

**Существенные
нарушения
в уголовном деле
Предварительное
расследование**



Мельчаев
Александр

Александр Алексеевич Мельчаев

Существенные нарушения в уголовном деле Предварительное расследование

*http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=70295488
SelfPub; 2024*

Аннотация

В книге рассматриваются процессуальные нарушения на стадии предварительного расследования по уголовному делу. Лаконично, простым языком, без академичности и "воды" разбираемся – какие именно нарушения имеют значение. Сначала описывается нарушение, даются советы по тому, как и где его искать, потом приводится его правовое обоснование (как использовать в жалобе) и приводятся последствия нарушения. Всё на основе реальных примеров, никаких выдумок и размышлений о "правах человека". Книга будет полезной для адвокатов, следователей, прокуроров – для всех практикующих специалистов; можно использовать как инструкцию для работы по уголовному делу. В силу доступности изложения и наглядных примеров будет полезна и всем интересующимся.

Содержание

Вступление	4
Неуполномоченный следователь	9
Нарушение порядка возбуждения уголовного дела	12
Неотмененное постановление об отказе в возбуждении дела или о прекращении дела	16
ОРД – Общий подход	19
ОРД – Неправильная передача результатов в дело	22
ОРД – Нарушения при рассекречивании	26
ОРД – Отсутствие оснований для ОРМ	28
ОРД – Провокация	34
Конец ознакомительного фрагмента.	36

Александр Мельчаев

Существенные нарушения в уголовном деле Предварительное расследование

Вступление

В этой книге мы разбираем процессуальные нарушения на стадии предварительного расследования, то есть на досудебной стадии. Про нарушения на последующих стадиях мы будет говорить отдельно.

Представьте себе условного адвоката, перед которым лежат материалы уголовного дела – он должен дело изучить и найти в нём зацепки для защиты. Здесь мы изложили ключевые моменты в обобщенном уголовном деле, которые помогут этому адвокату сразу бить по потенциально слабым местам. А можно наоборот представить такого же условного следователя с обратной задачей (не допустить нарушений) – книга тоже будет ему полезной.

В любом уголовном деле есть нарушения, но не все они

существенны и отличить «работающие» нарушения от бесполезных не всегда просто. Иногда в законе есть прямое требование, а на уровне практики невыполнение этого требования не является нарушением либо никаких последствий не имеет – вы увидите далее множество примеров.

Эта ситуация с непонятными последствиями нарушений и отсутствием чёткого критерия существенности вредит и защите, и обвинению. Так, обычная ситуация, когда прокурор тиранит следователя при проверке обвинительного заключения нелепыми требованиями убрать, исправить, дополнить – а это всё придирки к псевдонарушениям, которые в реальности могут ни на что не влиять. Или адвокат строит защиту, например, на нарушении каких-то технических моментов в ОРМ, тем самым сбивает фокус с действительно значимых ошибок, которые реально способны помочь подзащитному.

Цель книги разобраться с тем, что работает, а что нет. Нам интересны лишь значимые нарушения, которые способны что-то изменить в деле. Мы не останавливаемся подробно на объяснении механизма неработающих нарушений, но всё-таки некоторые затрагиваем для понимания логики того, что работает. Некоторые явления просто констатируем, не разъясняя почему – просто факт, иначе неоправданно увеличится объём текста (упор мы делаем на лаконичность и доступность информации).

Разбирая конкретное нарушение мы сначала его описываем – а потом советуем, как его найти и как его мотивировать

(то есть, как обосновать в жалобе, что это именно нарушение, а не наши домыслы и «хотелки»).

Обращаем внимание на влияние времени на значимость нарушений, в том смысле, что некоторые нарушения, ранее считавшиеся значимыми, теперь таковыми не являются. Причём понятие «тогда» и «сейчас» иногда занимает всего год-два, а не более эпохальные периоды (советское время, девяностые, двухтысячные). Мы живём в эпоху перемен. Здесь мы постарались затронуть только то, работает сейчас.

Какие-то нарушения носят общепризнанный характер и срабатывают всегда (например, нарушение «неуполномоченный следователь»), а некоторые абсолютного характера не носят – в одном случае они сработают, а в другом их попытаются «залечить».

