

# **СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ ТОЛКОВАНИЯ КРИТЕРИЯ ПАССИВНОГО ПОВЕДЕНИЯ СОТРУДНИКОВ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ В КОНТЕКСТЕ ПОЗИЦИЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА ПО ВОПРОСУ ОБ ОТГРАНИЧЕНИИ ПРАВОМЕРНОГО ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОГО МЕРОПРИЯТИЯ ОТ ПРОВОКАЦИИ**

**М.В. ЛАПАТНИКОВ**

Лапатников М.В., кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России.

В статье анализируются дискуссионные аспекты толкования специалистами критерия пассивного поведения сотрудников правоохранительных органов при решении вопроса об отграничении правомерного оперативно-розыскного мероприятия от провокации на основе практики Европейского суда по правам человека.

Ключевые слова: Европейский суд по правам человека, оперативно-розыскное мероприятие, пассивность, провокация.

Controversial issues of interpretation of the criteria passive behavior of law enforcement officers in the context of the positions of the European court of human rights on the question of the delimitation of lawful investigative measures from provocation

M.V. Lapatnikov

Lapatnikov M.V., candidate of law, senior lecturer of department of criminal process of the Nizhniy Novgorod academy of the MIA of Russia.

The article analyzes the controversial aspects of interpretation specialists

criteria passive behavior of law enforcement officers in solving the question of the delimitation of lawful investigative measures from provocation on the basis of the practice of the European court of human rights.

Key words: European court of Human Rights, the operational-search activity, provocation.

Следует констатировать высокий уровень проблемности вопроса об отграничении провокации от правомерного оперативно-розыскного мероприятия в следственно-судебной практике по уголовным делам. Нормативные установки и предписания высших судебных инстанций во многом носят абстрактный, расплывчатый характер и далеко не полностью учитывают критерии, которые установил Европейский суд по правам человека (далее Европейский суд или ЕСПЧ) и которые Россия как страна, ратифицировавшая Конвенцию о защите прав свобод, человека и основных свобод (далее Конвенция), обязана соблюдать. И хотя недавнее решение Конституционного Суда России <1> подтвердило верховенство Конституции над решением ЕСПЧ в случае, если последний дает трактовку Конвенции, противоречащую Основному Закону страны, такой исход предусматривается только в исключительных случаях, причем его реализация возложена исключительно на Конституционный Суд.

-----  
<1> См.: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=3244>.

Среди этих критериев особое место занимает критерий пассивного поведения сотрудников правоохранительных органов при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий. О содержании данного критерия в процессуальной науке и практике ведутся дискуссии, в связи с чем мы считаем необходимым подвергнуть его анализу.

В принятых в июне 2015 г. дополнениях к Постановлению Пленума

Верховного Суда РФ от 15.06.2006 N 14 "О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами" сделан важный шаг в инкорпорировании стандартов ЕСПЧ в этой области в правовое поле нашей страны. Теперь результаты оперативно-розыскного мероприятия могут использоваться в доказывании по уголовному делу, если они получены и переданы органу предварительного расследования или суду в соответствии с требованиями закона и свидетельствуют о наличии у лица умысла на незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. В отличие от прежней формулировки здесь удалено положение о том, что результаты ОРМ должны указывать и на проведение лицом всех подготовительных действий, необходимых для совершения противоправного деяния. Как видим, новая формулировка так и не конкретизировала, что именно понимается под умыслом, сформировавшимся независимо от деятельности сотрудников органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Для того чтобы попытаться внести хоть какую-нибудь ясность, прежде всего обратимся к позиции ЕСПЧ.

Среди множества различных соображений, которые приводит Европейский суд в своих решениях, следует выделить являющиеся ключевыми для характеристики отношения данного судебного органа по отношению к использованию в борьбе с преступностью негласных методов расследования.

