

УДК 343.2/7

ББК 67.408.1

Контролируемое преступление: уголовно-правовые и оперативно-разыскные аспекты

В.Н. Борков¹, В.Ф. Луговик²

¹Омская академия МВД России (Омск, Россия)

²НИИ ФСИН России (Москва, Россия)

Controlled Crime: Criminal, Legal and Operational Aspects of the Investigation

V.N. Borkov¹, V.F. Lugovik²

¹Omsk Academy of the Ministry of the Interior of Russia (Omsk, Russia)

²Research Institute of the Federal Penitentiary Service of Russia (Moscow, Russia)

Современная уголовная политика характеризуется отсутствием внятной оперативно-разыскной концепции «контролируемого преступления», причем в научном осмыслении нуждается не только оперативно-разыскная процедура, но и корреспондирующие оперативно-разыскному закону уголовно-правовые нормы. Авторы анализируют ситуации, когда, с одной стороны, под контролем правоохранительных органов совершаются тяжкие и особо тяжкие преступления, что может быть признано существенным нарушением интересов общества, с другой — оперативно-разыскное наблюдение за совершаемыми преступлениями осуществляется в целях их документирования и последующего процессуального обеспечения привлечения виновных к уголовной ответственности. Исследуется проблема обеспечения баланса между интересами оперативно-разыскного документирования, осуществляемого в целях процессуального доказывания, и подконтрольным, но все-таки допущенным государством преступлением. Анализируется опыт других стран по уголовно-правовому обеспечению оперативно-разыскной деятельности. Делается вывод, что контролируемое преступление — это объективное правовое явление, присутствующее в практике борьбы с преступностью. Поэтому в целях обеспечения законности деятельности российских правоохранительных органов необходимо вносить соответствующие изменения в уголовное, уголовно-процессуальное и оперативно-разыскное законодательство.

Ключевые слова: оперативно-разыскная деятельность; контролируемое преступление; приготовление к преступлению; оконченное преступление; обоснованный риск; оперативное внедрение.

Modern criminal policy is characterized by the absence of distinct operational-search concept of "controlled crime", and in scientific understanding needs not only operational-search procedure, but also criminal law standards corresponding to the operational-search law. The authors of the article analyze the situations when, on the one hand, serious and especially serious crimes are committed under the control of law enforcement agencies, which can be recognized as a significant violation of the interests of society, on the other — operational and investigative monitoring of the committed crimes is carried out in order to document them and ensure subsequent procedural prosecution of the perpetrators. The problem of ensuring a balance between the interests of operational search documentation carried out for the purpose of procedural proof and the crime controlled by the state is investigated. The article analyzes the experience of other countries in criminal law support of operational and investigative activities. It is concluded that the controlled crime is an objective legal phenomenon presented in the practice of combating crime. Therefore, in order to ensure the legality of the activities of Russian law enforcement agencies, it is necessary to make appropriate changes to the criminal, criminal procedure and operational investigative legislation.

Key words: operatively-search activity; controlled crime; the preparation of a crime; a completed crime; reasonable risk; and operational implementation.

DOI 10.14258/izvasu(2018)3-30

*Всё в мире изменил прогресс.
Как быть? Меняется и бес.
И. Гете. «Фауст».*

Неблагоприятные структурные и качественные изменения в преступности определяют необходимость поиска новых форм и методов выявления, предупреждения и раскрытия преступлений. Понятно, что в условиях роста профессионализма и организованности преступной среды традиционные или консервативные методики оперативно-разыскной* и уголовно-процессуальной деятельности просто не срабатывают. Это стало понятно законодателю еще в 80-е гг. прошлого столетия, и в 1992 г. принимается Закон Российской Федерации «Об оперативно-разыскной деятельности в Российской Федерации». Это был первый закон, легализовавший оперативно-разыскную деятельность (далее — ОРД). До этого она полностью лежала в плоскости секретного ведомственного правового регулирования. Господствовавшая концепция ОРД исходила из посылки, что общество не должно знать о:

- 1) факте существования негласной деятельности по борьбе с преступностью;
- 2) методах, силах и средствах негласной деятельности;
- 3) лицах, содействующих оперативным подразделениям;
- 4) фактах проведения негласных оперативно-разыскных мероприятий.

