V.B. (2001) Dopustima li provokatsiya kak metod bor'by s korruptsiyey? [Can provocation be used to fight against corruption?]. *Rossiyskaya yustitsiya*. 5. pp. 43-45.
7. Trubnikova, T.V. (2012) Otgranichenie provokatsii ot pravomernogo operativno-rozysknogo meropriyatiya v praktike ESPCh i sudov RF [Delimitation of provocation from legitimate operational and search activities in the practice of the European Court of Human Rights and the courts of the Russian Federation]. *Ugovolovnyy protsess*. 10. pp. 26-35.
8. Trubnikova, T.V. (2012) Otgranichenie provokatsii ot pravomernogo operativno-rozysknogo meropriyatiya v praktike ESPCh i sudov RF [Delimitation of provocation from legitimate operational and search activities in the practice of the European Court of Human Rights and the courts of the Russian Federation]. *Ugovolovnyy protsess*. 12. pp. 44-52.
9. Resolution of the European Court of Human Rights in the case “Vanyan v. Russia” of December 15, 2005 (Application no. 53203/99). [Online] Available from: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=20181>. (Accessed: 20th March 2015). (In Russian).
10. Resolution of the European Court of Human Rights in the case “Khudobin v. Russia” of October 26, 2006 (Application no. 59696/00). [Online] Available from: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=14784;dst=0;ts=349DECAB2173D44D263735ECB7A7ACFB;rnd=0.6157603170722723>. (Accessed: 20th March 2015). (In Russian).
11. Resolution of the European Court of Human Rights in the case “Bannikova v. Russia” of November 4, 2010 (Application no. 18757/06). [Online] Available from: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=201573>. (Accessed: 20th March 2015). (In Russian).
12. Resolution of the European Court of Human Rights in the case “Veselov and others v. Russia” of October 2, 2012 (Applications no. 23200/10, 24009/07 and 556/10). [Online] Available from: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=307260>. (Accessed: 20th March 2015). (In Russian).
13. Resolution of the European Court of Human Rights in the case “Lagutin and others v. Russia” of April 24, 2014 (Applications no. 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 and 7451/09). [Online]

Available from: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. (Accessed: 7th April 2015). (In Russian).

14. Resolution of the European Court of Human Rights in the case “Nosko and Nefedov v. Russia” of January 30, 2015 (Applications no.5753/09 and 11789/10). [Online] Available from: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. (Accessed: 7th April 2015). (In Russian).

15. Resolution of the European Court of Human Rights in the case “Volkov and Adamski v. Russia” of March 26, 2015 (Applications no. 7614/09 and 30863/10). [Online] Available from: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. (Accessed: 7th April 2015]. (In Russian).

16. Breydi, N. (2013) The use of the results of the operational-search activities in the criminal proceedings in the light of the ECHR judgments in respect of Russia. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya – Journal of constitutional Justice*. 5. pp. 30-35. (In Russian).

17. Resolution of the European Court of Human Rights in the case “Teixeira de Castro v. Portugal” of June 9, 1998 (Application no. 44/1997). [Online] Available from: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. (Accessed: 7th April 2015).

18. Tiunov, O.I. (2011) International law and the legal position of the Constitutional Court of the Russian Federation. *Zhurnal rossiyskogo prava – Journal of Russian Law*. 10. pp. 82-96. (In Russian).

19. Korol'kov, P.A. (2011) *Vliyanie praktiki Evropeyskogo suda po pravam cheloveka v sfere tolkovaniya i primeneniya konventional'nykh ugovolovno-protsessual'nykh norm na razvitiye mezhdunarodnogo prava i rossiyskogo zakonodatel'stva* [The impact of the European Court of Human Rights in the interpretation and application of the conventional rules of the criminal procedure on the development of international law and Russian legislation]. Abstract of Law Cand. Diss. Moscow.

20. Bezrukov, A.V. (2005) Konstitutsiya, Osnovnoy zakon i mezhdunarodnyy dogovor: pravovaya priroda i sootnoshenie [The constitution, the Basic Law and international treaty: the legal nature and value]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo – Constitutional and Municipal Law*. 7. pp. 9-11.

21. Neshataeva, T.N. (2004) *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo i mezhdunarodnyy grazhdanskiy protsess* [Private international law and international civil procedure]. Moscow: Gorodets.

22. Lukyanova, E. (2015) *Konstitutsionnyy Sud protiv Soveta Evropy* [The Constitutional Court against the Council of Europe]. [Online] Available from: <http://www.oprf.ru/blog/?id=440>. (Accessed: 7th April 2015]. (In Russian).

23. Morshchakova, T.G. (2010) *Sudebnoe pravoprimenenie v Rossii: o dolzhnom i real'nom* [Judicial enforcement in Russia: what should be and what is]. Moscow: R. Valent.

24. Decision 439-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of November 8, 2005 On the complaint of S.V. Borodin, V.N. Burobin, A.V. Bykovsky and others about the violation of their constitutional rights by Articles 7, 29, 182 and 183 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation. [Online] Available from: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=57939>. (Accessed: 20th March 2015). (In Russian).

25. Decision 352-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 11, 2006 On the request of the Promyshlenny District Court of Orenburg on the constitutionality of Part 6 of Article 162 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation. [Online] Available from: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=63977>. (Accessed: 20th March 2015]. (In Russian).

26. The summary of criminal trials of corruption for 2012 and the 1st half of 2013 in the courts of Yamalo-Nenets Autonomous District. [Online] Available from: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=SOJ;n=771188>. (Accessed: 20th March 2015]. (In Russian).

27. Resolution of the Presidium of the Stavropol Regional Court of December 5, 2013 in Case 44u-787/13. [Online] Available from: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=SOJ;n=794802>. (Accessed: 20th March 2015). (In Russian).

28. Resolution of the European Court of Human Rights in case “Ramanaukas v. Lithuania” of February 5, 2008 (Application no. 74420/01). [Online] Available from: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=72387>. (Accessed: 20th March 2015). (In Russian).