

ISSN 0236-4964



# «ЧЕРНЫЕ ДЫРЫ»

в Российской  
Законодательстве

5'2015

г. Москва

# «ЧЕРНЫЕ ДЫРЫ» в Российском законодательстве».

Юридический журнал  
“Black Holes”  
in Russian  
Legislation

№ 5, 2015 г.

Исследование всех областей права. Каждый автор выявляет «черные дыры» в рассматриваемой им области права — изъяны, создающие угрозу построению правового государства, дает научно обоснованные рекомендации по их устранению вплоть до проектов статей законодательных актов. Результаты доводятся до сведения законодательных органов страны.

Главный редактор – Чистяков В.В.  
Заместитель главного редактора – Ястребова Е.В.

Верстка – Козырева Г.А.

Журнал распространяется по подписке.

Цена договорная.

Индекс по каталогу  
Агентства «Роспечать»: 80270;  
индекс электронной версии: 82162

Адрес для корреспонденции: 119607,  
Москва,  
ул. Раменки, д. 21, кв. 282.

Телефон: 7 (916) 577-94-06

Электронная почта:  
leg\_journal@list.ru (редакция),  
vc@rdsn.ru (распространение)

Интернет: www.k-press.ru/bh

Журнал зарегистрирован  
в Комитете Российской  
Федерации по печати:  
ПИ № ФС 77-22297 от 11.11.2005 г.  
Учредитель журнала:  
ООО «К-Пресс»;  
Генеральный директор  
ООО «К-Пресс» Чистяков В.Ю.

*Для юристов, руководителей организаций,  
сотрудников правоохранительных органов, аппарата  
Президента РФ и территориальных органов управления,  
законодательных органов страны, регионов, городов,  
юридических факультетов и вузов*

Журнал входит в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий», в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени кандидата и доктора наук по праву. Решение Президиума ВАК Минобрнауки России от 19.02.2010г.: <http://vak.ed.gov.ru>

Все статьи, публикуемые в журнале проходят внешнее и внутреннее рецензирование. Внешнее рецензирование осуществляется научными руководителями и консультантами авторов статей. Внутреннее рецензирование осуществляется членами редколлегии и редсовета.

**Чистяков Владимир Всеволодович**, профессор, председатель редакционной коллегии журнала

**Боголюбов Сергей Александрович**, д-р юрид. наук, профессор, Заслуженный деятель науки России, зав.отделом Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ

**Букалерева Людмила Александровна**, д-р юрид. наук, профессор, заведующая кафедрой РУДН

**Володина Светлана Игоревна**, канд. юрид. наук, доцент, директор института адвокатуры и нотариата МГЮА им. О.Е.Кутафина, проректор Российской Академии адвокатуры и нотариата

**Зайцев Олег Александрович**, д-р юрид. наук, профессор, Заслуженный деятель науки России, Почетный работник высшего профессионального образования РФ, проректор по научной работе Московской академии экономики и права

**Капинус Оксана Сергеевна**, д-р юрид. наук, профессор, Государственный советник юстиции 3 класса, ректор Академии Генпрокуратуры России

**Комиссаров Владимир Сергеевич**, д-р юрид. наук, профессор, заведующий кафедрой МГУ

**Курбанов Рашад Афатович**, д-р юрид. наук, профессор, Заслуженный юрист РФ, заведующий кафедрой РЭУ имени Г.В.Плеханова, Заведующий отделом Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ

**Лунеев Виктор Васильевич**, д-р юрид. наук, профессор, Заслуженный деятель науки России, Главный научный сотрудник Института государства и права РАН, лауреат Государственной премии РФ  
**Олейник Оксана Михайловна**, д-р юрид. наук, профессор, заведующая кафедрой юридического факультета Государственного университета — Высшей школы экономики

**Параскевова Светлана Андреевна**, д-р юрид. наук, профессор, председатель судебного состава шестнадцатого арбитражного апелляционного суда

**Ревин Валерий Петрович**, д-р юрид. наук, профессор, Заслуженный деятель науки России, заведующий кафедрой Института международного права и экономики им. А.С.Грибоедова

**Эминов Владимир Евгеньевич**, д-р юрид. наук, профессор, Заслуженный юрист России, заведующий кафедрой МГЮА им. О.Е.Кутафина

Редакционный совет:

**Алешин В.В., Басик В.П., Булаков О.Н., Воскобитова Л.А., Горбунов А.П., Горбунова О.Н., Гошуляк В.В., Григорьев В.Н., Дашков Г.В., Ершова И.В., Звечаровский И.Э., Козусев А.Ф., Кручинина Н.В., Кузнецов А.П., Курманов М.М., Маркарян С.А., Петрова Г.В., Попов А.П., Сафин Ф.Ю., Симонов Н.Е., Тамаев Р.С., Хаванский Н.А., Шпаковский Ю.Г., Шумилов А.Ю.**

Подписано к печати 9.10.2015. Формат 60x84 1/8.

Печать офсетная. Бумага офсетная № 1.

Печ. л.22,5. Тираж 2500 экз. 1-ый завод – 273 экз.