Такие соображения приведены ЕСПЧ в следующей формулировке: "...общественный интерес не может служить оправданием для применения доказательств, полученных в результате подстрекательства со стороны полиции, поскольку данные доказательства с самого начала подвергли бы

обвиняемого риску окончательного лишения права на справедливое разбирательство" (дело "Банникова против Российской Федерации"; п. 34). Выраженную здесь позицию и следует считать той осью, той точкой опоры, от которой должны отталкиваться в том числе и отечественный законодатель, и правоприменитель при толковании проблемных, спорных вопросов отграничения провокации от правомерного оперативно-розыскного мероприятия.

Что же именно понимает ЕСПЧ под критерием пассивности поведения сотрудников правоохранительных органов и лиц, с ними сотрудничающих, при проведении оперативно-розыскных мероприятий? В Постановлении ЕСПЧ по делу "Ваньян против Российской Федерации" указано: "Если преступление было предположительно спровоцировано действиями тайных агентов и ничто не предполагает, что оно было бы совершено и без какого-либо вмешательства, то эти действия уже не являются деятельностью тайного агента и представляют собой подстрекательство к совершению преступления" (п. 47). В решении по делу "Раманаускас против Литвы" Европейский суд отметил, что "провокация со стороны полиции происходит в тех случаях, когда сотрудники правоохранительных органов или лица, действующие по их поручению, не ограничиваются расследованием преступной деятельности преимущественно пассивно, а оказывают такое влияние, что подстрекают к совершению преступления, которое иначе не было бы совершено, для того, чтобы раскрыть преступление, а именно получить доказательства его совершения и начать уголовное преследование...".

**Более детально этот аспект раскрывается в решении ЕСПЧ по делу "Веселов против Российской Федерации", где приводится следующая формулировка: "...в любой негласной операции должно соблюдаться требование о проведении расследования в основном пассивным способом. Это, в частности, 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 или обращение к состраданию заявителя с упоминанием абстинентного синдрома" (п. 92). В решении по делу "Раманаускас против Литвы" констатируется, что, "как указано в записях телефонных разговоров, все встречи заявителя и АЗ происходили по инициативе последнего - факт, который оказался противоречащим аргументу властей Литвы о том, что органы власти не оказывали никакого давления на заявителя и не угрожали ему" (п. 67).

Таким образом, под активным, провокационным способом проведения оперативных мероприятий Европейский суд понимает следующие действия: а) инициативный контакт с подозреваемым <2>; б) повторное предложение после первоначального отказа; в) настоятельные требования о совершении тех или иных противоправных действий; г) повышение цены по сравнению с обычной при заключении преступных сделок; д) использование сострадания подозреваемого с целью его изобличения; ж) использование наркотической, алкогольной или иной зависимости лица.

-----  
<2> Говоря о подозреваемом, мы используем данный термин исходя из его широкого понимания, а не в строго процессуальном значении. Под подозреваемым в обсуждаемой ситуации понимается лицо, в отношении которого осуществляются мероприятия по его изобличению, независимо от их процессуальной формы.

В практике ЕСПЧ имеются негативные для правоохранительных органов решения, где применялся в том числе и критерий пассивности. Так, применив указанный критерий в деле "Малининас против Литвы", Европейский суд установил, что оперативное мероприятие предполагало провокацию: "...инициатива поступила именно со стороны офицера В., когда он первым

вышел на связь с заявителем, интересуясь, где можно приобрести запрещенные наркотики. В процессе сделки заявителю была предложена значительная сумма - 2000 долларов США - за поставку большого количества наркотиков. Очевидно, что это является побуждением для доставки товара и свидетельствует о расширении функции полицейских от оперативных сотрудников до провокаторов. Они не просто "присоединились" к совершающемуся преступлению, но и спровоцировали его. Неизбежным выводом из указанных обстоятельств является то, что полиция не ограничилась расследованием преступной деятельности пассивным по сути способом, а оказала воздействие, которое привело к совершению преступления...".

Примеры не пассивного поведения сотрудников правоохранительных органов при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий встречаются и в отечественной судебной практике. Так, Определением Верховного Суда РФ была удовлетворена надзорная жалоба Черненко К.А. с отменой приговора Центрального районного суда г. Омска от 16 апреля 2009 г., постановления президиума Омского областного суда от 13 декабря 2010 г. в отношении Черненко К.А. и прекращением уголовного дела на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ за отсутствием в деянии состава преступления с признанием за ним права на реабилитацию. Верховный Суд РФ привел следующие аргументы своего решения.

Действия осужденного квалифицированы судом по ч. 3 ст. 30, п. "б" ч. 2 ст. 228.1 УК РФ за каждое преступление. Президиум Омского областного суда при пересмотре приговора в отношении Черненко К.А. квалифицировал его действия по двум преступлениям от 4 и 5 августа 2008 г., а также по двум преступлениям от 5 января 2009 г. как единые продолжаемые преступления.

Как видно из постановления о проведении проверочной закупки наркотических средств от 4 августа 2008 г., данное оперативно-розыскное мероприятие проводилось в связи с наличием информации о том, что Черненко К.А. совместно с П. занимаются сбытом наркотического средства -

героина. В связи с этим было принято решение о проведении проверочной закупки наркотических средств у Черненко К.А. Однако, как усматривается из показаний оперуполномоченных УФСКН М. и Ю., все проверочные закупки наркотических средств у Черненко К.А. были проведены ими по собственной инициативе.

Из показаний осужденного Черненко К.А. следует, что он, не отрицая фактов употребления героина, отрицал наличие у него умысла на его сбыт. Пояснял, что его знакомый Р. просил помочь приобрести для него героин, говорил, что у него "ломка", что он болеет и не знает, где взять наркотик, умолял помочь. Каждый раз в день обращения Р. передавал ему деньги, он передавал их П., брал у нее героин, возвращался к Р. и отдавал ему героин.

Из показаний свидетеля Р. следует, что ему предложили принять участие в проверочных закупках наркотических средств у Черненко К.А., которого он знает с 2000 г. Он созванивался с Черненко К.А., просил его помочь приобрести героин. Сразу Черненко К.А. ему героин не передавал, а уходил. Как он понял, Черненко К.А. должен был с кем-то встретиться и приобрести героин.

Свидетель П. как на предварительном следствии, так и в судебном заседании поясняла, что они вместе с Черненко К.А. приобретали героин для совместного употребления у женщины цыганской национальности. Черненко К.А. не предлагал кому-либо приобрести наркотические средства, они только употребляли героин, но не сбывали его.

Таким образом, в материалах дела, в том числе в предоставленных материалах оперативно-розыскных мероприятий, отсутствуют сведения о том, что Черненко К.А. занимается сбытом наркотических средств или готовится к нему <3>.

-----

<3> СПС "КонсультантПлюс".

Помимо вышеобозначенных действий, безусловно, провокационным

следует считать тот случай, когда оперативные мероприятия были начаты до того, как осуществлялись преступные действия, в том числе и подготовительного характера.

Так, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ в апелляционном порядке <4> рассмотрела в судебном заседании уголовное дело по апелляционным жалобам осужденного Казакова Д.В. и его защитника Пальчинского В.Г. на приговор Магаданского областного суда от 6 апреля 2015 г., постановленный на основании вердикта коллегии присяжных заседателей, по которому Казаков Д.В. осужден по п. "б" ч. 4 ст. 229.1 УК РФ и по ч. 3 ст. 30, ч. 3 ст. 228 УК РФ с применением ст. 64 УК РФ с наказанием в виде лишения свободы сроком на 18 (восемнадцать) лет.

-----  
<4> Апелляционное определение Верховного Суда Российской Федерации от 7 июля 2015 г. N 93-АПУ15-1СП // [http://www.vsrf.ru/moving\\_case.php?findByNember=93-%C0%CF%D315-1%D1%CF](http://www.vsrf.ru/moving_case.php?findByNember=93-%C0%CF%D315-1%D1%CF).

Высшая судебная инстанция отвергла доводы защиты о наличии в действиях сотрудников ФСБ признаков провокации, указав, что оспариваемые оперативно-розыскные мероприятия - "оперативный эксперимент" - проведены в отношении Казакова Д.В. в марте 2013 г., в то время как действия, направленные на контрабанду наркотиков, были совершены Казаковым еще в сентябре-октябре 2012 г.

Критерий пассивности тесно связан с критериями этапа преступной деятельности лица и критерием наличия объективных подозрений. Критерий этапа преступной деятельности подразумевает, во-первых, наличие заявления в правоохранительный орган конкретного лица (не анонимного и не зашифрованного) и, во-вторых, что данное лицо не должно каким-либо образом (гласно и негласно) сотрудничать с полицией. По мнению ЕСПЧ, "полиция приступает к расследованию преступления только после



обращения частного лица, что существенно, а не осведомителя полиции с заявлением о том, что заявитель уже начал совершение уголовно наказуемых деяний" (решение по делу "Банникова против России"; п. 44).

Сущность критерия наличия у правоохранительных органов объективных подозрений в отношении лица заключается в том, что правоохранительные органы до принятия решения об осуществлении в отношении конкретного лица оперативных мероприятий должны располагать достоверными сведениями о том, что оно уже вовлечено в преступную деятельность и существует высокая вероятность совершения преступления.

Безусловно, сформулированные Европейским судом критерии, а в особенности требование пассивности поведения сотрудников органов уголовного преследования, значительно усложняют методику негласного раскрытия преступления. Однако говорить о том, что процесс выработки Европейским судом своей позиции относительно конкретного наполнения требования пассивности полностью завершен, пока еще рано. Более того, необходимо констатировать, что основная формулировка, выражающая суть понимания ЕСПЧ критерия пассивности, а именно то, что оперативное мероприятие будет считаться провокацией, если "ничто не предполагает, что оно было бы совершено и без какого-либо вмешательства", нуждается в дальнейшем ее пояснении. Та детализация, которая приведена ЕСПЧ в решении по делу "Веселов против Российской Федерации" и других, явно недостаточна.

Этот вопрос требует более детальной проработки со стороны Европейского суда по правам человека, так как в отечественной судебной практике пока отсутствует единый подход к данной проблематике. Увы, но позиция Верховного Суда, воспроизведенная в Пленуме <5> и Обзоре судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ, от 27.06.2012, в этом смысле довольно лапидарна.

-----  
<5> См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2013 г. N 24 "О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях" (п. 34).

Но даже существующее на данный момент понимание Европейским судом критерия пассивности встречает критическую оценку со стороны некоторых специалистов. В этом смысле примечателен подход А.С. Александрова, Д.С. Кучерука, которые в своем критическом неприятии стандартов ЕСПЧ фактически предлагают в принципе их не соблюдать <6>. Идеологическая основа, на которой базируется их подход, обозначается ими как относимая доктрина или доктрина "серебряного блюда" по аналогии с принятым в американском уголовном процессе способом легализации в качестве доказательств данных, полученных с нарушением закона. Согласно этой доктрине эти данные хоть и получены с нарушением процедуры, но впоследствии могут быть "очищены" тем, что они принимаются судом от другого, не причастного к нарушениям субъекта доказывания. Указанные авторы предлагают гибко трактовать критерии правомерности оперативных мероприятий. Гибкость, по их мнению, должна состоять в допущении в качестве доказательств оперативно-розыскных данных, полученных при помощи средств, противоречащих Конвенции о защите прав и основных свобод. Недопустимость таких сведений обезвреживается наличием состязательной процедуры проверки такого доказательства в суде, когда "наличие состязательных гарантий проверки доказательств обвинения, большое количество доказательств, подвергнутых оценке судом, проведение справедливого судебного разбирательства могут обезвредить сомнительное доказательство (или его части) путем поглощения" <7>.

-----  
<6> Александров А.С., Кучерук Д.С. Результаты ОРМ - база приговора? Статья 1. Российский и международный опыт // Российский следователь.

2012. N 4. С. 32 - 36.

<7> Александров А.С., Кучерук Д.С. Результаты ОРМ - база приговора? Статья 2. Российские регламенты устарели... // Российский следователь. 2012. N 6. С. 39.

При этом, по мнению А.С. Александрова, Д.С. Кучерука, ЕСПЧ в принципе не отвергает подобный подход, а значит, он вполне может использоваться в отечественной судебной практике для нейтрализации слишком уж радикальных стандартов европейского правосудия. Аргументируя свою позицию, они ссылаются на позицию ЕСПЧ, выраженную в решении по делу "Быков против Российской Федерации", где Европейский суд признал, что разбирательство по делу заявителя не противоречило требованиям справедливого судебного разбирательства.

Однако детальный анализ вышеуказанного Постановления не дает оснований для подобного вывода. Предметом внимания Европейского суда в деле "Быков против Российской Федерации" послужила следующая ситуация: проводя негласную операцию по изобличению Быкова в организации заказного убийства, 3 октября 2000 г. В., действуя по указанию милиции, посетил заявителя по месту его жительства. На его теле был скрыт радиопередатчик, который вел запись разговора. Впоследствии эта запись послужила одним из доказательств, на основании которых суд признал Быкова виновным в организации заказного убийства. Последний в числе прочего обжаловал в ЕСПЧ законность осуществления аудиозаписи, усмотрев в этой операции нарушение положения Конвенции о защите прав человека и основных свобод, а именно то, что "негласная операция представляла собой незаконное вторжение в его жилище и... то, что прослушивание и запись его разговора с В. являлись вмешательством в его право на уважение личной жизни" (п. 69).

Обозначая в данном деле свое понимание общих принципов, установленных прецедентной практикой Европейского суда, ЕСПЧ

однозначно указывает на то, что "общие требования справедливости, содержащиеся в статье 6 Конвенции, распространяются на любые уголовные процедуры, независимо от особенностей конкретного преступления. Публичный интерес не может оправдывать меры, затрагивающие существо прав заявителя на защиту, включая право не свидетельствовать против самого себя, гарантированное статьей 6 Конвенции" (п. 69). Что касается самого существа дела в части, касающейся негласной аудиозаписи, то признание Европейским судом разбирательства по делу Быкова справедливым практически не связано с обстоятельствами осуществления записи в суде, так как "запись не рассматривалась как признание или доказательство осведомленности, которое могло быть положено в основу признания виновности; она играла ограниченную роль в сложной системе доказательств, которые подверглись оценке суда" (п. 103). Но даже если взять исключительно оценку законности со стороны ЕСПЧ обстоятельств производства негласной аудиозаписи, то и здесь мы не можем усмотреть однозначное проявление доктрины "серебряного блюда". Свое положительное отношение к аудиозаписи ЕСПЧ связывает с тем, что заявитель занимал активную позицию по поводу преступления, а именно "в отсутствие какого-либо давления принял В. в своем "гостевом доме", беседовал с ним и делал конкретные замечания по вопросам, затронутым В.". Кроме того, подчиненное положение В. обуславливало то, что "заявитель мог по собственной воле встретиться с В. и беседовать с ним или отказаться сделать". Последний, по мнению ЕСПЧ, проявлял готовность продолжать разговор, начатый В., поскольку тема представляла для него личный интерес.

Вместе с тем в решении Европейского суда по делу Быкова имеются формулировки, которые можно толковать иначе. Так, им отмечается, что, "например, в упоминавшемся выше Постановлении по делу "Хан против Соединенного Королевства" (§ 25 - 28) и упоминавшемся выше Постановлении по делу "Р.Г. и J.H. против Соединенного Королевства" (§ 37 - 38) он пришел к выводу о том, что использование скрытых

прослушивающих устройств нарушало статью 8 Конвенции, поскольку применение таких средств не имело правовой основы в национальном законодательстве и вмешательства в право этих заявителей на уважение их личной жизни не были "предусмотрены законом". Тем не менее принятие в качестве доказательств полученной информации при обстоятельствах этих дел не противоречило требованиям справедливости, гарантированной пунктом 1 статьи 6 Конвенции" (п. 91).

И именно эта неоднозначность формулировок и вызвала полярные отклики среди самих судей Европейского суда. Один из судей, А. Ковлер, резонно упрекает ЕСПЧ в том, что "Большая палата не использовала возможность разъяснить раз и навсегда вопрос, длительное время вызывавший разногласия в Европейском суде: подрывает ли использование в уголовном процессе доказательства, полученного в нарушение статьи 8 Конвенции, справедливость судебного разбирательства, гарантированную статьей 6 Конвенции" (совпадающее с мнением большинства мнение судьи А. Ковлера).

В этой связи говорить о том, что Европейский суд, безусловно, допускает игнорирование своих же собственных установок и критериев, не приходится. Кроме того, предложение поставить позицию Европейского суда, высказанную по одному делу, выше, чем его же взгляды, зафиксированные в решениях по другим делам, вряд ли следует признать обоснованным.

Что же касается отечественного законодательства, то, несмотря на лапидарность ст. 75 УПК РФ, вряд ли можно говорить о том, что законодатель допускает использование доктрины "серебряного блюда". Скорее прав В.В. Плетнев в том, что "если факты, сведения о которых являются содержанием недопустимого доказательства, могут быть установлены другими доказательствами, то именно эти другие и будут исследоваться и оцениваться следователем, прокурором и судом, тогда как первое, полученное с нарушением закона, должно быть исключено и не

может использоваться ни обвинением, ни защитой" <8>.

-----

<8> Плетнев В.В. Проблемы использования доказательств, полученных с нарушением процессуального закона // Российская юстиция. 2014. N 4. С. 20.

Тем не менее мы не готовы полностью отвергнуть критический пафос приведенных в нашей статье оценок. Нельзя не согласиться с тем, что предложенный Европейским судом критерий пассивности представляет правоохранительным органам достаточно жесткие требования, которые, при их буквальном толковании, ставят исход уголовного преследования (в оперативно-розыскной форме) в зависимость от воли уголовно-преследуемого лица. На наш взгляд, вопрос понимания критерия пассивности необходимо рассматривать как одно из частных проявлений фундаментальной проблематики отечественного уголовного процесса - соотношение правозащитного и карательного начал в следственно-судебной практике по уголовным делам. И, судя по всему, сам Европейский суд пока еще далеко не полностью нашел здесь ту золотую середину, которая в идеале должна сбалансировать эти два начала.

#### Список использованной литературы

1. Александров А.С., Кучерук Д.С. Результаты ОРМ - база приговора? Статья 1. Российский и международный опыт // Российский следователь. 2012. N 4. С. 32 - 36.

2. Кандауров С.И. К вопросу об отграничении оперативного эксперимента и проверочной закупки от провокации или подстрекательства // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2014. N 3(27). С. 93 - 97.

3. Плетнев В.В. Проблемы использования доказательств, полученных с нарушением процессуального закона // Российская юстиция. 2014. № 4. С. 18 - 20.

---

**Информация о публикации для оформления ссылки:**

Лапатников М.В. Спорные вопросы толкования критерия пассивного поведения сотрудников правоохранительных органов в контексте позиций Европейского суда по правам человека по вопросу об отграничении правомерного оперативно-розыскного мероприятия от провокации // Российская юстиция. 2016. № 3. С. 65 - 69.