

ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА ЗАДЕРЖАНИЯ С ПОЛИЧНЫМ В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

В.Н. КАРАГОДИН

Карагодин Валерий Николаевич, заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук, профессор, заместитель директора Института повышения квалификации Следственного комитета Российской Федерации - директор Екатеринбургского филиала (Екатеринбург).

На основе сложившейся практики и теоретических взглядов рассматриваются актуальные проблемы задержания с поличным.

Ключевые слова: уголовный процесс, арест, задержание.

Theory and practice of flagrante delicto in the russian criminal proceedings
V.N. Karagodin

On the basis of current practice and theoretical views the actual problems of flagrante delicto are examined.

Key words: criminal proceedings, arrest, detention.

В российском уголовно-процессуальном законе отсутствует понятие задержания вообще и задержания с поличным в частности. В п. 11 ст. 5 Уголовно-процессуального кодекса РФ определяются лишь значение задержания как меры процессуального принуждения, субъекты и сроки ее применения. В теории уголовного процесса сложилось устойчивое представление о задержании как мере процессуального принуждения в виде кратковременного лишения свободы подозреваемого в совершении

преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы <1>.

<1> Жогин Н.В., Фаткуллин Ф.Н. Возбуждение уголовного дела. М., 1961. С. 175; Коврига З.Ф. Уголовно-процессуальное принуждение. Воронеж, 1975. С. 143; Кутуев Э.К. Меры принуждения в уголовном процессе. Теоретические и организационно-правовые проблемы: Моногр. М., 2009. С. 53; Мельников В.Ю. Меры принуждения в уголовном процессе России. М., 2011. С. 35 - 36; и др.

Этимология термина "поличное" связывается с древнерусскими источниками права, в которых под ним понимались похищенные вещи, найденные и изъяты у физического лица <2>. В современных условиях "поличное" достаточно широко употребляется в научно-методических работах, посвященных проблемам задержания. Такое задержание подразумевает кратковременное лишение свободы субъекта, застигнутого на месте преступления во время его совершения или непосредственно после окончания посягательства. В п. 1 ч. 1 ст. 91 УПК РФ названы подобные основания задержания, что, казалось бы, лишает практического смысла обсуждение каких-либо проблем задержания с поличным. Однако по твердому убеждению теоретиков и практиков, несмотря на отсутствие каких-либо указаний закона по этому поводу, задержание в порядке ст. ст. 91 - 92 УПК РФ возможно только после возбуждения уголовного дела. Задержание же с поличным в абсолютном большинстве случаев проводится до принятия решения о возбуждении уголовного дела. Более того, в теории и оперативно-следственной практике задержание справедливо рассматривается как одно из важнейших средств раскрытия преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, контрафактной продукции, коррупционными посягательствами и т.д.

<2> Линовский В.А. Опыт исторических розысканий о следственном уголовном судопроизводстве в России. М., 2001. С. 115.

Результаты обобщения судебной-следственной практики по уголовным делам о приобретении и сбыте наркотических и сильнодействующих средств, о получении взяток, реализации незаконно произведенной продукции, предметов, полученных в ходе преступной деятельности, свидетельствуют о том, что значительная часть дел возбуждается после проведения операций по задержанию с поличным.

Противоречие между объективно существующими потребностями практики в проведении задержаний с поличным и отсутствием уголовно-процессуальной регламентации оснований и процедуры его проведения не могло оставаться неразрешенным длительное время. Выход был найден в использовании для задержания с поличным возможностей оперативно-розыскных мероприятий.

Однако Закон "Об оперативно-розыскной деятельности" четко определяет круг субъектов, уполномоченных на ведение оперативно-розыскной деятельности. Среди них по вполне понятным причинам не названы лица, которые в соответствии с ч. 1 ст. 144 УПК РФ наделены полномочиями и обязанностями проверять любые сообщения как о совершенных, так и о готовящихся преступлениях. До недавнего времени они не были наделены и правом направления поручений компетентным органам о проведении оперативно-розыскных мероприятий (теперь такое право закреплено в ч. 2 ст. 144 УПК). Однако и это не привело к разрешению проблем, возникающих в связи с задержанием с поличным в рамках оперативно-розыскной деятельности, ввиду отсутствия в Законе "Об оперативно-розыскной деятельности", соответствующих ведомственных нормативных актах норм, определяющих не только порядок проведения и фиксации этих действий, но и их понятие. Есть сложности и при введении в уголовный процесс результатов анализируемых операций.