Отпечатано в типографии

TIRAZHI.RU

г. Москва, тел. (495) 585-08-95

|  |            |
|--|------------|
| <b>4.6. НОВЕЛЛЫ ОТЕЧЕСТВЕННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ БЕЗОПАСНОСТИ ДВИЖЕНИЯ И ЭКСПЛУАТАЦИИ ТРАНСПОРТА</b><br>ОСИПОВ В.А., канд. юрид. наук, доцент, ХАРИТОНОВ И.И. ....  | 69         |
| <b>4.7. К ВОПРОСУ О КРИТЕРИЯХ ОЦЕНКИ ЗАКОННОСТИ ПРОВЕДЕНИЯ ОПЕРАТИВНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ</b><br>ЭНГЕЛЬГАРТ А.А., канд. юрид. наук, доцент .....  | 73         |
| <b>4.8. ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПОЛОЖЕНИЙ О СУБЪЕКТАХ КОРРУПЦИОННЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В УК РФ</b><br>СОРОЧКИН Р.А., канд. юрид. наук .....   | 78         |
| <b>4.9. К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ ОСОБЫХ УСЛОВИЙ ПО ДЕЙСТВУЮЩЕМУ РОССИЙСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ</b><br>ДЖАБРАИЛОВ А. А. ....   | 82         |
| <b>5. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС (СПЕЦИАЛЬНОСТЬ 12.00.09) .....</b>   | <b>86</b>  |
| <b>5.1. УГОЛОВНАЯ ПОЛИТИКА ГЕРМАНИИ И РОССИИ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ РАЗВИТИЯ. КОМПАРАТИВИСТСКИЙ ПОДХОД</b><br>БАРЫШЕВА К.А., канд. юрид. наук .....  | 86         |
| <b>6. КРИМИНАЛИСТИКА; СУДЕБНО-ЭКСПЕРТНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ; ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ (СПЕЦИАЛЬНОСТЬ 12.00.12) .....</b>  | <b>91</b>  |
| <b>6.1. СПОРНЫЕ ВОПРОСЫ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ И ЭКСПЕРТОЛОГИИ</b><br>АВЕРЬЯНОВА Т. В., д-р юрид. наук, профессор, КОРУХОВ Ю.Г., д-р юрид. наук, профессор .....   | 91         |
| <b>11. РАЗНОЕ .....</b>  | <b>97</b>  |
| <b>11.1. ОСОБЕННОСТИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ АДВОКАТОМ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗНАНИЙ ПО ДЕЛАМ, СВЯЗАННЫМ С ДОРОЖНО-ТРАНСПОРТНЫМИ ПРОИСШЕСТВИЯМИ</b><br>ДОМАНОВ В.Н., канд. технич. наук, доцент .....   | 97         |
| <b>11.2. ВЗАИМОСВЯЗЬ КОРРУПЦИИ И ОРГАНИЗОВАННОЙ ПРЕСТУПНОСТИ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ</b><br>ГЛАЗКОВА Л.В., канд. юрид. наук, доцент .....   | 101        |
| <b>11.3. ОСОБЕННОСТИ НАСЛЕДОВАНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ИМУЩЕСТВЕННОГО ХАРАКТЕРА ОБЕСПЕЧЕННЫХ ПОРУЧИТЕЛЬСТВОМ</b><br>МЕНЯЙЛО Л.Н., канд. полит. наук, доцент, ТИЩЕНКО И.В., канд. юрид. наук, ПАНФИЛОВА О.В., канд. юрид. наук, МИХАЙЛИКОВ В.Л., канд. юрид. наук, доцент ..... | 105        |
| <b>11.4. НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ДОЗНАНИЯ В СОКРАЩЕННОЙ ФОРМЕ</b><br>ХАЗИЕВА Р.Р., канд. юрид. наук .....  | 108        |
| <b>11.5. К ВОПРОСУ ПОВЫШЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПОДРАЗДЕЛЕНИЙ ПОЛИЦИИ В УСЛОВИЯХ УЧАСТИЯ В КОНТРТЕРРОРИСТИЧЕСКИХ ОПЕРАЦИЯХ</b><br>ШОМАХОВ М.К. ....  | 110        |
| <b>11.6. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ГОТОВНОСТИ ОРГАНОВ И ПОДРАЗДЕЛЕНИЙ МВД РОССИИ ПО ПРОТИВОДЕЙСТВИЮ ТЕРРОРИСТИЧЕСКИМ ГРУППАМ НА СЕВЕРНОМ КАВКАЗЕ</b><br>УЗУЕВ Ю.Э. ....  | 113        |
| <b>ТРЕБОВАНИЯ К МАТЕРИАЛАМ, ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ «ЧЕРНЫЕ ДЫРЫ» В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ», ПОРЯДОК И УСЛОВИЯ ПУБЛИКАЦИИ СТАТЕЙ, ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ АВТОРОВ) .....</b>  | <b>115</b> |

## 4.7. К ВОПРОСУ О КРИТЕРИЯХ ОЦЕНКИ ЗАКОННОСТИ ПРОВЕДЕНИЯ ОПЕРАТИВНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ

**Энгельгардт Артур Августович, канд. юрид. наук, доцент. Должность: доцент кафедры. Место работы: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики». Подразделение: кафедра уголовного права и криминалистики факультета права. E-mail: aengelgardt@hse.ru**

**Аннотация:** Проблемы, связанные с реализацией запрета подстрекать, склонять, побуждать физических лиц к совершению противоправных действий при проведении оперативно-розыскных мероприятий, справедливо относятся к одним из самых сложных в праве и правоприменении. Последнее десятилетие криминалисты в лице Б.В. Волженкина, А.В. Грошева, Л. Лобановой, В.С. Комиссарова, С. Радачинского, А.В. Тищенко, П.С. Яни и других авторов уделили им самое серьезное внимание. Среди проблемных аспектов темы, актуальных, в том числе для судебной практики, находится вопрос о формировании понятных и опознаваемых критериев законного осуществления субъектами оперативно-розыскной деятельности своей профессиональной деятельности. Их выражение в законодательстве лишь в общей форме дополняется подробным регулированием порядка проведения соответствующих мероприятий. Однако, как показывает анализ, этого недостаточно.

Для исследования указанного вопроса автор использовал обусловленные ориентацией на уголовно-правовую доктрину и законодательство методы догматического и сравнительно-правового анализа. В результате он приходит к выводу, что по существу регулированию осуществление оперативных мероприятий может определяться наличием информации о том, что лицо готовится или совершает конкретное преступление. Очевидно, что вопрос о критериях оценки провокационно-подстрекательских действий нуждается в дальнейшем исследовании. И здесь выводы статьи могут быть использованы в научном дискурсе и подготовке необходимых практике научно-методических рекомендаций.

**Ключевые слова:** провокационно-подстрекательские действия, преступление, разграничение правомерного оперативного мероприятия и провокации.

### CRITERIA FOR DETERMINATION OF LEGALITY OF INVESTIGATIVE MEASURES

**Engelgardt Artur Avgustovich, PhD in Law, Assistant professor. Position: professor Department. Place of employment: National Research University "The Higher School of Economics". Division: Department of Criminal Law and Criminalistics, Law Faculty. E-mail: aengelgardt@hse.ru**

**Annotation:** The problems related to the application of the prohibition to instigate, induce, or incite individuals to commit unlawful acts are justly considered as one of the most complicated ones in law theory and practice. During the past decade, criminal law scholars like B.V. Volzhenkin, A.B. Groshev, L. Lobanova, V.S. Komissarov, S. Radachinskiy, A.V. Tishchenko, P.S. Yani, and others have dedicated significant amount of attention to these problems. Among the challenging aspects of the topic bearing

importance for the judicial decision-making is the issue of working out accessible and clear criteria for the legally compliant performance of professional duties by criminal investigators. Such criteria are briefly outlined in the statute law and elaborated upon in the regulations pertaining to particular investigative measures. As the analysis in the article reveals, such regulation is not sufficient.

In his research of the topic, the author used theoretical and comparative methods of legal analysis oriented on the criminal law scholarship and statutory regulation. As a result, the author concludes that in line with the effective provisions the application of investigative measures may be decided upon based on the information about an individual committing or preparing to commit a crime. Criteria for the determination of legality of actions potentially amounting to provocation and entrapment obviously require further research. The conclusions of this article can be used in the scholarly discourse and for the preparation of guidelines for practitioners.

**Keywords:** entrapment, provocation, distinguishing between lawful investigative measures and provocation.

Проблема, о которой идет речь, является преимущественно практической, но важна и в методологическом плане. Все, что связано с преступностью, в частности, вопросы о том, что с ней делать, какие меры применять – вызывают понятный общественный интерес, и широко обсуждаются. Например, видно беспокойство по поводу использования методов оперативно-розыскной деятельности (ОРД). Осуществление такой деятельности, даже при отсутствии злоупотреблений, может:

- выражаться в использовании методов, называемых самими представителями этой области юридической практики провоцирующими. В частности, применение оперативных закупок наркотических средств или психотропных веществ предполагает высказывание намерений и достижение договоренности со сбытчиком о приобретении у него объектов, оборот которых запрещен<sup>1</sup>. Такое обращение может подтолкнуть лицо к совершению преступления, которое оно не стало бы совершать в отсутствии активных действий сотрудников службы по контролю за оборотом наркотиков;

- сопровождаться вторжением в сферу конституционных прав граждан, в частности, на тайну переписки, телефонных переговоров, неприкосновенности жилища (статья 8 Федерального закона от 12 августа 1995 г. «Об оперативно-розыскной деятельности»<sup>2</sup> - далее Закон об ОРД).

Прежде чем попытаться ответить на вопрос об обоснованности указанных опасений, обратим внимание на очень важные обстоятельства. Во-первых, использование указанных методов, само вторжение в сферу прав граждан в настоящее время признается, в том числе и общественным мнением, необходимым<sup>3</sup>. В том числе, в связи с тем, что имеет место «переструктуризация» преступности, когда «обычную» преступность теснят малоизученные и почти не регулируемые, высоколатентные виды эпохи постмодернизма, в част-

<sup>1</sup> Комментарий к Федеральному закону от 12 августа 1995 г. №144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»//Отв. ред А.И. Алексеев, В.С. Овчинский.- Проспект, 2011 / Доступ из: СПС Гарант.