Некоторые широкие группы нарушений мы разбираем отдельно – нарушения при назначении наказания, «протокольные» нарушения, нарушения по делам о наркотиках и ДТП. Для этого у нас есть отдельные книги:

- *Ошибки в наказании*
- *Алгоритм проверки протокола судебного заседания*
- *Методика проверки уголовного дела по делам о наркотиках*
- *Методика проверки приговора по делам о ДТП*

Процессуальные моменты (что, как, когда и почему происходит) не разбираем – для этого у нас есть отдельная книга с наглядными иллюстрациями и схемами:

–Схемы уголовного дела: приёмы обвинения и защиты

Напомним, что при обнаружении некоторых нарушений нужно учитывать своевременность доводов о найденной ошибке – иногда есть смысл «попридержать коней» и сохранить карту для игры в последующих стадиях (для судебного разбирательства, для апелляции/кассации). Ещё раз представьте себе условного адвоката, профессионального, но простодушного: он нашел при ознакомлении с делом на стадии «217-й» все нарушения и заявил о них следователю. А тот, естественно, сказал адвокату «спасибо», нарушения устранил, и смысл в работе адвоката пропал – пользы для подзащитного он не принёс.

Ну и некоторые технические моменты, которые могут задеть въедливого читателя.

В каких-то примерах мы специально не приводим ссылки на реквизиты судебных решений, смысла в этом особого нет, поскольку либо пример очевиден, либо случай из примера носит систематический, распространенный характер. Некоторые термины мы для удобства чтения используем обобщенно (например, под «следователем» понимается и следователь, и дознаватель, под «обвиняемым» – и задержанный, и подозреваемый, и подсудимый). Иногда допускаем профессиональный сленг – это для удобства восприятия и сокращения текста, это никак не посягательство на науку уголовного процесса. Ну и, как обычно, реквизиты нормативных актов тоже упрощены (например, УК и УПК – понятно,

что это именно российские Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы).

Мы надеемся принести пользу!

Неуполномоченный следователь

Для работы по уголовному делу следователь должен принять дело к своему производству, иначе у него нет полномочий на любые процессуальные действия (ст.156 УПК).

Если следователь забудет принять дело к производству, то произведенные им процессуальные действия будут незаконными, а полученные в результате этих действий доказательства будут считаться недопустимыми (ч.1 ст.75 УПК).

Нарушение возможно при частой смене следователей, работающих по делу (например, из-за того, что кто-то уходит в отпуск, увольняется или просто из-за каких-то организационных моментов). Каждый раз, когда ранее работавший по делу следователь снова возвращается к работе – он должен опять принимать дело к производству.

Разновидность нарушения – когда по делу работает следственная группа, а какой-то следователь не был включен в следственную группу, но при этом провёл какое-то действие (например, допрос).

Пример: дело принял к производству один следователь, но в ходе расследования какие-то отдельные действия (обыск) провел другой следователь без принятия дела к своему производству. Всё найденные в результате такого обыска вещдоки будут недопустимыми доказательствами.

Выявляется нарушение анализом постановлений о возбуждении дела (о ВУД), о передаче дела руководителем от одного следователя к другому, о принятии его к производству, о выделении дела, о создании и последующих изменениях следственной группы, (выписываем даты, фамилии следователей и сверяем их с последующими процессуальными действиями). Обращаем внимание на случаи приостановления и возобновления производства по делу, случаи производства дополнительных следственных действий после возврата дела от прокурора для «доследа» (ч.6 ст.162 УПК) – в таких случаях также нужно ещё раз принимать дело к производству.

Мотивируется нарушение ссылкой на нарушение ст.156 УПК с пояснением, что расследование уголовного дела не уполномоченным на то следователем влечет за собой признание всех последующих процессуальных действий не имеющими юридической силы, а полученных в этот период доказательств недопустимыми.

Похожее существенное нарушение можно назвать «неуполномоченный оперативник». Так, следователь может поручить оперативникам (или, если в формулировках УПК, органу дознания) проведение каких-то оперативно-розыскных мероприятий и даже следственных действий (п.4 ч.2 ст.38 УПК) – например, провести обыск, допросить кого-то. Суть нарушения в том, что оперативники или какой-то другой следователь должны провести эти действия только при

наличии официального поручения (в деле нет поручения – это ошибка).

Подвид нарушения – когда поручение есть, но оперативники вышли за его рамки (например, поручение было допросить одно конкретное лицо, а допросили дополнительно и других лиц).

Последствия нарушения:

1. Нарушение не обрушивает всё дело, незаконными будут только те действия, которые проведены без полномочий. Иногда «вылетают» какие-то не сильно значимые протоколы допросов свидетелей, а иногда ключевые процессуальные звенья (например, предъявление обвинения).