В частности, для задержания с поличным субъектов готовящегося преступления нередко производится такое оперативно-розыскное мероприятие, как оперативный эксперимент. В судебно-следственной практике возникают серьезные трудности по поводу определения допустимости результатов этого оперативно-розыскного мероприятия. Часть из них напрямую связаны с отсутствием нормативно закрепленного понятия этого действия. Так, ряд авторов, сводя оперативный эксперимент к негласному наблюдению с целью выявления, пресечения и раскрытия преступления, связывают его окончание с получением информации о преступлении в момент его совершения. Материалы же задержания с поличным, проведенного спустя некоторое время, рассматриваются как недопустимые доказательства <3>. Приведенная позиция вызывает возражения, поскольку основана на подмене понятий. Оперативное наблюдение представляет собой самостоятельное оперативно-розыскное мероприятие, оно нередко осуществляется для подготовки оперативного эксперимента. Причем оба эти действия производятся по единому плану, в рамках одной оперативно-тактической комбинации.

<3> Фомин М.А. Допустимость материалов ОРМ в качестве доказательств по уголовным делам о получении взятки // Уголовный процесс. 2010. N 2. С. 21.

Вряд ли можно отрицать, что в основе оперативных наблюдения и эксперимента лежат разные методы познания, что подразумевает наличие существенных различий между этими оперативно-розыскными действиями <4>.

<4> Чечетин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия // Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности": Науч.-практ. коммент. / Под ред. В.В. Никонова, В.В. Кальницкого, А.Е. Чечетина. Омск, 1996. С. 26.

В теории оперативно-розыскной деятельности в содержание оперативного эксперимента по аналогии со следственным экспериментом включаются воспроизведение действий, обстановки, обстоятельств преступного события и выполнение опытных операций. Однако целям, а следовательно, и назначению оперативного эксперимента дается двойное толкование. С одной стороны, указывается, что он проводится для проверки и оценки собранных данных о возможности совершения определенных противоправных действий. С другой стороны, отмечается, что эксперимент может осуществляться для пресечения совершаемого преступления и задержания с поличным <5>. В подобных ситуациях в содержание оперативного эксперимента входят уже не опытные действия, а документирование и задержание с поличным участников преступления, например взяточничества. Такая трактовка противоречит представлениям о сущности эксперимента как общенаучного метода познания. Как известно, в этом смысле эксперимент понимается как производство опытов в искусственно созданных условиях, инициирующих исследуемые явления и события.

<5> Нетреба В.А., Овчинский В.С. Понятие оперативного эксперимента // Теория оперативно-розыскной деятельности: Учеб. / Под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Сенилова. М., 2009. С. 373; Халиков А.Н. Правовые основы оперативно-розыскной деятельности. М., 2007. С. 167; Лапин Е.С. Оперативно-розыскная деятельность. Курс правовых и теоретических основ: Учеб. пособие. 2-е изд., доп. М., 2011. С. 43.

На первый взгляд выявленный дуализм в понимании оперативного эксперимента имеет чисто теоретическое значение и не касается практики правоприменения. Однако при более тщательном анализе можно прийти к противоположному выводу. В ст. 5 Закона "Об оперативно-розыскной

деятельности" устанавливается запрет на подстрекательство, склонение, побуждение в любой форме к совершению противоправных действий. В ст. 304 УК РФ предусматривается уголовная ответственность за провокацию взятки и (или) коммерческого подкупа. Как правильно отмечают многие авторы, нередко грань между провокацией и легитимным оперативным экспериментом провести трудно. В основном она сводится к наличию или отсутствию данных о том, что инициатива совершения преступных действий исходила от субъекта, впоследствии задержанного с поличным. В тех случаях, когда инициативу проявляют субъекты оперативно-розыскной деятельности, проводимый оперативный эксперимент признается провокацией <6>. Приведенный критерий упоминается в качестве основного и в решениях Европейского суда по правам человека.

<6> Гармаев Ю.П., Обухов А.А. Квалификация и расследование взяточничества: Учеб.-практ. пособие. М., 2009. С. 125 - 132; Волинский А.Ф., Лапин Е.С. Расследование провокации взятки и коммерческого подкупа. М., 2010. С. 22 - 23.

Недостаточно ясны и иные требования, которые, по мнению теоретиков и практиков, должны соблюдаться при проведении оперативно-розыскного эксперимента и других оперативно-розыскных мероприятий по задержанию с поличным. Некоторые авторы полагают, что при документальном оформлении подобных оперативно-розыскных мероприятий должны полностью соблюдаться правила составления уголовно-процессуальных документов - постановлений и протоколов. Несоблюдение этих правил автоматически должно приводить к признанию результатов проведенных мероприятий недопустимыми к использованию в уголовном судопроизводстве <7>.