<sup>2</sup> Федеральный закон 12 августа 1995 г. №144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» // Собрание законодательства РФ 1995. №33. Ст. 3349.

<sup>3</sup> Доля Е.А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. - М.: Проспект", 2009 / Доступ из: СПС Гарант.

ности, киберпреступность<sup>4</sup>, а сами правоохранительные органы перешли к массовому использованию современных технических средств фиксации информации.

Во-вторых, насколько в действительности распространены злоупотребления при совершении указанных действий неясно. Но они имеют место. Поэтому Закон об ОРД специально устанавливает, что соответствующим органам и лицам запрещено:

- подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (и называет такого рода действия провокацией);
- разглашать сведения, которые затрагивают неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, честь и доброе имя граждан (статья 5).

Можно с достаточным основанием предположить, что содержание и вопросы реализации каждого из указанных гарантийных предписаний многоаспектны. При этом любой параметр их правового регулирования и особенности правоприменения нуждаются в самостоятельной оценке на основе специальных научных исследований<sup>5</sup>. Этого требует использованный в отраслевом законодательстве подход: менее определенно регламентировать основания правоприменительных решений и более – правила их принятия. В данной работе представляется необходимым ограничиться рассмотрением как специальной проблемы содержания запрета превращать граждан в «преступников» - подстрекать, склонять, побуждать их в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий<sup>6</sup>.

Для отражения запрета провокации Закон об ОРД избрал конструкцию, выраженную казуально-абстрактной формулировкой. Казуальный элемент определения указывает на три формы провокационных действий. Необходимо «наполнить» их содержанием, обусловленным спецификой предмета регулирования. Положим в основание анализа следующие подходы.

По смыслу комментируемой нормы Закона об ОРД запрещается провокация не только преступления, но и иных противоправных или аморальных действий. Но любая постановка вопроса об оценке определенных действий как провокации требует учета того, прежде всего, она будет осуществляться для нужд реализации норм уголовного и уголовно-процессуального права. Оперативно-розыскная деятельность имеет законодательно определенную задачу - обеспечить безопасность правоохраняемых объектов - человека, общества и государства от преступных посягательств. Результаты оперативно-розыскной деятельности широко используются в качестве поводов и оснований для возбуждения уголовных дел, а также в процессе доказывания при условии проверки их с помощью гласных приемов, заключающихся в придании им формы документов, которые уже могут выступать в качестве источников доказательств.

<sup>4</sup> Гилинский Я. Преступность в постсовременном мире//Независимая газета. 9 октября 2015 года.

<sup>5</sup> Тищенко А.В. Разграничение провокации преступления от института соучастия//Бизнес в законе 2014. №5. С. 89-91.

<sup>6</sup> Председатель Верховного Суда Российской Федерации В.М. Лебедев в числе наиболее значимых для судов вопросов уголовной ответственности за коррупционные преступления, отмечает проблему разграничения законных оперативно-розыскных мероприятий, направленных на выявление преступления, и так называемых «провокационно-подстрекательских» действий правоохранительных органов в отношении должностных лиц, исключая ответственность последних за получение взятки//Уголовное право. 2013. №5. С. 4.

По статье 7 Закона об ОРД основаниями для проведения ОРМ являются сведения о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Начало и законное осуществление оперативно-розыскной деятельности всецело зависит от поступления соответствующих актуальных данных. Поэтому свой смысл провокация (как подстрекательские действия) приобретает при нарушении требования о том, что факты и обстоятельства, полученные сотрудниками оперативного подразделения лично или из других заслуживающих источников, достаточны сами по себе для того, чтобы можно было прийти к разумному убеждению, что совершено или совершается преступление. Вряд ли кто-то будет спорить с тем, что, несмотря на первостепенную важность, определить как наличие такой информации, так и отступление от этого требования весьма сложно.

Любая норма содержащимся в ней набором объективных и субъективных значений программирует практическую деятельность адресата, осуществляемую в институционально выраженном контексте. Очевидным образом, указания статьи 7 Закона об ОРД характеризуют деятельность по установлению оснований уголовной ответственности, осуществляемую в контексте служебных задач должностного лица. В их числе Законом называются выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших. В специальной литературе они раскрываются следующим образом:

- выявление преступлений означает поиск и обнаружение задуманного, происходящего и совершенного преступления;

- предупреждение – это деятельность, направленная против возможного (но еще не задуманного), задуманного (готовящегося, замышляемого, но не совершаемого), а также происходящего и совершенного (произошедшего) преступления;

- пресечение используется для прекращения происходящего преступления, и, прежде всего, на стадии приготовления к преступлению и покушения на него, а также преступной деятельности;

- под раскрытием преступления понимается деятельность, направленная на установление мотива, времени, места, способа и других обстоятельств совершения преступления и лиц, его совершивших;

- выявление и установление лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших преступления, означает поиск, обнаружение, сбор, фиксацию установочных и иных данных о лицах, задумывающих совершить преступления, а также совершающих или совершивших их<sup>7</sup>.