2. Последствием может быть возврат дела на стадию расследования через механизм ст.237 УПК. Например, подписание обвинительного заключения или предъявление обвинения неуполномоченным следователем однозначно повлечет возврат дела.

3. Последствием может быть только признание недопустимым какого-то конкретного действия (доказательства) без существенного влияния на остальное уголовное дело в целом.

Нарушение порядка возбуждения уголовного дела

Возбуждение уголовного дела (ВУД) – это ключевой этап расследования, без которого обойтись никак нельзя. Соответствующее постановление должно быть всегда.

Нарушение похоже на предыдущее нарушение («неуполномоченный следователь») и может прятаться в одном и том же постановлении (или в его отсутствии), поскольку следователь возбуждает дело и одновременно принимает его к производству (ч.1 ст.156 УПК).

Конечно, маловероятно, что постановление просто забыли вынести – это ведь стартовая точка всего расследования. Но нарушение возможно, когда по делу меняется обвинение, например, меняется квалификация или появляются новые соучастники или выявляются новые обстоятельства. Иногда это требует вынесения отдельного постановления о ВУД.

Пример: сначала возбуждено первое уголовное дело – гражданин Иванов обвиняется в том, что продал наркотик гражданину Петрову. После возбуждения дела в полицию вдруг приходит еще один гражданин Сидоров и заявляет, что гражданин Иванов и ему тоже продал наркотик. Итак, есть два преступных эпизода: сбыт гражданину Петрову и сбыт гражданину Сидорову – оба эпизода имеют разные обстоятельства,

разное время и место, квалифицированы они как два отдельных преступления. Но уголовное дело возбудили только один раз – по факту сбыта гражданину Петрову, а вот по сбыту гражданину Сидорову дело не возбуждали. Это существенное нарушение (п.44 "Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 2 (2021)"

Обвинение в совокупности преступлений, имеющих разные обстоятельства их совершения, требует отдельных постановлений о ВУД: по разным обстоятельствам преступления и в отношении разных лиц нужно каждый раз возбуждать отдельное уголовное дело.

Выделим признаки, когда нужно отдельное постановление о ВУД.

1. Когда вменяется совокупность преступлений, то есть в обвинении фигурируют несколько статей УК и, при этом, каждое из этих преступлений имеет свои уникальные обстоятельства (своё время, место, действующих лиц и пр.). Если в ходе расследования обвинение дополняется новыми статьями УК с новыми обстоятельствами – нужно отдельное постановление. Если совокупность преступлений идеальная (это когда одним действием совершается два и более преступлений, ч.2 ст.17 УК) – то отдельного постановления о ВУД по всем статья не нужно, достаточно одного при первоначальной квалификации.

2. Если в ходе расследования меняется квалификация (на-

пример, возбудили дело по ст.160 УК, а предъявили обвинение по ст.159 УК) – отдельного постановления после пере-квалификации не требуется. Главное, чтобы кардинальным образом не менялись фактические обстоятельства преступления (юридическую оценку обстоятельств можно менять).

3. Если появляется новый соучастник преступления, то возможны два варианта: первый – если изначально дело было возбуждено по факту (в отношении неустановленных лиц), то отдельного постановления не нужно; второй – если дело было возбуждено в отношении конкретного лица, а тут появляется другое лицо, то отдельное постановление выно-сится обязательно (Определение ВС РФ от 16.08.2023 г. N 45-УД23-27-К7).

4. Если в итоговой квалификации одно первоначальное преступление разбивается на несколько преступлений (на-пример, была одна ст.159 УК, а её разбили на несколько ст.159 УК). В таком случае отдельное постановление нужно по каждой ст.159 УК, поскольку обвинение стало исходить из того, что каждое отдельное преступление имеет свои уни-кальные обстоятельства, требующие отдельной квалифика-ции.

Обосновывается нарушение ссылками на правовую пози-цию Конституционного Суда Российской Федерации, сфор-мулированную в определениях от 18 июля 2006 года N 343-О, от 21 декабря 2006 года N 533-О, от 17 ноября 2011 го-да N 1556-О-О и других, согласно которой положения уго-

ловно-процессуального закона не содержат норм, позволяющих привлекать к уголовной ответственности лицо в связи с совершением им преступления, по признакам которого уголовное дело не возбуждалось.