<7> Фомин М.А. Отграничение оперативного эксперимента от

Однако в реальности ко времени принятия решения о производстве оперативного эксперимента не всегда точно известны обстоятельства готовящегося преступления. Иногда субъекты таких посягательств в последний момент меняют место и время совершения преступления, привлекают к участию в нем лиц, неизвестных органу оперативно-розыскной деятельности, и т.п. Естественно, что такие обстоятельства не отражаются в постановлении о производстве оперативного эксперимента. Например, в указанном постановлении могут быть не указаны сведения о намерении должностного субъекта получить взятку сначала с заявителя, а спустя непродолжительное время - с другого лица. Намерения на совершение второго преступления могут быть обнаружены только во время непосредственного захвата взяткополучателя или в период наблюдения за ним после первого преступления. Следуя логике названных авторов, ссылающихся, кстати, на конкретные примеры из судебной практики, результаты эксперимента нужно признать недопустимыми.

Аналогично, по-видимому, должны оцениваться и документы, фиксирующие задержание с поличным субъекта, получившего взятку не в назначенном ранее месте, а на другой территории. Практике известны случаи, когда такие лица встречают взяткодателей по пути к оговоренному месту незадолго до наступления запланированного времени, назначают место и время непосредственно перед совершением преступления. В таких случаях вряд ли можно предусмотреть все возможные варианты развития криминальной ситуации и тем более отразить их в документах, являющихся юридическим основанием производства оперативно-розыскных мероприятий по задержанию с поличным. Кроме того, авторами приведенной позиции намеренно или непроизвольно не учитывается специфика целей, задач, содержания, формы и субъектного состава оперативно-розыскной деятельности, которая определяет особенности ее правового регулирования.

Оперативно-розыскная деятельность осуществляется в сфере особых правоотношений, не выступающих предметом регулирования уголовно-процессуального права.

Попытки детализации критериев допустимости оперативно-розыскных действий нередко предпринимаются представителями адвокатского сообщества. Стремление таких авторов объясняется желанием введения большего числа требований, выполнение которых связано с преодолением существенных трудностей.

Высказывались в научной литературе и противоположные предложения: о прямом использовании материалов оперативно-розыскной деятельности в качестве процессуальных доказательств в уголовном судопроизводстве. Такие идеи не отличаются новизной и исходят в основном от ученых из научных и учебных заведений МВД РФ. Ни в коей мере не ставя под сомнение творческую самостоятельность их авторов, отметим, что они уже подвергались справедливой критике. В частности, указывалось, что результаты оперативно-розыскной деятельности могут служить лишь основой для формирования процессуальных доказательств <8>. Сходство содержания некоторых оперативно-розыскных и следственных действий не дает оснований для признания равнозначными полученных при их проведении сведений.

<8> Доля Е.А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 2009. С. 254, 262 - 277; Конин В.Н. Федеральный закон об оперативно-розыскной деятельности как источник уголовно-процессуального права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2004. С. 20.

Оперативно-розыскные данные собираются без соблюдения процедуры, установленной уголовно-процессуальным законом, лицами, не являющимися субъектами уголовного судопроизводства, и не облакаются в уголовно-

процессуальную форму. В ряде ситуаций неизвестен и источник информации, полученной в результате оперативно-розыскной деятельности. В научных публикациях приводились и иные доводы против прямого использования оперативно-розыскной информации в уголовном судопроизводстве <9>.

<9> См., например: Астафьев Ю.В. Оценка и проверка результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном познании // Воронежские криминалистические чтения: Сб. науч. тр. Вып. 10. Воронеж, 2008. С. 20 - 28; Боруленков Ю.П. Юридическое познание в процессуальной, оперативно-розыскной и частной детективной деятельности. Владимир, 2009. С. 339 - 393; Балакшин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания. Екатеринбург, 2004. С. 162 - 164; Левченко О.В. Система средств познавательной деятельности в доказывании по уголовным делам и ее совершенствование: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 35.

В последнее время звучат предложения о придании результатам оперативно-розыскной деятельности процессуального статуса посредством закрепления их в ст. 74 УПК в качестве источников доказательств. Эта законодательная новелла аргументируется трудоемкостью формирования доказательств на основе оперативно-розыскной информации <10>. По сути, в данном предложении в завуалированной форме высказана идея прямого ввода оперативно-розыскной информации в уголовный процесс, не предусматривается каких-либо дополнительных гарантий обеспечения достоверности и допустимости получаемых таким образом сведений.

<10> Иванов П.И. Актуальные проблемы использования результатов ОРД при расследовании преступлений коррупционной направленности // Рос. следователь. 2012. N 1. С. 26.