Проведение оперативных мероприятий, таким образом, не может не иметь в значительной степени превентивный (предупреждающий) характер, совершаться в условиях неопределенности или неполноты полученной в результате собственных активных действий или представленной адресату информации. Это провоцирует в деятельности оперативных сотрудников широкое усмотрение. Иными словами, обоснование правомочности своих действий лицами, осуществ-

<sup>7</sup> Комментарий к Федеральному закону от 12 августа 1995 г. №144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»//Отв. ред. А.И. Алексеев, В.С. Овчинский.- Проспект, 2011/Доступ из: СПС Гарант.

ляющими оперативную деятельность, может привязываться к условию достаточности уже подозрения наличия конфликта правовых интересов. Самым убедительным подтверждением существования этого подхода служит судебная практика.

Так, из проанализированных при подготовке статьи обвинительных приговоров по статьям 146 и 273 УК РФ<sup>8</sup> следует, что выявление соответствующих преступлений с использованием ОРМ включало несколько последовательных шагов:

а) телефонный звонок или контакт в информационно-телекоммуникационной сети (сотрудника оперативного подразделения или сотрудничающего с ним частного лица) по данным в объявлении, размещенным в Интернете, ином источнике информации о ремонте компьютеров, других электронных устройств и (или) установке программ;

б) достижение договоренности о месте и времени покупки или оказании услуги по установке контрафактного программного обеспечения. Соответствующий характер программ специально не подчеркивался, однако это не вызывало сомнений: программные продукты предоставлялись по цене, в несколько раз меньшей, чем стоимость лицензионных экземпляров;

в) фиксация фактов покупки и (или) установки контрафакта лицом с последующим возбуждением уголовного дела.

При анализе уголовных дел было предположено, что, как правило, до проведения мероприятий по избличению лица в совершении преступления были получены оперативным путем данные о его предшествующем преступном поведении, например, о приговорах к совершению или незаконном использовании (с указанием конкретных фактов, их места, времени и др.) объектов авторского права. Но в приговорах это находило отражение крайне редко<sup>9</sup>. Остается констатировать, что таких данных не было.

Часто для подтверждения законности проведения оперативных мероприятий в приговоры включалось указание на соблюдение процедуры их осуществления, а также признание лицами, привлеченными к ответственности, наличия намерения совершить преступления, возникшего до момента осуществления ОРМ. Однако даже наличие такого намерения еще не означает, что было бы совершено преступление. Таким образом, если приговоры отражают данное обстоятельство, его присутствие не отменяет фактического состава провокации, не служит гарантией от необоснованно завышенного риска быть подвергнутым уголовному преследованию.

Во всех приговорах упоминается о размещении виновными объявлений об установке контрафактного программного обеспечения. Может быть, этот факт можно признать получением органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, сведений о признаках подготавливаемого, совершаемого проти-

воправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих или совершающих? Самым кратким образом ответ определяется тем, что нужны признаки конкретного преступления. Эти признаки появляются, если объявление будет дополняться действиями, по меньшей мере, создающими условия для совершения преступления. Но взятый сам по себе факт размещения объявления на момент начала ОРМ, как правило, позволяет лишь высказать неконкретное предположение о желании лица осуществить определенные действия.

Формально описать для целей правовой оценки, как известно, можно любой поведенческий акт или комплекс поведенческих актов<sup>10</sup>. Однако задача минимизация латентных аргументов проведения ОРМ, требующая определения понятного и опознаваемого информационного индикатора (индикаторов) стандартного осуществления адресатами закона своей профессиональной деятельности показывает все трудности её перевода в конкретизированную правовую форму. Можно ли, например, при осуществлении ОРМ наметить для себя подозреваемых по признаку «лица, предрасположенные к совершению преступления»? В частности, по исследованным делам считать таковыми лиц, откликнувшихся на звонок (сотрудника оперативного подразделения или частного лица, согласившегося сотрудничать) по номеру в объявлении, размещенному в Интернете, ином источнике информации. Отсутствие соответствующих признаков в законодательстве в значительной степени смягчается подробной характеристикой оснований для проведения ОРМ, наличием запрета провокации, но, как показывает приведенная практика, отнюдь не в достаточной мере.

Обратившись к положениям зарубежного законодательства и судебной практике, релевантной к рассматриваемой проблеме, мы найдем здесь несколько моделей. Так, хорошо известен опыт США, где критерий провокации преступления нашли отражение в Примерном уголовном кодексе, выработаны прецедентной практикой. Понимание провокации связано с нарушением агентами полиции определенной границы. В статье 2.13 Примерного УК провокация преступления, в частности, определена как применение должностным лицом, осуществляющим исполнение закона, или лицом, действующим в сотрудничестве с таким должностным лицом, методов убеждения или побуждения, создающих существенный риск того, что посягательство будет совершено иными лицами помимо тех, которые готовы его совершить<sup>11</sup>. Из определения следует, что действия агентов не должны подталкивать (побуждать) невиновных лиц к совершению преступлений, которые те не стали бы совершать в отсутствии активности самих полицейских.