Наряду с позитивными последствиями, такой подход существенно затруднял и даже делал невозможным использование результатов оперативно-разыскной деятельности как в доказывании по уголовным делам, так и при пресечении преступлений.

Упомянутым законом, а также принятым позже взамен его Федеральным законом РФ от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-разыскной деятельности» впервые в оперативно-разыскную практику были введены так называемые реверсивные мероприятия: оперативный эксперимент, оперативное внедрение и контролируемая поставка, которые в наибольшей степени отвечали принципу наступательности ОРД и позволяли опережать действия преступника. Основанные на этих мероприятиях комплексы действий (оперативно-тактические операции) стали активно осуществляться по «включенному» контролю за криминальной активностью отдельных лиц. Получило распространение контролируемое совершение преступлений, когда в роли «соучастника» выступали конфидент или сотрудник правоохранительного органа, дейст-

вовавшие в рамках оперативно-разыскного мероприятия. Задача этих лиц заключалась в пресечении общественно опасного посягательства, что, конечно, свидетельствовало об отсутствии преступного умысла и соучастия в преступлении в целом [1, с. 78–85]. Оперативный эксперимент стал рассматриваться как технология предотвращения тяжких преступлений, часто убийств по найму, где в роли мнимого исполнителя выступал сотрудник правоохранительного органа [2, с. 55].

Однако поиск новых эффективных способов противодействия преступности, составляя важный элемент уголовной политики государства, в то же время актуализирует проблему конкуренции консервативного и либерального в сфере уголовного судопроизводства [3, с. 43]. Действительно, насколько соответствуют общим принципам права действия оперативных подразделений, осуществляющих ОРД, когда они, получив сведения о подготовке преступления, например, получения взятки, не пресекают незамедлительно преступление, а документируют преступные действия лица, помечают предмет взятки, инструктируют «взяткодателя», передают «взятку» и уже после этого задерживают. В 60–80-е гг. прошлого века такое невозможно было представить. Видимо, поэтому консервативный подход в оценке доказательств, сформированных на результатах ОРД, преобладает и в настоящее время. В результате на практике под предлогом недопущения провокаций фактически запрещено проведение оперативных экспериментов и проверочных закупок, а действия, составляющие их содержание, оформляются как оперативно-разыскное наблюдение. Этим может объясняться то, что в 2017 г. на 10% меньше, чем в предыдущем году, было выявлено коррупционных преступлений.

По нашему мнению, современная ситуация характеризуется отсутствием четкого правового регулирования оперативно-разыскных мероприятий, причем речь следует вести не столько об оперативно-разыскной процедуре проведения мероприятий, сколько о внятной уголовно-правовой концепции «контролируемого преступления» и корреспондирующих оперативно-разыскному закону уголовно-правовых нормах. В качестве иллюстрации тезиса рассмотрим судебное решение.

В Конституционный суд Российской Федерации обратился гр. С., который предложил проверить на соответствие Конституции Российской Федерации нормативные акты, позволяющие, с точки зрения заявителя, правоохранительным органам «в течение длительного срока:

*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 документах орфография сохранена. — Прим. ред.

не пресекать обнаруженную преступную деятельность граждан с целью расширения круга лиц, которых можно привлечь к уголовной ответственности из-за их взаимодействия с выявленными преступниками;

не пресекать в полной мере противоправную деятельность выявленных преступников, чтобы дать преступникам возможность осуществить под контролем правоохранительных органов вовлечение новых лиц в совершение преступлений с целью их дальнейшего разоблачения;

не выносить своевременных процессуальных решений по сообщениям о преступлении и произвольным образом освобождать подозреваемых в совершении преступлений лиц от уголовной ответственности;

проводить оперативные мероприятия в отношении взяточполучателя и взяткодателя отдельными оперативно-разыскными мероприятиями с различной информацией, доводимой до объектов этих мероприятий;

инициативно продолжать оперативные мероприятия в отношении лица после отказа этого лица от совершения противоправного деяния и взаимодействия с агентом;

доводить под контролем правоохранительных органов особо тяжкие преступления до стадии окончанных преступлений с целью увеличения наказания за содеянное...» [4].

Заявитель считает противоречащими Конституции Российской Федерации действия правоохранительных органов, когда они, получив оперативную информацию о подготавливаемом или совершенном преступлении, не возбуждают немедленно уголовное дело и не задерживают лиц, фигурирующих в сообщениях конфиденентов. По смыслу жалобы совершение под контролем правоохранительных органов тяжких и особо тяжких преступлений, например взяточничества, причиняет существенный вред как интересам общества, так и правам самого преступника, посягательство которого могло бы быть пресечено на более ранних стадиях, предусматривающих менее строгое наказание. По существу, перед Конституционным судом Российской Федерации поставлен вопрос о допустимости наблюдения со стороны государства за совершением отдельных преступлений, за поэтапной реализацией преступного умысла виновных, хоть и с целью их последующего изобличения. Заметим, Конституционный суд Российской Федерации уклонился от комментариев по существу жалобы, сославшись на то, что заявитель, по сути, ставит перед Конституционным судом Российской Федерации вопрос об оценке законности и обоснованности правоприменительных решений и действий, имевших место в его уголовном

деле. Между тем такая оценка не входит в компетенцию Конституционного суда Российской Федерации.

Итак, определение вынесено, а правовой ясности нет. Конечно, данная проблема на практике решается, но всегда ли такие решения лежат в русле права? При более пристальном рассмотрении проблема является достаточно сложной, требует комментария и имеет несколько аспектов, два из которых — уголовно-правовой и оперативно-разыскной — выступают предметом внимания в данной статье.

Уголовный закон признает основанием ответственности не только совершение виновным окончанного преступления, но и покушение на преступление, а также приготовление к нему. Например, умышленным созданием условий для совершения преступления, т.е. приготовления к даче или получению взятки, признается обещание или предложение передать либо принять незаконное вознаграждение за совершение действий (бездействие) по службе в случае, когда высказанное лицом намерение передать или получить взятку было направлено на доведение его до сведения других лиц в целях дачи им либо получения от них ценностей, а также в случае достижения договоренности между указанными лицами [5]. Покушением на сбыт наркотических средств являются осуществляемые в соответствующих целях их приобретение, хранение, перевозка, изготовление и переработка [6]. Допустимо ли государству в лице уполномоченных органов наблюдать и дожидаться, когда должностное лицо, потребовавшее взятку за решение вопроса, который входит в его компетенцию, фактически ее получит или потенциальный сбытчик наркотических средств, их приобретающий или хранящий, начнет эти средства сбывать? В соответствии с позицией высшей судебной инстанции получение и дача взятки, а также сбыт наркотиков, выявленные в ходе оперативно-разыскных мероприятий, должны квалифицироваться как оконченные преступления и в тех случаях, когда материальные ценности и наркотические средства были изъяты сразу после их получения или передачи.

Соблюдение законности сотрудниками, осуществляющими оперативно-разыскную деятельность, предполагает фактический запрет как на совершение преступлений для повышения ее эффективности, так и на укрывательство посягательств, о которых им стало известно. В соответствии с разъяснениями Верховного суда Российской Федерации злоупотреблением должностными полномочиями (ст. 285 УК РФ) является не только действие, но и «...умышленное неисполнение должностным лицом своих обязанностей в том случае, если подобное бездействие было совершено из корыстной или иной личной заинтересованности, объективно противоречило тем целям и задачам, для достижения которых должностное лицо было наделено соот-

ветствующими должностными полномочиями, и повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества и государства» [7]. В обсуждаемых ситуациях, с одной стороны, бездействие должностных лиц правоохранительных органов приводит к совершению тяжких и особо тяжких преступлений, что может быть признано существенным нарушением интересов общества. С другой — оперативно-разыскное наблюдение за совершаемыми преступлениями осуществляется в целях их документирования и последующего процессуального обеспечения привлечения виновных к уголовной ответственности. Возникает вопрос, могут ли интересы оперативно-разыскного документирования, осуществляемого в целях процессуального доказывания, оправдать и объяснить хоть и подконтрольное, но все-таки допущение государством совершения преступления?

В теории различают два вида описания в уголовном законе составов запрещаемых деяний в зависимости от особенностей конструкции объективной стороны: материальные и формальные. «Подобное деление зависит от того, с каким этапом преступной деятельности законодатель связывает момент его окончания» [8]. Заметим, речь идет только о юридическом моменте окончания посягательства. Так, в соответствии со ст. 162 УК РФ разбой является нападением и юридически окончен с момента начала нападения. Но после применения разбойником насилия или угрозы его немедленного применения, в чем, собственно, и заключается нападение, виновный может изымать чужое имущество, а также далее применять насилие для облегчения этого изъятия и удержания похищенного. В других случаях законодатель не включает в содержание объективной стороны формальных составов указание на общественно опасные последствия в силу их неизбежного наступления, например каждый насильственный половой акт нарушает половую свободу потерпевшей (ст. 131 УК РФ), или достаточно сложной, не всегда поддающейся непосредственной фиксации и измерению структуре. Достаточно сложно, например, точно определить меру ущерба, причиняемого безопасности государства, при совершении государственной измены (ст. 275 УК РФ), затруднительно установить глубину посягательства на авторитет государства и его нормальное функционирование при взяточничестве (ст. 290–291² УК РФ). Кроме того, осуществляемое сразу после их совершения немедленное выявление данных посягательств, как правило, позволяет не допустить причинения вреда охраняемым общественным отношениям. Нельзя считать реализованной опасностью получения или дачи взятки, которые были пресечены в ходе оперативного эксперимента. Изобличение коррупционеров не умаляет авторитет

государства, а напротив, укрепляет его. Пресечение сбыта наркотических средств прекращает их незаконный оборот и купирует конкретную угрозу здоровью населения.

С другой стороны, очевидна недопустимость ожидания правоохранительными органами совершения убийства, террористического акта и других преступлений, посягающих на личность и общественную безопасность, последствия которых тяжелы и необратимы, с целью последующего успешного их раскрытия и задержания лиц, их совершивших.

Полагаем, для юридической оценки оперативного наблюдения за совершаемым разрабатываемыми лицами посягательством применимы правила обоснованного риска (ст. 41 УК РФ). Рискованные действия, связанные с возможным причинением вреда охраняемым уголовным законом интересам, совершаются для достижения общественно полезной цели. В исследуемом случае — это изобличение лица, совершающего преступление. Риск признается обоснованным, если указанная цель не могла быть достигнута не связанными с риском действиями (бездействием) и лицо, допустившее риск, предприняло достаточные меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам.

Проведение комплекса оперативно-разыскных мероприятий после получения информации о совершаемом лицом посягательстве обусловлено необходимостью ее проверки и создания предпосылок для доказывания вины преступника. В соответствии с ч. 3 ст. 41 УК РФ «риск не признается обоснованным, если он заведомо был сопряжен с угрозой для жизни многих людей, с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия».

Заслуживает внимания опыт других стран по уголовно-правовому обеспечению оперативно-разыскной деятельности. Так, УК Эстонской Республики 1992 г. содержит ст. 13-2 «Имитация преступлений», которая определяет: «Не является преступлением действие, хотя и подпадающее под признаки деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, но направленное на выявление преступления или личности преступника и совершенное лицом, уполномоченным компетентным государственным органом имитировать преступление» [9].

Во многих странах предусмотрен свидетельский иммунитет в отношении осведомителей полиции, участвовавших в контролируемом преступлении [10, с. 27], а их допрос в качестве свидетелей во время досудебного следствия или в суде запрещен, причем правомерность этого не подвергается сомнению и Европейским судом по правам человека [11].

Статья 38 УК Республики Беларусь гласит, что не подлежит уголовной ответственности лицо, которое, выполняя в соответствии с действующим законодательством специальное за-

дание по предупреждению, выявлению или пресечению преступления и действуя с другими его участниками, вынужденно совершит преступление. А часть вторая данной статьи уточняет, что это не распространяется на лиц, совершивших особо тяжкое или тяжкое преступление, связанное с посягательством на жизнь или здоровье человека.

УПК Республики Казахстан предусматривает девять негласных следственных действий (ст. 231), в т.ч. негласные внедрение и (или) имитацию преступной деятельности. Внедрение и имитация преступной деятельности осуществляются с письменного согласия лица, внедренного и (или) имитирующего преступную деятельность, с целью получения фактических данных о подготавливаемых, совершаемых или совершенных преступлениях. Лицу, внедренному и (или) имитирующему преступную деятель-

ность, запрещается совершать действия (бездействии), сопряженные с угрозой жизни, здоровью людей, собственности, за исключением случаев необходимой обороны, задержания лица, совершившего посягательство, крайней необходимости, обоснованного риска в соответствии с положениями Уголовного кодекса Республики Казахстан (ст. 251).

Аналогичные положения содержатся в УПК Кыргызской Республики, принятом 2 февраля 2017 г. и вступающем в действие с 1 января 2019 г.

Таким образом, контролируемое преступление — это объективное правовое явление, присутствующее в практике борьбы с преступностью. Поэтому в целях обеспечения законности деятельности российских правоохранительных органов необходимо вносить изменения в уголовное, уголовно-процессуальное и оперативно-разыскное законодательство.

Библиографический список

1. Мелешко Д.А. Квалификация соучастия в преступлении // Уголовное право. — 2017. — № 2.
2. Мелешко Д.А. Неудавшееся «соучастие» в убийствах по найму // Законность. — 2015. — № 11.
3. Дерихшев Ю.В. О здоровом консерватизме уголовного процесса // Вестн. Омск. ун-та. Сер.: Право. — 2008. — № 1.
4. Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сонины Константина Викторовича на нарушение его конституционных прав Федеральным законом «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации», статьей 14 Федерального закона «О государственной защите участников уголовного судопроизводства», Федеральным законом «О государственном языке Российской Федерации», статьями 10 и 16.1 Федерального закона «О Федеральной службе безопасности», рядом статей Федерального закона «Об оперативно-разыскной деятельности», рядом статей Уголовного кодекса Российской Федерации и рядом положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : Определение Конституционного Суда РФ от 23.11.2017 № 2779-О // СПС КонсультантПлюс.
5. О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 № 24 // Российская газета. — 2013. — 17 июля.
6. О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14 // Российская газета. — 2006. — 26 июня.
7. О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и превышении должностных полномочий : Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 16.10.2009 № 19 // Российская газета. — 2009. — 30 окт.
8. Уголовное право. Общая часть : учебник для вузов / под общ. ред. В.В. Векленко. — М., 2017.
9. Арутюнов А.А. Соучастие в преступлении. — М., 2013.
10. Закатов А.А. Ложь и борьба с ней. — Волгоград, 1984.
11. Решение Европейского Суда по правам человека от 01.09.2006 по вопросу приемлемости жалобы № 22007/03 «Сапунареску против Германии» (V Секция) (извлечение) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. — 2007. — № 3.