

## Организация прокурорского надзора за оперативно-розыскной деятельностью по делам коррупционной направленности

**Н**ет нужды специально доказывать тезис о том, что коррупция превратилась в угрозу национальной безопасности России. Наиболее распространенным и общественно опасным проявлением коррупции является взяточничество. Несмотря на определенные успехи в борьбе со взяточничеством, остается, с одной стороны их высокая латентность, а с другой – существенные просчеты в осуществлении уголовного преследования. Одним из наиболее действенных средств изобличения взяточников является оперативно-розыскная деятельность.

Статьей 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12.08.1995 № 144-ФЗ (далее ФЗ «Об ОРД») установлен перечень оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ), в том числе оперативный эксперимент. Однако на законодательном уровне не определен порядок его проведения, и правоохранительные органы сами формируют практику его реализации. Отсутствует и закрепленное в нормах права понятие оперативного эксперимента. Под оперативным экспериментом, следует понимать оперативно-розыскное мероприятие, заключающееся в осуществлении наблюдения за объектами оперативной заинтересованности в контролируемых оперативными работниками ситуациях, данные которого позволяют делать вывод о причастности проверяемых лиц к преступной деятельности, выяснять различные обстоятельства, осуществлять захват виновных с поличным.

Перечень оснований для проведения ОРМ исчерпывающим образом определен в ст. 7 ФЗ «Об ОРД».

Следует помнить, что Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 10.02.2000 № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе», рассматривая проблему провокации взятки либо коммерческого подкупа, считает результаты оперативного эксперимента допустимым для доказывания вины подсудимого, когда из них усматривается: предварительное согласие этого лица на получение взятки и согласие на принятие предмета данной взятки или коммерческого подкупа.

В связи с этим универсальными правилами законности оперативного эксперимента являются:

– если до момента передачи между «взятодателем» и взятополучателем была предварительная до-



### Константин Михайлович Кожевников

*Прокурор Нижегородской области, государственный советник юстиции второго класса, кандидат юридических наук, почетный работник прокуратуры, заслуженный юрист России*

говоренность по поводу дачи-получения незаконного вознаграждения;

– если оперативный эксперимент проводился в соответствии с требованиями закона об ОРД, в связи с проверкой заявления о вымогательстве взятки.

И в том, и в другом случае сторона обвинения должна в дальнейшем представить суду не просто сведения оперативно-розыскного характера, а именно допустимые доказательства предварительной договоренности либо заявления о вымогательстве. Если в суде встанет вопрос о провокации, то отсутствие этих доказательств может повлечь вынесение оправдательного приговора со всеми вытекающими последствиями.

Порядок документирования негласных ОРМ в Законе «Об ОРД» не регламентируется, поэтому органы, уполномоченные на осуществление ОРД, руководствуются в данном случае ведомственными нормативными актами.

Практика показывает, что издаваемые органами, уполномоченными на осуществление ОРД, ведомственные акты зачастую при негласных ОРМ предусматривают составление именно актов, а не протоколов.

Требует внимания тот факт, что ФЗ «Об ОРД» в ст. 15 введен термин «протокол», в связи с чем должностным лицам оперативных подразделений целесообразно составлять именно протокол согласно уголов-

но–процессуальному законодательству, а не акт, как это было ранее.

Однако неясно, когда оперативный эксперимент по выявлению факта получения взятки перерастает из негласного мероприятия в гласное, так как сначала при его подготовке, пометке предмета взятки, прослушивания переговоров со взятодателем и другими лицами, он считается негласным. Вместе с тем, при непосредственной фиксации факта передачи предмета взятки и его изъятии данное мероприятие становится гласным, поскольку происходит непосредственно в присутствии лица, получившего взятку.

Все указанное вызывает много вопросов у прокуроров и следователей, поэтому к оценке действий оперативных сотрудников они подходят неоднозначно, что не может не сказываться на решениях судов, выносящих приговоры по уголовным делам, по которым доказательства строятся на основании полученных в ходе ОРМ материалов.

Основное здесь заключается в четком составлении каждого документа, отражающего ход и результаты ОРМ, и обязательно со ссылками на соответствующие нормы указанного закона (при необходимости – ведомственные приказы, регламентирующие ОРД). В УПК РФ, в отличие от законодательства об ОРД, закреплены требования к составлению протоколов следственных действий. Отсутствие этого в законодательстве об ОРД в ряде случаев существенно осложняет работу следователя, а в дальнейшем – прокурора и суда, дает «пищу для размышления» адвокатам обвиняемых.