При разрешении споров для оценки роли полицейских, как отмечается в большой работе, посвященной правовой системе США, применяются два подхода: субъективный и объективный. В обоих случаях требуется доказать, что идея совершения преступления исходила от полиции (именно агенты полиции вызвались купить наркотики, вручили взятку и др.). Широко применяемый субъективный подход в дополнение к тому предполагает возможность учета предрасположенности обвиняемого – «как только представится соответ-

<sup>8</sup> Материалом для изучения послужила судебная практика 2013-2014 гг., опубликованная на сайте URL: <http://rospravosudie.com>. Всего было изучено 50 судебных актов. О судебной практике по делам о получении взятки см.: Комиссаров В., Яни П. Провокационно-подстрекательская деятельность в отношении должностного лица как обстоятельство, исключающее ответственность за получение взятки // Законность. 2010, №9. С. 3-8.

<sup>9</sup> Отсутствием по делу ориентирующей или прогностической информации можно объяснить такие встречающиеся в приговорах описания фактических обстоятельств как «в неустановленное время приобрел...», «находясь в неустановленном месте, разработал преступный план» и т.п.

<sup>10</sup> Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. - М.: Проспект, 2008. С. 334.

<sup>11</sup> Примерный уголовный кодекс (США). - М.: Прогресс. 1969. Цит. по: [Электронный ресурс] URL <http://www/law.edu.ru> (дата обращения – 13 августа 2015 г.).

ствующая возможность» - к совершению вменяемого ему преступного деяния. При этом предрасположенность должна сформироваться самостоятельно, а не как результат внимания правоохранительных органов. Объективный подход - как раз из-за его строгости применяется в немногих штатах - нацелен на анализ того, каким образом данные действия агентов полиции повлияли бы на среднего человека. Утверждается, что при этом оценки личности обвиняемого и степени его предрасположенности к совершению преступления в большинстве случаев теряют свое значение<sup>12</sup>.

Посмотрим на проблему с национально-правовых позиций. Учитывая факты использования провокации для изобличения сбытчиков наркотических средств и психотропных веществ, а также должностных лиц - получателей взятки, российская судебная практика попыталась выработать здесь свои позиции. Можно полагать, что эти позиции сформировались под влиянием хорошо известных и неоднократно приводившихся в литературе, что исключает необходимость их повторения, актов Конституционного Суда РФ и ЕСПЧ<sup>13</sup>. Их содержание представлено в Постановлениях Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2013 г. № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» и от 15 июня 2006 г. № 14 (в ред. от 30 июня 2015 г. №30) «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами»<sup>14</sup>. Пленумом определена следующая граница возможного осуществления оперативно-розыскной деятельности, не образующая провокации: ОРД не соответствует требованиям закона при обстоятельствах, свидетельствующих о том, что без вмешательства сотрудников правоохранительных органов умысел на конкретное преступление не возник бы (он должен сформироваться независимо от деятельности сотрудников органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность) и преступление не было бы совершено. Практически это означает, что ОРМ допустимы лишь в условиях реально начатой преступной деятельности.

Рассматривая проблематику разграничения правомерного эксперимента и провокации взятки либо коммерческого подкупа, А.В. Грошев утверждает, что:

а) оперативно-розыскные действия сотрудников правоохранительных органов правомерны только в том случае, когда ни в какой мере не воздействовали на формирование умысла взяткополучателя;

б) провокация же налицо только тогда, если умысел на совершение преступления сформировался исключительно в результате подстрекательских действий<sup>15</sup>. Однако, этот подход очень строг. Объективно во многих случаях будет трудно выявить, а главное, оценить именно влияние ОРМ, их роль как источника наступивших изменений. На практике причинно-

следственные связи подобного рода вряд ли отслеживаемы. Практически более ценной представляется формула, приведенная в постановлении Пленума.

В границах определенного Пленумом возможного осуществления оперативно-розыскной деятельности, наличия информации, выдержанной в общей форме, для строгого разграничения правомерного оперативно-розыскного мероприятия и провокации недостаточно. Нужно опираться на сведения о том, что лицо готовится (например, заявило конкретное требование, достигло договоренности о взятке) или совершает (продолжает совершать) конкретное преступление. Сами результаты ОРМ могут использоваться в доказывании по уголовному делу, если они были получены и затем переданы органу предварительного расследования (или суду) в соответствии с требованиями уголовного судопроизводства. Реализация этих положений требует проверки действий полицейских, которые скрыты от наблюдения.

По буквальному смыслу приведенных положений личность не «выведена» за пределы оценки. Но, по крайней мере, нет речи об использовании в качестве самостоятельных оснований для осуществления оперативно-розыскных мероприятий данных о характере, репутации (например, преступном прошлом, систематическом получении взяток) и, что особенно важно, предрасположенности лица к совершению преступления. Тем более недостаточно простого заявления сотрудника полиции о том, что он располагал информацией о намерении лица совершить преступление.