Последствия нарушения:

Возврат дела через механизм ст.237 УПК, причем возврат возможен как полностью всего дела, так и только в отдельной его части (той, по которой требуется отсутствующее постановление). При частичном возврате обвинение по оставшейся части уменьшается, наказание сокращается, а часть, подлежащая возврату, по сути превращается в отдельное уголовное дело.

Неотмененное постановление об отказе в возбуждении дела или о прекращении дела

Нарушение прямого требования п.5 ч.1 ст.27 УПК – наличие в отношении подозреваемого или обвиняемого неотменного постановления о прекращении уголовного дела по тому же обвинению либо об отказе в возбуждении уголовного дела.

Казалось бы, требование очевидное и нет смысла отдельно его расписывать, иначе так можно словоблудить вокруг каждого пункта любой статьи УПК. Но нюанс имеется, поэтому на этом нарушении мы всё-таки кратко остановимся.

Пример: вероятная ситуация по ст.159 УК (мошенничество) когда хозяйствующие субъекты строчат заявления друг на друга с целью устранения неудобного субъекта «из бизнеса». В процессе этой борьбы могут неоднократно выноситься отказы в возбуждении дела по разным основаниям, в разное время, разными территориальными органами. Так, изначально заявление проверяли и отказали в одном районе, а вот в другом по нему все-таки приняли решение возбудить дело. Либо писали сначала несколько лет назад (и получили отказ), а спустя какое-то время написали ещё раз по немного дополненным

обстоятельствам – и получили возбуждение дела. При этом более раннее постановление позабыто.

Нюанс в том, что для этого нарушения неотменное постановление об отказе в ВУД или о прекращении дела должны по формулировкам хотя бы в части объема пересекаться с предъявленным впоследствии обвинением. «Отказные» постановления не всегда нужно отменять, если они выносились по другим обстоятельствам, но вот только эти другие обстоятельства не всегда такие уж и другие.

Выявляется нарушение не столько обнаружением факта отсутствия в деле постановлений об отмене предыдущих «отказных» постановлений (ведь это не всегда нужно), сколько сравнением текста неотменного постановления с итоговыми формулировками обвинения. Должны пересекаться обстоятельства, подлежащие доказыванию (это те, что указаны в п.1 ч.1 ст.73 УПК), а именно касающиеся события преступления (время, место, способ, предмет хищения и пр.). Так может «слететь» часть финального обвинения, пересекающаяся по объему с неотменным постановлением.

Например, в одном многоэпизодном деле по ст.228.1 УК (сбыт наркотиков) оказалось, что по одному из многочисленных тайников-закладок дело когда-то уже прекращалось «за недоказанностью», а в итоговое обвинение этот тайник все равно попал, затерявшись среди множества координат местности.

Последствия нарушения:

1. Исключение из приговора (из обвинения) части объема обвинения либо полностью. Уголовное дело в этом объеме прекращается по реабилитирующему основанию (п.5 ч.1 ст.27 УПК).

2. Возможно не прекращение дела, а лишь возврат в порядке ст.237 УПК (мотивировка: противоречие неотмененного постановления предъявленному обвинению, что препятствует постановлению приговора).

ОРД – Общий подход

Начнём сразу с констатации неутешительного факта – ссылки защиты на ошибки в проведении оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ) малоэффективны. Защита всегда будет встречать нежелание суда видеть ошибки в ОРМ и по текстам приговоров это легко видно. В ответ на детальные доводы защита получает общие формулировку отказа – «нарушений уголовно-процессуального закона нет».

Тем не менее, даже из общих отказных формулировок мы можем выделить и действенные доводы о нарушениях – кое-что всё-таки работает и анализировать материалы ОРМ нужно обязательно. Но при анализе нарушений в ОРМ стоит держать в уме общую картину, сложившуюся в судебной практике, чтобы найденные технические ошибки не затмевали основную защитную позицию. «За деревьями не видеть леса» – этот фразеологизм как раз для таких случаев.

Регулирование организации и тактики ОРМ во многом определяется секретными ведомственными нормативными актами. Ссылки на нарушение какого-то секретного акта бесперспективны, поскольку защитник знать его не должен.