Более радикально настроенные авторы требуют не только принять названное изменение ст. 74 УПК, но и ввести в УПК регламентирующие проведение оперативно-розыскных мероприятий положения Закона "Об оперативно-розыскной деятельности" и ведомственных правовых актов, установить исключительно судебный порядок оценки сведений, полученных оперативным путем. Ссылаясь на опыт уголовного судопроизводства ряда зарубежных стран и общественную потребность в действенных средствах борьбы с коррупцией, авторы подобных нововведений предлагают узаконить использование провокаций "в отношении постоянного нарушителя закона" <11>. В качестве единственной гарантии предусмотрен судебный порядок оценки полученных таким путем "доказательств", причем осуществляемой в закрытом заседании.

<11> Александров А.С., Кучерук Д.С. Результаты ОРМ - база приговора? Статья 2. Российские регламенты устарели // Там же. N 6. С. 38 - 39.

Представляется, что ссылки на опыт зарубежных стран неубедительны, поскольку не учитывают отличий правовых систем, исторически сложившихся в России и других государствах. Потребности общества в эффективных мерах противодействия коррупции не вызывают сомнений. Однако общество в неменьшей степени заинтересовано в укреплении гарантий прав личности в уголовном судопроизводстве. К сожалению, как свидетельствуют события в ряде субъектов Федерации, уровень правосознания сотрудников правоохранительных органов требует не бесконтрольного расширения их полномочий, а установления и усиления действенного контроля за всей их деятельностью. Вызывает сомнения и достаточность предлагаемых гарантий прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве, права на защиту, права на обжалование

процессуальных действий и решений, основных принципов уголовного процесса.

Не отрицая значения оперативного эксперимента и других оперативно-розыскных мероприятий для раскрытия и пресечения преступлений, следует признать, что при их производстве может быть получена информация, на основе которой в дальнейшем возможно формирование процессуальных доказательств.

Применение оперативного эксперимента и проверочной закупки в качестве средства задержания, т.е. меры процессуального принуждения, также представляется недопустимым.

По нашему мнению, назрела потребность в более четком разграничении оперативно-розыскных мероприятий по сбору информации о причастности субъектов к выявленному преступлению и по их задержанию.

Следует отметить, что задержание с поличным может осуществляться не только на основе данных, полученных в ходе оперативно-розыскных мероприятий. Прежде всего задержание с поличным может быть классифицировано по субъекту проведения на осуществляемое сотрудниками правоохранительных органов при выполнении своих служебных обязанностей и производимое физическими лицами, не являющимися носителями указанных обязанностей.

Задержание первого вида может быть закономерным результатом целенаправленной деятельности управомоченных органов. В этих ситуациях, как правило, проводятся оперативные мероприятия по сбору информации о приготовлениях конкретных лиц к совершению преступления, установлению наблюдения за участниками предполагаемого посягательства, фиксации совершаемых действий и физическому захвату таких лиц. Сотрудники правоохранительных органов также могут выявить совершаемое преступление и его участников в ходе штатного выполнения служебных обязанностей (патрулирования, несения постовой службы и т.п.) или проведения плановых операций по выявлению посягательств отдельных

видов (сбыта наркотиков, угона автотранспорта и т.д.) на определенных территориях.

Физические лица, как правило, становятся случайными очевидцами совершающегося преступления. Некоторые из них принимают меры к задержанию субъектов посягательства. Независимо от того, кем задержаны сличным субъекты предполагаемого преступления, на практике возникают проблемы при определении процессуального статуса задержанных и применении к ним меры процессуального принуждения, предусмотренной ст. ст. 91 - 92 УПК.

Как уже отмечалось, в теории и правоприменительной практике превалирует мнение о том, что задержание подозреваемого допустимо только после возбуждения уголовного дела. В связи с этим используется также понятие "фактическое задержание", определяемое как ограничение свободы после непосредственного захвата, а также в период доставки в компетентное учреждение, опроса, установления личности, освидетельствования задержанного и т.п. <12>. Вместе с тем высказывается мнение, что современное законодательство позволяет производить задержание в порядке ст. ст. 91 - 92 УПК и на стадии возбуждения уголовного дела <13>.

<12> Маслов И. Проблемы применения законодательства о задержании подозреваемого // Уголовное право. 2012. N 1. С. 93 - 94; Пикалов И.А. Проблемы соответствия превентивного лишения свободы отдельным принципам уголовного судопроизводства. М., 2009. С. 34.

<13> Кутуев Э.К. Указ. соч. С. 55 - 60.