Данная на основании двух постановлений характеристика критериев и признаков провокации вряд ли удовлетворит существующие потребности адресатов уголовного закона. Проблема касается разных случаев, а не только дел о незаконном обороте наркотиков, получении взятки и коммерческом подкупе. Оперативно-розыскные мероприятия активно применяются по многим другим категориям дел. В частности, получаемые таким образом сведения используются по делам о нарушении авторских и смежных прав (статья 146 УК), о незаконном приобретении, передаче, сбыте, хранении, перевозке или ношении оружия, его основных частей, боеприпасов (статья 222 УК), о правомерном доступе к компьютерной информации (статья 272 УК), создании, использовании и распространении вредоносных компьютерных программ (статья 273 УК) и др. Наличие особенностей провокации по этим делам и их оценка судебной практикой пока отслеживались недостаточно. Представляется крайне важным понять, какие способы получения предварительной информации не приведут к оценке последующих проверочных действий в качестве банальной провокации преступления.

Как известно, постановления Пленума Верховного Суда нередко содержат примеры тех реальных социальных ситуаций, которые относимы к предмету толкуемых уголовно-правовых вопросов. Ориентирующих указаний, обеспечивающих практическое понимание провокационно-подстрекательских действий, пока нет. Рекомендации о квалификации таких действий носят общий характер. Они требуют постепенного наполнения конкретным содержанием в ходе постепенно складывающейся судебной практики. Собственно, как свидетельствуют публикации П.С. Яни и В.С. Комиссарова, сейчас любой нашедший оценку в судебной

<sup>12</sup> Бернам Уильям Правовая система США. 3-вып. Пер. с англ. - М.: Новая юстиция. 2007. С. 886-887.

<sup>13</sup> Зенкин А., Бондаренко О. Критерии провокации незаконного сбыта наркотиков в решениях Европейского Суда по правам человека//Законность, 2013, №9. С. 45-49.

<sup>14</sup> Российская газета от 13 июля 2015 г.

<sup>15</sup> Подстрекательские действия являются необходимым, но не всегда достаточным условием для того, чтобы субъект принял решение совершить деяние. - См.: Грошев А.В. Цель как критерий разграничения правомерного эксперимента и провокации взятки либо коммерческого подкупа//Категория «цель» в уголовном, уголовно-исполнительном праве и криминологии: Материалы IV Российского конгресса уголовного права 28-29 мая 2009 г.- М.: Проспект, 2009. С. 486-487.

практике случай провокации имеет ориентирующее значение<sup>16</sup>.

Однако повторим, что проблема критериев оценки провокационно-подстрекательских действий нуждается в дальнейшем исследовании. Пока нет выводов (положений), которые бы соответствовали бы всем требованиям, вытекающим из природы уголовного закона и потребностей правоприменительной практики.

#### Список литературы:

1. Бернам Уильям Правовая система США. 3-вып. Пер. с англ. – М.: Новая юстиция. 2007.
2. Гишинский Я. Преступность в постсовременном мире // Независимая газета. 9 октября 2015 г.
3. Грошев А.В. Цель как критерий разграничения правомерного эксперимента и провокации взятки либо коммерческого подкупа // Категория «цель» в уголовном, уголовно-исполнительном праве и криминологии: Материалы IV Российского конгресса уголовного права 28-29 мая 2009 г.- М.: Проспект, 2009.
4. Доля Е.А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. - М.: Проспект, 2009/Доступ из: СПС Гарант.
5. Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. - М.: Проспект, 2008.
6. Зенкин А., Бондаренко О. Критерии провокации незаконного сбыта наркотиков в решениях Европейского Суда по правам человека//Законность, 2013, №9.
7. Комиссаров В., Яни П. Провокационно-подстрекательская деятельность в отношении должностного лица как обстоятельство, исключающее ответственность за получение взятки // Законность. 2010, №9.
8. Комментарий к Федеральному закону от 12 августа 1995 г. №144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» // Отв. ред А.И. Алексеев, В.С. Овчинский. - Проспект, 2011 / Доступ из: СПС Гарант.
9. Примерный уголовный кодекс (США). - М.: Прогресс. 1969. Цит. по: [Электронный ресурс]URL <http://www/law.edu.ru> (дата обращения – 13 августа 2015 г.).
10. Тищенко А.В. Разграничение провокации преступления от института соучастия // Бизнес в законе. 2014. №5.
11. Федеральный закон 12 августа 1995 г. №144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» // Собрание законодательства РФ 1995. №33. Ст. 3349.
12. Яни П.С. Новое постановление Пленума Верховного Суда о взяточничестве. Статья четвертая // Законность.2013. №12.

#### Рецензия

на статью А.А. Энгельгардта «К вопросу о критериях оценки законности проведения оперативных мероприятий».