Стоит упомянуть практику ЕСПЧ (Европейский суд по правам человека): Россия не участвует в ЕСПЧ и это состоявшийся факт. Но ЕСПЧ довольно многое дал для российской правоприменительной практики – к слову, подход

к провокациям в ОРМ сложился под влиянием ЕСПЧ. Какие-то другие позиции ЕСПЧ зафиксированы в обзорах Верховного суда РФ и, тем самым, фактически включены в правоприменительную практику – только это и имеет практический смысл. Если позиция ЕСПЧ закреплена Верховным судом в каких-то решениях, обзорах – тогда её можно использовать. Прямые ссылки на конкретные решения ЕСПЧ бесполезны. С точки зрения обвинения, верная примета – если адвокат строит защиту на лозунгах о правах человека и прецедентах ЕСПЧ, значит конкретной защитной позиции у него и нет.

Нарушения в ОРМ не равнозначны, большинство из них ни на что не влияют либо они устранимы. Мнимых нарушений в сфере ОРД гораздо больше чем реальных. Есть сомнительная, на наш взгляд, позиция о том, что профессионал должен в абсолютно любом деле обязательно найти какое-то количество ошибок в ОРМ. Найти-то он найдет, но что толку от всего этого «поиска ошибок», если ошибки ничего не дают.

Пример: есть популярный довод, что такого ОРМ как «личный досмотр» не существует. И действительно в ст.6 Закона «Об ОРД»¹ такого ОРМ нет и более того, там указано, что перечень ОРМ закрытый. А теперь попробуйте на этом логичном основании

¹ Федеральный закон от 12.08.1995 N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности"

признать протокол личного досмотра, проведенного в рамках ОРМ, недопустимым доказательством (прямое несоответствие статье закона). В результате получите стандартный ответ – всё нормально, личный досмотр есть в законе «О полиции», а оперативники – это полицейские (с этим и правда не поспоришь).

И таких примеров мнимых нарушений очень много.

Чем хитрее логика защитного довода, чем больше попыток зацепиться за технические нюансы приказов-инструкций, тем хуже довод работает.

Здесь можно привести общий для поиска нарушений совет: нашли, например, нестыковку дат в разных рапортах – и что? На что это влияет, каковы последствия? Обобщайте ответ, нарушение не должно сводиться к техническим моментам (неправильный рапорт и что? А то, что непонятно, что именно послужило основанием для ОРМ. И что? А значит у ОРМ не было оснований).

Немного суровый взгляд на реалии практики, но пусть он не вселяет уныние, ведь кое-что всё-таки работает.

ОРД – Неправильная передача результатов в дело

Формулировки судебных актов сами подталкивают нас к тому, в каком именно месте нужно копать. При мотивации отказа по доводам защиты о нарушениях в ОРМ обычно обобщенно указывается, что «результаты ОРД переданы в материалы уголовного дела в установленном законом порядке». Эта фраза есть в подавляющем числе приговоров. Однако, она нас и приводит к пониманию, что существенные нарушения бывают как раз в нарушении порядка передачи результатов ОРД в дело.

Итак, результаты ОРМ сами по себе ещё не доказательства – их нужно таковыми сделать через процедуру передачи в уголовное дело². Если упрощенно, то процедура регулируется ст.89 УПК, ст.11 Закона «Об ОРД» и Инструкцией о предоставлении результатов ОРМ³. Некоторые искате-

² Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 25 ноября 2010 года N 1487-О-О, от 25 января 2012 года N 167-О-О, от 19 июня 2012 года N 1112-О, от 29 мая 2014 года N 1198-О, от 20 ноября 2014 года N 2557-О, от 29 сентября 2015 года N 2255-О, от 29 марта 2016 года N 479-О, от 28 марта 2017 года N 596-О, от 25 января 2018 года N 184-О и др.

³ Приказ МВД России N 776, Минобороны России N 703, ФСБ России N 509, ФСО России N 507, ФТС России N 1820, СВР России N 42, ФСИН России N 535, ФСКН России N 398, СК России N 68 от 27.09.2013 "Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности

ли глубокого смысла начинают детально анализировать положения Инструкции, придираться к формулировкам, выискивая лазейки для «развала дела», но в целом суть процедуры довольно проста.

Сначала результаты ОРМ нужно оформить (строго по инструкции (п.6) это должен быть рапорт или сообщение о преступлении, но фактически это могут быть и различные справки, сообщения, меморандумы и прочее). К сообщению/рапорту прилагаются материалы по конкретным ОРМ (заявления о преступлении, акты по результатам «закупок», распечатки «прослушек» и пр.). Далее всё это «богатство» нужно направить следователю – для этого выносится отдельное постановление, в котором перечисляется всё то, что «накопали» по делу и что именно передается следователю (п.9 инструкции).

И вот тут как раз и прячется нарушение – когда у следователя в деле оказались какие-то результаты ОРМ, которые ему «по бумагам» не передавались.

Пример: в материалах уголовного дела фигурирует какая-то аудиозапись, полученная в результате ОРМ. Но в постановлении никаких упоминаний этой аудиозаписи нет. Не передавалась эта запись и иным путем (например, просто рапортом). Это не только нарушение порядка передачи результатов ОРМ в дело – это ещё и невозможность установить источник

доказательства, оценить процессуальный путь его получения, что делает доказательство недопустимым.

Из примера вы еще раз видите логику подхода к таким нарушениям – сам факт нарушения Инструкции не всегда что-то даёт, нужно обобщать дальше.

Кстати, даже такое очевидное нарушение не является неустранимым. Например, если постановления вообще нет, то его могут предоставить в суд по запросу позже и это не будет нарушением вопреки доводам защиты о фальсификации.

Для закрепления мысли, приведем более конкретный пример из реального дела.

Пример: в постановлении была указана справка об исследовании вещества определенной массы, а в материалах дела фигурирует уже справка с другими реквизитами (номером и датой) и с другой массой вещества. То есть, непонятно какую именно справку передали в дело, какое вещество потом на основании этой справки передали на экспертизу. Под сомнением оказалась вся цепочка доказательств, начиная от изъятия вещества, заканчивая заключениями судебной экспертизы. Ошибка сработала только в кассации.

Продолжим: после направления следователю материалов ОРД, он (следователь) осматривает переданные ему вещественные доказательства и приобщает их к делу.

Внимание – следователь осматривает и приобщает толь-

ко вещдоки (ч.2 ст.81 УПК). Распространенное заблуждение, что следователь почему-то должен осмотреть «под протокол» вообще всё, что ему передали (все справки, рапорты и прочие документы). Это не так.

Но здесь возможно нарушение, когда следователь ленится и заново не осматривает или не прослушивает то, что ранее осмотрели/прослушали оперативники. Например, передали в дело аудиозапись с «прослушкой», а к ней распечатку на бумаге переговоров, сделанную оперативниками. Следователь должен ещё раз сам прослушать запись под протокол (диск с записью это вещдок). Помним, что результаты ОРМ сами по себе не доказательства; доказательства – это то, что получено и приобщено следственным путем.

Последствия нарушения:

1. Результаты ОРМ могут быть признаны недопустимыми доказательствами.
2. Нарушение не критично, если виден другой путь поступления доказательств в дело.

ОРД – Нарушения при рассекречивании

Здесь мы отойдем от общего принципа и приведём группу нарушений, которые практически не работают. Но на эти нарушения постоянно ссылаются, при этом не всегда четко понимая суть нарушений и то, как их обосновать.

Если обобщённо, то предполагаемое нарушение – это несоблюдение порядка рассекречивания результатов ОРМ, передаваемых в уголовное дело.

Одно из звеньев цепочки передачи материалов ОРМ следователю – рассекречивание некоторых результатов ОРМ. Это не обязательное звено, не всегда какие-то сведения нужно рассекречивать. Часто адвокаты на этом звене зацикливаются, пытаясь подвести нарушение порядка рассекречивания к формальному нарушению.

В заблуждение, видимо, вводят строгие формулировки п.13-14 инструкции, которые говорят о том, что тактика ОРМ это всё очень секретно и что некоторые материалы (не всегда понятно какие) нужно специально рассекречивать, а значит нужно выносить отдельное постановление (это упрощенная интерпретация).

Адвокаты обычно приводят такую логику – если какое-то ОРМ было негласным, то значит оно было секретным, а зна-

чит его нужно рассекречивать, а раз уж не рассекретили (нет постановления), то доказательство недопустимое. Не все понимают откуда это берется, чем мотивируется, но вроде логично, поэтому почему бы и не использовать... К тому же в некоторых старых судебных решениях такой подход можно встретить. Но не всё так просто.

Довод о нарушении рассекречивания работает в том случае, если сам орган ОРМ передал в дело какие-то документы с грифом «секретно». Сам передал и сам не рассекретил. А далее уже идет ошибка прокурора, который такие материалы пропустил, и ошибка суда, который такие материалы принял к производству. Нюанс в том, что к таким материалам дела нужен особый допуск и все это должно судом учитываться при рассмотрении дела.

Малоперспективно строить защиту на том, что орган, проводящий ОРМ, что-то должен был рассекретить, но почему-то этого не сделал. Этот довод довольно просто разбивается прямым вопросом – а как это затрагивает права обвиняемого?

Сведения, подлежащие автоматическому рассекречиванию, должны очевидно относиться к гостайне – не просто информация о ФИО агентов или о марке используемого при записи диктофона. Конечно, пробовать использовать довод можно, как и спорить о том, что нужно рассекречивать в конкретном случае, а что нет (п.13 инструкции), но, повторимся, довод спорный и плохо работающий.

ОРД – Отсутствие оснований для ОРМ

Для любого оперативно-розыскного мероприятия нужны основания (ст.7 Закона «Об ОРД») – нельзя на пустом месте начать кого-то «разрабатывать».

Если своими словами, то основанием для ОРМ могут быть любые интересующие «органы» сведения об определенных событиях и персонажах (оперативная информация). Нет сведений – нет оснований. Но просто сведения «к делу не пришьёшь» – их нужно документально оформить. Оформляется оперативная информация обычно рапортом, в котором так и написано (у нас есть информация), либо заявлением какого-то гражданина.

Возьмем конкретную ситуацию: в деле мы видим, что основанием для ОРМ служит заявление неравнодушного гражданина, который вдруг решил изобличить преступника. Почему он это делает нам здесь не важно, принимаем официальную версию – исключительно из чувства глубокой сознательности. Заявление – это оперативная информация и оно же основание для ОРМ. Так какие здесь могут быть ошибки?

Пример: основанием для ОРМ «проверочная закупка» (закупка наркотиков) послужило заявление гражданина о том, что он готов участвовать в

ОРМ добровольно и рапорт сотрудника о том, что поступила «оперативная информация». Вот только в своём заявлении гражданин не указал кто «торгует» и «торгует» ли кто-то вообще – это было просто согласие на участие в ОРМ. Далее была проведена закупка и оформлена уже как положено. Но кассационный суд указал, что в материалах дела основания для ОРМ нет, а значит оно проведено незаконно, что ставит под сомнение допустимость результатов ОРМ.

Из примера мы видим, что основания для проверочной закупки были оформлены плохо – из содержания заявления не видно основания, откуда информация получена и о чём она вообще была. Если бы гражданин просто написал «я знаю, я видел, слышал» – это уже была бы информация, но он так не написал.

Разновидность ошибки, когда в качестве основания для ОРМ приводятся даже не сведения о причастности к преступлению, а о том, что обвиняемый является «подозрительной личностью», поскольку ранее он уже по аналогичному преступлению «привлекался». На ошибочность такого подхода указал ЕСПЧ и наш Верховный суд это признал (старое, но не утратившее актуальность Определение Верховного Суда РФ от 07.12.2010 N 50-Д10-22).

Из таких ошибок прямо следует не только отсутствие оснований для ОРМ, но и вытекает определенная защитная тактика – признание ОРМ провокацией, поскольку, если уж не обладали информацией, значит проведением закупки са-

ми сбыт и спровоцировали. Но про провокацию подробнее поговорим отдельно.

Такие ошибки могут быть легко поправимы (если только не обнаружены на стадии обжалования приговора). Со- знательного гражданина достаточно допросить и он, конечно же, скажет, что действительно знал о том, что обвиняемый «торговал наркотиками» просто заявление забыли оформить.

Чаще всего оперативная информация фигурирует в деле вообще просто «на словах» – оперативники говорят, что у них «имелась оперативная информация о причастности» и никак эти слова не подтверждают. Но слова оперативника, его рапорт о том, что «имелась информация» – это просто предположение.

Пример: обвиняемый задержан случайным патрулём с наркотиком в кармане. Тут же проведен обыск в его жилище, в ходе которого изъяли ещё наркотики в крупном размере, электронные весы со следами наркотика. Предъявлено обвинение в сбыте, а в обосновании этого – факт задержания, результаты обыска и упоминаемая выше голословная оперативная информация. В первой инстанции этого хватило – обвинительный приговор в покушении на сбыт наркотиков. Но в кассации приговор изменили, обвинение в сбыте убрали. Цитата: «Сам по себе рапорт оперуполномоченного о наличии информации о том, что осужденный занимается

незаконным оборотом психотропных веществ, который ничем иным не подтвержден, не может служить достаточным основанием для вывода о том, что осужденный занимался незаконным сбытом психотропных веществ». Количество наркотика и весы тоже не принято в подтверждение умысла на сбыт. (Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 19.04.2023 N 5-УД23-21-К2).

Слова – это просто слова, даже если их говорит сотрудник полиции. Но обычно такая справедливая логика отбивается в приговоре следующим утверждением: «оперативная информация подтвердилась результатами проведенного ОРМ».

Иначе говоря, например, если обвиняемого поймали за руку на проверочной закупке, или есть «прослушка»/переписка, то строить защиту на голословности оперативников бесперспективно, потому что в таком случае оперативная информация подтверждается чем-то более весомым, чем слова.

В примере выше кроме слов был ещё и факт обнаружения наркотиков при обыске. Но о чём говорит этот факт – только о хранении, не о сбыте.

Обычно голословность оперативной информации пытаются «залечить» показаниями оперативников, которые говорят, что положения о гостайне (ст.12 Закона «Об ОРД») не позволяют им раскрывать источник. Это верно, трудно про-

бываемый довод. Но здесь опять должна работать логика – а что есть кроме ваших слов, что реально дало конкретное ОРМ?

Кстати, оперативники – это ведь свидетели, а значит они должны указывать источник своей осведомленности (п.2 ч.2 ст.75 УПК). И действительно, иногда такой довод срабатывал, вы можете найти реальные примеры таких решений.

Но сейчас эту «лавочку прикрыли» официальным разъяснением Конституционного Суда РФ⁴. Оказывается, есть две разные ситуации: когда свидетель не знает источник информации (и тогда это п.2 ч.2 ст.75 УПК) и когда он источник знает, но, в силу требований закона, раскрыть его не может. Так вот оперативники источник знают, но им запрещено его раскрывать – а значит их показания нельзя считать недопустимыми. Но, в утешение добавляет КС РФ, суд ведь обязан оценивать все доказательства так, как надо, должен разобраться – поэтому не волнуйтесь, суд в каждом конкретном деле разберется и не даст оперативникам «хулиганить».

Если обобщить, то оперативная информация должна объективно что-то давать. Иначе говоря, если была информация о взятке, то проводится ОРМ, которое подтверждает именно факт взятки. Нужно ловить за руку именно при попытке дать/получить взятку (контрольная закупка, оперативный эксперимент), а не просто задержать фигурантов при встрече. Либо наблюдать (ОРМ «наблюдение») нужно именно по-

⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 27.01.2022 N 186-О

пытку передачи взятки, а не просто беседу за чашечкой кофе.

Последствия нарушения:

1. Нарушение может существенно повлиять на дело, может «уйти» из обвинения как отдельный эпизод, так и всё обвинение полностью.

2. Возможна кардинальная переквалификация, как в примере с наркотиком – там произошло смягчение, покушении на сбыт превратилось в хранение для личного употребления.

ОРД – Провокация

Ещё один маркер, мелькающий в текстах приговоров – суды часто пишут «оснований считать действия сотрудников правоохранительных органов провокацией не имеется». Пишут даже если защита ни о чём таком не заявляла. То есть это опять то место, которое всегда проверяют как вероятное нарушение, а значит нам сюда (это хорошо работающее нарушение).

Провокация актуальна для коррупционных преступлений и для сбыта наркотиков. Понятный способ защиты – если действие совершено в результате провокации, то его преступность исключается, а доказательства, добытые в результате провокации, недопустимы (абз.12 ст.5 Закона «Об ОРД»).

Вспомним про ЕСПЧ – укрепившиеся подходы в судебной практике никто не отменял. Верховный суд не заявлял о предании забвению всех своих прежних Обзоров и Постановлений, в которых упоминается ЕСПЧ. Поэтому это всё по-прежнему остается встроенным в нашу систему (на уровне разъяснений нашего же Верховного суда).

Конкретная ссылка на источник (осторожно, очень громоздкое название): *«Обобщение практики и правовых позиций Европейского Суда по правам человека по делам, где рассматривался вопрос о предполагаемом нарушении Россией»*

ской Федерацией пункта 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года в связи с совершением заявителями преступлений вследствие подстрекательства со стороны сотрудников правоохранительных органов».

Написано там все также громоздко и наукообразно, поэтому поясним основные мысли своими словами, без прямого цитирования. Итак, что по мнению ЕСПЧ провокация и «с чем её едят»:

1. Должно быть видно, что преступление не произошло бы, если бы не подстрекательство полицейских. Предполагаемый преступник либо уже совершал преступление на момент проведения оперативных действий, либо был склонен к нему (а полицейские просто подключились к уже совершаемому преступлению).

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «Литрес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на Литрес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.