Конституционный Суд РФ практически признает такое задержание, указывая, что его сроки должны исчисляться с момента фактического ограничения свободы передвижения задержанного. Таким образом, не отрицается и факт ограничения определенных гражданских прав и свобод задержанных. Основным же доводом противников применения подобных

мер на указанной стадии является ссылка на их недостаточную обоснованность, поскольку на этой стадии еще отсутствуют необходимые сведения о совершении преступления и причастности к нему задержанного. Однако фактически такие меры применяются, права задержанного ограничиваются, но ему предоставляется статус подозреваемого.

Не вызывает сомнений и то, что сложившееся положение, характеризующееся коллизией практики задержания с поличным и норм УПК, регламентирующих применение названной меры на стадии предварительного расследования, требует законодательного разрешения.

В связи с этим предлагаем дополнить гл. 19 УПК статьей 144.1 "Задержание с поличным" следующего содержания.

"1. Дознаватель, орган дознания, следователь, осуществляющие проверку сообщения о совершенном преступлении, при наличии оснований, предусмотренных пунктом 1 части 1 статьи 91 настоящего Кодекса, могут проводить задержание подозреваемого.

2. Задержание с поличным осуществляется в порядке, предусмотренном частями 1 - 3 статьи 92 настоящего Кодекса.

Следователь вправе поручать уполномоченным органам оперативно-розыскные мероприятия по подготовке и фиксации задержания с поличным, а также его непосредственное проведение на месте совершения преступления.

3. В течение 48 часов с момента задержания с поличным следователь должен принять решение о возбуждении уголовного дела и избрании в отношении задержанного меры пресечения либо о его освобождении.

4. Задержанный должен быть опрошен по поводу возникшего подозрения, пользуется правом отказа от дачи объяснений и всеми правами, предусмотренными статьей 46 настоящего Кодекса, за исключением права давать показания".

Введение подобной нормы, на наш взгляд, позволит избежать проведения оперативного эксперимента как действия по фактическому

задержанию заподозренного. Оперативно-розыскные мероприятия по проверке информации о готовящемся преступлении отражаются в самостоятельных документах. Наблюдаемые участниками задержания действия субъектов преступления фиксируются в протоколах (актах) оперативного наблюдения, рапортах и объяснениях лиц, осуществлявших и воспринимавших процесс этого оперативно-розыскного мероприятия.

Всех проблем, возникающих в практике задержания, предлагаемая новелла, несомненно, не разрешает, однако позволяет предотвратить и исключить значительную часть из них. По крайней мере, следователи будут избавлены от необходимости ухищрений, выражающихся в том, что реально задержанных содержат в неустановленных местах ("отстойниках", "карманах", "загашниках" и т.д.) или следователь вынужден манипулировать с документацией <14>.

<14> Томин В.Т. База укрепления законности - целесообразность закона // Проблемы борьбы с преступностью в современных условиях. Иркутск, 1995. Ч. 1. С. 13.

В то же время в ряде случаев в структуре задержания с поличным сохранится определенный временной разрыв между операциями по фактическому задержанию, доставке задержанного в соответствующее учреждение, получению объяснений от него и свидетелей, выполнению других операций и составлению протокола задержания. В частности, такие ситуации могут возникать при проведении задержания с поличным при внезапном обнаружении преступления сотрудниками правоохранительных органов и лицами, не являющимися таковыми. Безусловно, обоснованность таких задержаний потребует проверки. Однако угроза тотального нарушения закона в виде необоснованных задержаний с поличным столь же велика, сколь и при проведении аналогичного процессуального действия после возбуждения уголовного дела. Сроки задержания в подобных условиях также

должны исчисляться с момента фактического ограничения свободы лица на месте предполагаемого преступления.

В научной литературе высказывались предложения о признании задержания с поличным поводом для возбуждения уголовного дела <15>. Основания таких изменений вызывают сомнения, поскольку в задержании с поличным уже имеется сообщение о готовящемся преступлении либо оно поступает после пресечения выявленного преступления. Таким образом, анализируемая новелла нарушает принцип Оккама.

<15> Пидусов Е.А. Задержание подозреваемого в незаконном обороте наркотиков. М., 2007. С. 32 - 33.

Представляется, что регламентация задержания с поличным на стадии возбуждения уголовного дела не остановит дискуссии о процессуальной сущности задержания как следственного действия и меры процессуального принуждения. Однако решение этого вопроса требует серьезного самостоятельного исследования.

Сведения о публикации для оформления библиографической ссылки:

Карагодин В.Н. Теория и практика задержания с поличным в российском уголовном судопроизводстве // Российский юридический журнал. 2012. N 6. С. 146 - 153.