Рецензируемая статья посвящена теоретической разработке привлекшей к себе в последнее годы заметное внимание проблемы. Речь идет о возможных критериях оценки вторгающихся в сферу прав граждан оперативных мероприятий как законно осуществленных или, напротив, провокационно-подстрекательских действий. Автор считает, в чем не согласиться с ним нельзя, что цели служебной деятельности иногда сти-

мулируют сотрудников правоохранительных органов на проявление широкого усмотрения в выборе объекта оперативной деятельности, в частности, к реализации информации уже в отношении тех лиц, кто лишь заявил о намерении совершить преступление. Убедительным подтверждением такого подхода является изучение судебной практики (в статье – по ст. ст. 146 и 273 УК РФ).

Весьма показательно в работе представлены практические трудности разграничения правомерного оперативного мероприятия и провокации. Автор утверждает, что для их преодоления требуется перевод легальных оснований осуществления ОРМ в более конкретизированные правовые формы.

В этой же связи делается требующий дальнейших исследований и более обширной аргументации вывод о том, что в настоящее время оперативные мероприятия возможны в отношении лишь тех лиц, кто начал преступную деятельность (ст. 30 УК РФ). Такой вывод представляется несколько упрощенным, обедняющим реальные условия осуществления оперативно-розыскной деятельности.

Высказанное замечание отнюдь не снижает научного потенциала статьи А.А. Энгельгардта.

Статья рекомендуется для размещения в открытой печати. Ранее не публиковалась.

Доктор юрид. наук, профессор кафедры финансово-экономического и тылового обеспечения Академии управления МВД России

**С.Ф. Мазур**

<sup>16</sup> Комиссаров В., Яни П. Указ. соч. С. 3-8; Яни П.С. Новое постановление Пленума Верховного Суда о взяточничестве. Статья четвертая//Законность.2013. №12.



## **ТРЕБОВАНИЯ К МАТЕРИАЛАМ, ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ «ЧЕРНЫЕ ДЫРЫ» В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ», ПОРЯДОК И УСЛОВИЯ ПУБЛИКАЦИИ СТАТЕЙ, ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ АВТОРОВ**

### **ПОРЯДОК И УСЛОВИЯ ПУБЛИКАЦИИ СТАТЕЙ, ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ АВТОРОВ**

На сайте Издательства: [http:// www.urvak.ru](http://www.urvak.ru) размещена публичная оферта Издательства на заключение лицензионного договора в отношении статей Авторов. **Направление по электронной почте Автором заполненного по форме акцепта на публичную оферту (форма акцепта размещена на этом же сайте) вместе со статьей рассматривается как заключение между Издательством и Автором лицензионного договора на условиях публичной оферты.**

Согласно условиям лицензионного договора Издательство как Лицензиат вправе использовать Произведение (статью и все входящие в нее составные части) на безвозмездной основе посредством:

- а) воспроизведения (полное или частичное) Произведения в средствах массовой информации;
- б) распространения экземпляров Произведения или его части любым способом;
- в) импортирования экземпляров Произведения или его части
- г) переработки, в том числе перевода Произведения;
- д) доведения Произведения или его части до всеобщего сведения.

**Автор несет персональную ответственность за содержание и оформление предоставляемых к публикации материалов, ответственность за содержание и оформление рецензии, ответственность за отзыв/рецензию на статью несут автор статьи и рецензент.**

Автор несет ответственность за наличие в представляемом материале любых форм неправомерного заимствования. В случае обнаружения заимствования, не согласующегося с законодательством об авторском

праве и смежных правах, материал отклоняется; дальнейшее сотрудничество Издательства с автором прекращается.

**Заявка на публикацию материала**, поступившая в адрес редакции по электронной почте/ через сайт/ лично через руководство Издательства, является конклюдентным действием, приводящим к возникновению указанных выше прав и обязанностей, **расценивается как предложение автора о заключении лицензионного договора о предоставлении права использования произведения с Издательством, который в соответствии с п. 2 ст. 1286 Гражданского кодекса России может быть заключен в устной форме.**

Также заявка на публикацию предполагает автоматическое согласие автора на публикацию материала на указанных условиях и в определяемые с учетом загруженности редакционного портфеля журнала сроки.

Лицензионный договор с автором статьи считается заключенным с момента принятия редакцией статьи к опубликованию и получения устного подтверждения главного редактора. Форма публичной оферты приводится на сайте Издательства: <http://www.urvak.ru/oferta.pdf>

Издательство имеет право уступить полученное от Автора право третьим лицам без предварительного согласования с Автором.

Издательство имеет право вносить необходимую корректуру в рукопись: аннотацию, ключевые слова, список литературы без согласования с автором, а также тексты переводов на английский язык. Издательство обеспечивает Автора авторским экземпляром как минимум в количестве 1 шт. посредством рекомендации подписаться на данное издание.

### **ТРЕБОВАНИЯ К ПУБЛИКАЦИЯМ**

Для опубликования в журнале принимаются статьи в соответствии с тематикой журнала.

Все материалы следует представлять в редакцию в электронном варианте (редактор Word 2003/2007) непосредственно или по электронной почте после согласования с главным редактором распечатанной рукописи.

К материалу должны быть приложены в соответствии с требованиями ВАКа:

#### **Комплектность рукописи**

Рукопись статьи, оформленная по правилам, приведенным ниже: