

ББК 67.629.42

Э.Х. Пашаева, С.Э. Воронин

Некоторые вопросы использования результатов оперативно-разыскной¹ деятельности при постановлении приговора

E.Kh. Pashaeva, S.E. Voronin

Some Questions to Use the Results of Operational and Investigative Activities in Verdict

Впервые предпринимается попытка разработки алгоритма судебной проверки доказательств, полученных на основе результатов оперативно-разыскной деятельности, для их использования при постановлении приговора; формулируются требования к содержанию судебного решения на проведение оперативно-разыскных мероприятий, ограничивающих права граждан; показывается весьма интересная проблема проверки и оценки законности таких судебных решений при рассмотрении уголовного дела по существу; высказываются собственные суждения и выводы, показываются проблемы правоприменения и ставятся справедливые вопросы, требующие своего изучения.

Ключевые слова: результаты оперативно-разыскной деятельности, приговор, доказательства, судьи, провокация.

Современная судебная практика при постановлении приговоров все чаще и шире, наряду с традиционными процессуальными доказательствами, использует доказательства, полученные на основе результатов оперативно-разыскной деятельности (далее – ОРД). К такому выводу позволяют прийти результаты проведенного нами исследования, в ходе которого было изучено 280 приговоров по уголовным делам, связанным с незаконным оборотом наркотиков и взяточничеством и возбужденным на основании материалов ОРД, а также опрошено более 200 судей судов общей юрисдикции.

Анализ изученных приговоров показал, что в 48,3% из них делалась ссылка на результаты ОРД как на обстоятельства, подтверждающие собранные доказательства, а 51,7% приговоров были основаны на совокупности как процессуальных доказательств, так и доказательств, базирующихся на результатах ОРД. Столь активное использование доказательств,

¹ Написание слова *оперативно-разыскной* дано в соответствии с современными правилами русского языка. См.: Правила русской орфографии и пунктуации. Полный академический справочник / под ред. В.В. Лопатина. М., 2006. С. 53 (§40). В цитатах и документах орфография сохранена. – *Прим. ред.*

For the first time the article makes an attempt to develop an algorithm of judicial review of the evidence obtained on the basis of operational and investigative activities to use them in the verdict. The authors formulate requirements for the content of the judgment to carry out operational and investigative measures restricting the rights of citizens, show a very interesting problem of testing and assessing legitimacy of judgments during submitting criminal case on the merits; express their own opinions and conclusion, show problems of enforcement and put fair questions which require a study.

Key words: results of operational and investigative activities, verdict, evidence, judge, provocation.

основанных на результатах ОРД, при постановлении приговоров отнюдь не свидетельствует об отсутствии в правоприменительной деятельности проблем реализации оперативных материалов, которые нуждаются в своем разрешении.

Проведенный нами опрос судей показал, что у респондентов из различных субъектов России сложилось неоднозначное отношение к допустимости использования результатов ОРД при постановлении приговора. Так, 70% из числа опрошенных судей отметили, что положительно относятся к использованию результатов ОРД при постановлении приговора, остальные же 30% респондентов не приемлют использование последних при постановлении итогового решения суда.

Анализ результатов опроса судей позволил выявить основные причины, в силу которых доказательства, полученные на основе результатов ОРД, признаются недопустимыми и отвергаются судьями в процессе их судебного исследования. К числу таких причин относятся следующие:

– допускаемые сотрудниками оперативных подразделений нарушения порядка проведения оператив-

но-разыскных мероприятий (ОРМ) и документально закрепления их результатов;

– несоблюдение порядка представления результатов ОРД следователю и некачественное их оформление;

– недостаточно полная проверка представленных результатов ОРД в процессе предварительного расследования;

– провокация преступления со стороны сотрудников органов, осуществляющих ОРД.

С целью исключения ситуаций, влекущих утрату юридической силы доказательств, полученных на основе результатов ОРД, требуется соблюдение целого ряда обязательных условий, к числу которых следует прежде всего отнести надлежащее документальное оформление процесса подготовки и производства ОРМ, результаты которых планируется использовать в доказывании. В представляемых следователю и суду оперативно-служебных документах должны быть отражены все необходимые атрибуты и сведения, позволяющие сделать вывод об обоснованности и законности проведенного ОРМ.

Если мероприятие проводилось на основании постановления, то оно должно быть утверждено уполномоченным на то должностным лицом – руководителем органа, осуществляющего ОРД, или его заместителем с точным отражением его должности и фамилии. К сожалению, на практике встречаются случаи, когда вместо подписи руководителя, чья фамилия указана в постановлении, ставится подпись некоего исполняющего обязанности руководителя, чья компетенция на такого рода действия никакими документами не подтверждается. В таких случаях суду надлежит проверить полномочия должностного лица, утвердившего постановление на проведение ОРМ.

Обязательным атрибутом постановления является дата его вынесения и срок, на период которого оно действует. Следует признать недопустимым и незаконным вынесение постановления после фактического проведения ОРМ, поскольку закон этого не предусматривает. Вызывают также большие сомнения в законности случаи проведения ОРМ по истечении длительного времени после вынесения постановления, если об этом прямо в нем не оговорено.

Постановление на проведение ОРМ должно быть обоснованным, т.е. в нем должны быть указаны конкретные сведения, дающие основания полагать, что то или иное лицо осуществляет действия преступного характера и признаки какого преступления они содержат. Исходя из этого, в постановлении должна быть предельно конкретно сформулирована цель планируемого мероприятия, а также указаны сведения о лице, в отношении которого будет проводиться данное ОРМ. Если мероприятие планируется в отношении неустановленных лиц, то об этом следует прямо указать в постановлении.

В соответствии с межведомственной Инструкцией [1] при представлении таких результатов должно выноситься постановление о рассекречивании оперативно-служебных документов с указанием должностного положения того лица, кем оно вынесено, и о передаче материалов следователю.

Соблюдение изложенных требований позволит обеспечить необходимые формальные условия для использования доказательств, полученных на основе результатов ОРД, при постановлении приговора.

Достаточно много проблем возникает с использованием доказательств, полученных на основе результатов ОРМ, ограничивающих конституционные права личности. Как известно, для производства таких ОРМ Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – ФЗ об ОРД) устанавливает необходимость получения судебного решения, тем самым обеспечивая предварительный судебный контроль за их законностью и обоснованностью. Порядок и процедуру судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав и свобод граждан при проведении ОРМ регламентирует ст. 9 ФЗ об ОРД, в которой определяется и территориальная подсудность, зависящая от места проведения мероприятий или от места нахождения органа, ходатайствующего об их проведении. Соблюдение территориальной подсудности, установленной в ст. 9 ФЗ об ОРД, является одной из гарантий обеспечения законности вынесенного судом решения о производстве ОРМ, ограничивающих конституционные права личности.

Вопросам подсудности рассмотрения материалов, ограничивающих конституционные права граждан при проведении ОРМ, уделено внимание в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 1993 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением ст. 23 и 25 Конституции РФ», в котором подчеркивается, что к числу судов, которым рекомендовано принимать к своему рассмотрению материалы, подтверждающие необходимость ограничения прав граждан в результате ОРМ, отнесены вышестоящие суды [2]. Вопрос о допустимости подсудности вышестоящему суду становился предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ, который указал, что «территориальность действия вышестоящих судов (областных, краевых и др.) гораздо шире; они могут рассматриваться как суды по месту нахождения ходатайствующего органа, и как суды по месту проведения ОРМ» [3].

Как свидетельствует судебная практика, материалы о проведении ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, рассматриваются, как правило, в краевых, областных, городских судах (в городах федерального значения). В частности, такая практика преобладает в Алтайском крае, где обозначенные материалы (до возбуждения уголовного дела) рассматривают судьи Алтайского краевого суда.

Аналогичная позиция усматривается в практике судов Воронежской, Свердловской, Новосибирской областей и в Республике Алтай [4].

Несомненно, что рассмотрение именно вышестоящими судами ходатайств о проведении ОРМ, ограничивающих конституционные права, повышает гарантии законности принимаемых решений. В то же время эти гарантии снижает отсутствие законодательной процедуры рассмотрения таких ходатайств.

Несмотря на отсутствие прямых законодательных требований, на наш взгляд, судья обязан при рассмотрении ходатайств о получении разрешения на проведение ОРМ, ограничивающих конституционные права личности, дополнительно убедиться в законности и обоснованности проведения такого мероприятия. В рамках судебного разбирательства это может быть достигнуто посредством осуществления допроса сотрудника, представившего ходатайство, путем истребования представления дополнительных сведений, и лишь после того суд сможет прийти к выводу о наличии достаточных оснований для удовлетворения ходатайства. При этом, как указывает Конституционный Суд РФ, в силу части четвертой статьи 9 Федерального закона «Об оперативно-разыскной деятельности» принимаемое судом решение должно быть мотивированным, содержащим ссылки на конкретные обстоятельства, подтверждающие как наличие признаков подготавливаемого, совершаемого или совершенного тяжкого или особо тяжкого преступления либо события или действия (бездействия), создающего угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации, так и причастность лица, в отношении которого планируется проведение ОРМ, к данному преступлению или событию. При принятии такого решения подлежат учету и оценке также иные обстоятельства, обуславливающие необходимость производства того или иного мероприятия [5; 6].

В научной литературе справедливо отмечалось, что все факты, на которые опирается суд при выдаче разрешения на проведение ОРМ, должны найти соответствующее отражение в выносимом им постановлении. В нем, по мнению исследователей, необходимо указывать следующие сведения: данные о признаках замышляемого или подготавливаемого преступления; данные о лице, в отношении которого необходимо провести ОРМ; сведения о виде и месте проведения мероприятия; характер информации, которую предполагается получить; указание, какому органу предписывается проведение мероприятия, срок действия постановления, а также порядок и основания его продления [7, с. 6–7]. В дополнение к указанным обстоятельствам представляется целесообразным в резолютивной части судебного решения на проведение ОРМ отражать

также согласие суда на рассекречивание данного постановления в случае представления материалов ОРД следователю для использования в процессе доказывания. Это необходимо для того, чтобы обеспечить гарантированные Конституцией РФ право обвиняемого на ознакомление со всеми документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы (ст. 24, ч. 2), а также право на судебную защиту (ст. 46, ч. 1), предполагающее доступ стороны защиты к исследованию первоисточников всех обвинительных доказательств в условиях состязательности уголовного судопроизводства [8, с. 13].

Небезынтересным в контексте рассматриваемого вопроса представляется поиск ответа на вопрос, каким образом следует поступить суду, если будет заявлена жалоба на законность и обоснованность судебного решения, санкционирующего производство ОРМ, ограничивающего конституционные права? Проблема заключается в том, что оконченное производством уголовное дело подлежит рассмотрению судом первой инстанции, а судебное решение, на основании которого проводилось ОРМ, выносится судом вышестоящего уровня. На наш взгляд, в этой ситуации суд, рассматривающий уголовное дело, не вправе подвергать ревизии основания и законность изначально предшествовавшего судебного решения, ставшего основанием производства данного ОРМ, так как нарушаются пределы соблюдения судебной компетенции, а потому он может отказать заинтересованной стороне в рассмотрении заявленного ходатайства. Если же жалоба, помимо оспаривания законности судебного решения, содержит оспаривание законности производства действий оперативных сотрудников при проведении ОРМ, санкционируемых судебным решением, то в этой части суд вправе удовлетворить заявленное ходатайство. При этом суду для рассмотрения поступившей жалобы надлежит провести закрытое судебное заседание с соблюдением требования секретности, после чего результат рассмотрения в совокупности с другими доказательствами может быть использован в дальнейшем при рассмотрении уголовного дела по существу.

Проведенное нами исследование показало, что одной из распространенных причин, препятствующих использованию доказательств, полученных на основе результатов ОРД, при постановлении приговора является установление судом признаков провокации преступлений в действиях оперативных сотрудников. Так, при рассмотрении в городском суде г. Горно-Алтайска уголовного дела, возбужденного в отношении сбытчика наркотиков, было установлено, что участник проверочной закупки отказался от приобретения наркотиков и вернул полученные денежные средства, а от его имени вы-

ступил сотрудник полиции, участие которого документально оформлено не было (денежных средств он не получал и не был досмотрен). Подписи в протоколах следственных действий выполнены им от чужого имени.

В этой связи суду при исследовании доказательств, полученных на основе результатов ОРД, предстоит провести обязательную проверку обоснованности и законности проведенного ОРМ на предмет того, имела ли место провокация преступления и возник ли умысел независимо от правоприменителя. К сожалению, на практике зачастую происходит несколько иначе. Суды либо слепо доверяют результатам ОРД, оставляя без внимания проверку обоснованности и законности первоначально проведенного ОРМ, либо если такая проверка и была произведена, то в большинстве своем она признается не достаточной, о чем свидетельствуют жалобы, поступающие на рассмотрение Конституционного Суда РФ [8].

Чтобы убедиться в том, возник ли умысел независимо от действий правоприменителя, суд должен осуществлять более тщательную проверку результатов ОРД, в ходе которой необходимо установить: (1) от кого именно исходила инициатива совершения преступления; (2) действительно ли подсудимый требовал (вымогал взятку, осуществляет незаконный оборот наркотических средств); (3) не было ли провоцирующих вмешательств, в ходе которых подсудимый мог совершить определенные действия, направленные на достижение результата; (4) поступал ли отказ подсудимого от совершения преступления (приобретения наркотиков, получение взятки); (5) если проводилось повторное ОРМ (в частности проверочная закупка), обоснованно ли его проведение; (6) было ли вынесено постановление о проведении ОРМ, и кем оно было утверждено; (7) был ли план ОРМ; (8) было ли зафиксировано ОРМ на аудио(видео)носителе.

Определенный алгоритм проверки судами наличия провокации в действиях оперативно-разыскного органа при осуществлении ОРД закреплен в Постановлениях Пленума Верховного Суда РФ.

В частности, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 №14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» разъяснено, что «результаты ОРМ могут быть положены в основу приговора, если они получены в соответствии с требованиями закона и свидетельствуют о наличии у виновного умысла на совершение преступления, сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений, а также о проведении лицом всех подготовительных действий, необходимых для совершения противоправного деяния» [10]. Это разъяснение яв-

ляется особенно важным для суда, перед которым стоит задача в процессе рассмотрения дела по существу решить вопрос о том, имела ли место провокация преступления, и нацеливает суды на тщательную проверку обстоятельств проведенной проверочной закупки наркотиков.

Разъяснения относительно проводимой судом проверки на предмет наличия провокации представлены в п. 25 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2000 №6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» [11], где установлено, что не является провокацией взятки или коммерческого подкупа проведение предусмотренного законодательством ОРМ в связи с проверкой заявления о вымогательстве взятки или имущественного вознаграждения при коммерческом подкупе. С этих же правовых позиций Пленум Верховного Суда РФ указал суду производить проверку на предмет: 1) не было ли предварительной договоренности с должностным лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческих или иных организациях, о согласии принять предмет взятки или коммерческого подкупа; 2) при отсутствии такой договоренности и отказе принять предмет в целях искусственного создания доказательств совершения преступления либо шантажа, квалифицировать по ст. 304 УК РФ. Представляется, что изложенный здесь алгоритм проверки вполне относим и к преступлениям в сфере незаконного оборота наркотиков.

Однако анализ рассмотренных разъяснений Постановления Пленума Верховного Суда РФ хотя и позволяет прийти к выводу о том, что они, несомненно, ценны для правоприменителя виду того, что не только позволяют избежать определенных сложностей в процессе правоприменительной деятельности суда, но и обеспечивают единство судебной практики. Тем не менее существует негативная сторона, заключающаяся в следующем: 1) изложенные рекомендации затрагивают узкий круг проблемных ситуаций, который может возникнуть в процессе правоприменительной деятельности, тем самым недостаточное внимание уделяется, в том числе, вопросам провокации преступления при осуществлении ОРД; 2) разрозненность изложенных рекомендаций в зависимости от квалификации преступления хотя и позволяет применять по аналогии права к схожим составам преступления (в том числе по признаку латентности), но технически затрудняет такое использование.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о необходимости Пленуму Верховного Суда РФ в целях обеспечения единства судебной практики принять специальное постановление, посвященное вопросам судебной проверки результатов ОРД и использования доказательств, полученных на их основе, при постановлении приговора.

Библиографический список

1. Инструкция о порядке предоставления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд : Приложение к Приказу МВД России, ФСБ России, ФСО России, ФТС России, СВР России, ФСИН России, ФСКН России, Минобороны России от 14.04.2007 386/185/164/481/32/184/97/147 // Российская газета. – 2007. – 16 мая.
2. О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции РФ : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 1993 г. №13 (в ред. от 06.02.2007) // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1994. – №3.
3. По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой» : Определение Конституционного Суда РФ от 14 июля 1998 г. № 86-О // СПС «Консультант Плюс» [Электронный ресурс]. – URL: <http://prof.consultant.ru>
4. Определение Верховного Суда РФ от 17 июня 1999 г. Дело №14-Г99-5 [Электронный ресурс]. – URL: <http://supcourt.ru/vscourt>.
5. По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : Определение Конституционного Суда РФ от 14 июля 1998 г. №86-О, // СПС «Консультант Плюс» [Электронный ресурс]. – URL: <http://prof.consultant.ru>
6. Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы на нарушение конституционных прав личности, предусмотренных статьей 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : Определение Конституционного Суда РФ от 8 февраля 2007 г. №128-О-П [Электронный ресурс]. – URL: <http://prof.consultant.ru>.
7. Гуськова А.П., Муратова Н.Г. Судебное право: история и современность судебной власти в сфере уголовного судопроизводства : монография – М., 2005.
8. Кучерук Д.С. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам о взяточничестве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2011.
9. Об отказе в принятии рассмотрения жалобы гражданина Потапова Александра Владимировича на нарушение его конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : Определение Конституционного Суда РФ от 6 марта 2001 г. №58-О [Электронный ресурс]. – URL: <http://prof.consultant.ru>;
10. О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» (с изменениями и дополнениями, внесенными Постановлением Пленума от 23 декабря 2010 г. №31) : Постановление Пленума Верховного Суда РФ 15 июня 2006 г. №14 [Электронный ресурс]. – URL: http://www.vsr.ru/Show_pdf.php?Id=7258.
11. О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе (с изменениями, внесенными постановлениями Пленума Верховного Суда РФ от 6 февраля 2007 г. №7 и от 23 декабря 2010 г. №31) : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 г. №6 // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2000. – №3.