Порядок предоставления результатов ОРД регламентирован Инструкцией о порядке предоставления результатов оперативно–розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд, утвержденной приказом МВД России, ФСБ России, ФСО России, ФТС России, СВР России, ФСИН России, ФСКН России, Минобороны России от 17.04.2007 № 368/185/164/481/32/184/97/14 (далее – Инструкцией). Однако, она не в полной мере урегулировала спорные процессуальные моменты. В частности, в ней не прописано, как должен оформляться оперативный эксперимент. В практической деятельности документы оформляются по–разному. В одних случаях – лишь постановлением о его производстве и актом, в котором последовательно, по мере проведения, фиксируются результаты всех мероприятий по прослушиванию бесед, телефонных и других переговоров, наблюдения, передачи соответствующей аудио– или видеозаписывающей аппаратуры лицам, участвующим во всех этих мероприятиях, расшифров–

ка и результат этих записей, факт передачи предмета взятки, осмотр, изъятие и т.д. В других – при производстве каждого из перечисленных мероприятий составляется отдельное постановление и документ (акт или протокол) с результатами его проведения. Что здесь правильно, а что нет? На этот вопрос трудно ответить, в том числе и прокурору, и суду, так как ФЗ «Об ОРД» не дает понятия «оперативного эксперимента». При первом варианте оформления к этому понятию, видимо, следует отнести весь комплекс оперативных мероприятий, хотя это не совсем правильно, поскольку каждое из них самостоятельно, причем некоторые из ОРМ, включаемых в оперативный эксперимент, требуют определенной разрешительной процедуры.

Представляется, что второй вариант более предпочтителен в связи с тем, что в суде могут возникнуть различные непредвиденные ситуации. В случае, если все оформлено одним постановлением и актом, при выявлении определенных процессуальных нарушений судья будет вынужден признавать все собранные следователем материалы на основании оперативного эксперимента недопустимыми доказательствами по делу. Если же каждое ОРМ оформлено отдельно, то суд должен оценивать каждое доказательство, входящее в «общий пакет» документов, представленных следователю, как самостоятельно, так и в совокупности со всеми остальными.

Инструкцией определено, какие документы и за чьей подписью должны направляться следователю или дознавателю при передаче материалов ОРД для решения вопроса о возбуждении уголовного дела.

С одной стороны, это дисциплинирует должностных лиц, но с другой – в некоторых случаях может служить препятствием для вынесения судом справедливого решения по уголовному делу. В этом смысле Инструкция не в полной мере соответствует смыслу закона. В случае формального ее нарушения, например, подписания документа о передаче материалов ОРД следователю и дознавателю ненадлежащим лицом, сводятся на нет по сути все результаты проведенных ОРМ или они ставятся под сомнение даже при том, что были проведены согласно закону, представлены соответствующие аудио– и видеозаписи с фиксацией факта передачи и получения взятки, подтвержденные в том числе понятиями или другими незаинтересованными лицами, присутствующими при фиксации самого факта получения взятки. Такой подход к оценке всей работы по выявлению подобных и других преступлений неправомерен.

Сейчас, в свете решения Европейского Суда по правам человека по делу «Быков против Российской Федерации», актуальным является вопрос получения органами, уполномоченными на осуществление ОРД, санкции суда при использовании негласной аудио– или видеозаписи в рамках проведения ОРМ, в том числе оперативного эксперимента (информационное письмо заместителя Генерального прокурора РФ Гриня В.Я. от 04.02.2010 № 69–11–2010 «О применении отдельных положений Закона «Об ОРД» в связи с постановлением Европейского Суда по правам человека по жалобе № 4378/02 «Быков против Российской Федерации»). В данном решении Европейского Суда констатировано нарушение властями Российской Федерации положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, выразившееся в проведении без разрешения суда негласного ОРМ «оперативный эксперимент» с использованием скрытого радиопередатчика. Судом отмечено, что принцип обеспечения адекватной защиты лицу от произвольного вмешательства в равной степени применим к использованию радиопередающего устройства, которое с учетом природы и степени вмешательства фактически идентично прослушиванию телефонных переговоров. Европейский Суд также указал, что в вопросах использования компетентными органами скрытого слежения национальное законодательство должно предусматривать защиту от произвольного вмешательства в право на личную жизнь, предусмотренное ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Несмотря на то, что нормами российского законодательства об ОРД до настоящего времени данный вопрос не определен, прокуратура области ориентировала правоохранительные органы области, осуществляющие ОРД, на необходимость соблюдения положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950 г.), а также названного решения Европейского суда по правам человека.

Ещё один дискуссионный вопрос – нужны ли «понятые»? К участию в оперативном эксперименте на разных его этапах привлекаются лица, которых называют понятыми. Однако законодательство об ОРД не предусматривает обязательного участия в проведении ОРМ лиц, поименованных таким образом, а также не предоставляет лицам, осуществляющим ОРД, полномочий по разъяснению им прав и обязанностей, предусмотренных нормами УПК РФ.

Очень часто присутствие так называемых понятых становится «ахиллесовой пятой» стороны обвинения. На судебном следствии они не являются по вызову,

меняют показания или забывают их; устанавливается их заинтересованность. Часто недалековидные оперативные работники используют своих друзей и знакомых, студентов–практикантов, не аттестованных работников тех же подразделений (секретарей, уборщиц и т.д.). В результате вместо усиления доказательственной базы стороны обвинения эти «понятые» часто ее ослабляют. Вместе с тем оптимальный подход к их участию в ОРМ иногда дает ценные дополнительные доказательства.

И всё же, в отсутствие чёткой регламентации данного вопроса действующим законодательством, следует признать, что для легализации результатов ОРД в рамках расследования уголовных дел и рассмотрения их судом участие посторонних лиц в ОРМ необходимо. В научно–методической литературе высказывается мнение, что таких лиц не следует называть «понятыми», лучше «незаинтересованными лицами», «представителями общественности», «присутствующими» и т.п. Не следует разъяснять им их якобы права, обязанности, предупреждать их об ответственности и ссылаться при этом на произвольные статьи УПК, ФЗ об ОРД и т.п. Таких правоустановлений в законодательстве нет. В ходе предварительного следствия такие лица должны быть допрошены в качестве свидетелей, посредством чего подтверждается достоверность полученных с их участием сведений. Сами протоколы, акты и т.п. в этом случае должны рассматриваться как иные документы (ст. 84 УПК РФ).

Серьезно следует отнестись к подбору присутствующих граждан. Это должны быть благонадежные, но в то же время незаинтересованные лица, которых следует затем тщательно допросить, обеспечить их явку в суд, пресечь возможные попытки со стороны защиты воздействовать на них с целью изменить показания. Следовательно, а затем государственному обвинителю необходимо лично удостовериться в том, что именно в присутствии этих лиц проводились юридически значимые действия (изымались помеченные деньги и т.д.), что они все это помнят и никоим образом не заинтересованы в исходе дела.

В документах, составляемых по результатам ОРМ, допускаются ошибки в названии ОРМ. Встречаются названия «следственный эксперимент», «комплекс ОРМ по изобличению вымогательства взятки» и т.п. Между тем в ФЗ об ОРД (п. 14 ч. 1 ст. 6) предусмотрено ОРМ с названием именно «оперативный эксперимент». Иное название является нарушением закона и может повлечь признание всех полученных доказательств недопустимыми.

Недопустимо смешение процедур: сначала проводится оперативный эксперимент, а по его результатам при изобличении взяточполучателя составляется протокол об административном правонарушении с изъятием денежных купюр и иных предметов.

Необходимо четко различать и разграничивать ОРД, которая проводится с целью выявления, раскрытия и расследования преступлений, и административную деятельность, осуществляемую на основаниях и в порядке, предусмотренном КоАП. В рамках последней могут быть обнаружены и зафиксированы следы (признаки) преступлений и иных правонарушений, доставлены и задержаны лица, произведен их досмотр, изъятие вещей и документов и т.д. (ст. 27.1, 27.7, 27.10 и др. КоАП). Но вряд ли допустимо смешивать оперативно-розыскные и административные процедуры.

Нарушение особого порядка проведения ряда действий также может повлечь за собой признание полученных доказательств недопустимыми. В соответствии с Конституцией РФ ограничение тайны переписки, телефонных переговоров, телеграфных и иных сообщений, а также права на неприкосновенность жилища допускается только на основании судебного решения. В связи с этим встречаются следующие типичные ошибки:

- прослушивание телефонных переговоров без судебного решения, в частности при наличии такого решения в отношении не того телефонного номера, который реально прослушивался;

- прослушивание телефонных переговоров в сроки за пределами установленных судебным решением;

- нарушение 24-часового срока уведомления суда и 48-часового срока получения судебного решения «в случаях, не терпящих отлагательства» (ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД);

- оперативное проведение обследования жилого помещения без судебного решения и (или) согласия проживающих в нем лиц. Часто недобросовестные оперативные работники сначала проникают в жилище без согласия проживающего, а позднее берут у него «подписку о согласии».

В отношении лиц, указанных в ст.447 УПК РФ, должен соблюдаться особый порядок производства по уголовным делам, связанный с гарантией их неприкосновенности. Это относится и к адвокатам, например, при попытке изобличения их в покушении на дачу взятки. В соответствии с ч. 3 ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» проведение ОРМ и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения. При этом не имеет значения, знали ли оперативные работники, что лицо, в отношении которого осуществляются ОРМ, имеет статус адвоката.

Органам, осуществляющим ОРД, а также следователям необходимо помнить, что оценку проведённой ими работы в итоге должен давать суд. Соответственно проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в ходе судебного разбирательства, с которыми сталкиваются государственные обвинители, являются результатом именно их недостаточно профессиональной деятельности.

В свою очередь государственные обвинители также должны принимать все возможные меры к устранению сомнений в допустимости доказательств, если при этом не было допущено нарушений требований действующего законодательства. ■