

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ НОРМА (DE LEGE FERENDA) О ПРИЧИНЕНИИ ВРЕДА ПРИ ПРОВЕДЕНИИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОГО МЕРОПРИЯТИЯ

© 2017 г. Геннадий Сергеевич Шкабин¹

В статье рассматривается проблема уголовно-правового обеспечения причинения вреда правоохраняемым интересам при проведении оперативно-розыскных мероприятий. Анализируются существующие в теории уголовного права и оперативно-розыскной деятельности предложения законодательного регулирования (de lege ferenda) таких ситуаций. В зависимости от объема правового регулирования мнения авторов дифференцируются на две группы. Используются примеры судебной практики, а также данные собственных исследований. В заключение предлагается авторский вариант уголовно-правовой нормы о причинении вреда при проведении оперативно-розыскного мероприятия.

The problem of criminal law ensuring of harm infliction to legally protected interests during operational-investigative activities is considered. Proposals of legislative regulation (de lege ferenda) of such situations existing in the theory of criminal law and operational-investigative activity are analyzed. The authors' opinions are differentiated into two groups because of the scope of legal regulation. An example of judicial practice, as well as the own research data is proposed. In conclusion the author's version of the criminal law norm of harm infliction during operational-investigative activity is proposed.

Ключевые слова: причинение правомерного вреда, уголовно-правовое обеспечение, оперативно-розыскная деятельность, оперативно-розыскные мероприятия, оперативное внедрение, обстоятельства, исключающие преступность деяния, мнимое соучастие, выполнение специального задания, имитация преступления, предотвращение, пресечение, раскрытие преступления.

Key words: infliction of legitimate harm, criminal law ensuring, operational-investigative activity, operational-investigative activities, operative implementation, facts of criminal defenses, alleged complicity, special task performance, crime imitation, prevention, suppression, detection of the crime.

Уголовное право по своему социальному значению является одним из важнейших средств борьбы с преступностью. Оно не только определяет конкретные деяния, признаваемые преступлениями, но и обеспечивает эту борьбу необходимыми средствами, устанавливая границы правомерного поведения и меру допустимого причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны. Причинение такого вреда не исключено и при оперативно-розыскной деятельности, которая осуществляется посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий (ст. 1 Федерального закона “Об оперативно-розыскной деятельности” от 12 августа 1995 г.² (в ред. от 6 июля 2016 г.) (далее – Федеральный закон об ОРД). Поэтому возникает необходимость уголовно-правового обеспечения такого рода деятельности.

Анализ данной проблемы позволил убедиться в том, что, с одной стороны, причинение вреда интересам третьих лиц в данном случае имеет существенные сходства с институтом крайней необходимости, а с другой – рассматриваемое явление содержит собственные, характерные только для него черты. Однако отечественная правоприменительная практика идет по иному пути, не признавая какого-либо значения крайней необходимости в оперативно-розыскной деятельности³.

В настоящее время правовой порядок “выведения” из уголовного дела лица, причинившего вред при проведении оперативно-розыскного мероприятия (т.е. не привлечение его к уголовной ответственности), представляет значительные трудности. По данным нашего исследова-

¹ Доцент кафедры уголовного права Московского университета МВД России им. В.Я. Кикотя, кандидат юридических наук, доцент (E-mail: uprn@ya.ru).

Gennady Shkabin, associate Professor of Criminal Law chair of Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation named V.Y. Kikot, PhD in Law, associate Professor (E-mail: uprn@ya.ru).

² См.: Собрание законодательства РФ. 1995. № 33. Ст. 3349.

³ Более подробно проблемы применения ст. 39 УК РФ о крайней необходимости, в том числе и при оперативно-розыскной деятельности, см., например: Шкабин Г.С. Уголовно-правовой институт крайней необходимости в деятельности органов внутренних дел. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004; Плешаков А.М., Шкабин Г.С. Институт крайней необходимости в российском уголовном праве. М., 2006.

ния⁴, этот аспект проблемы отметили около 70% опрошенных сотрудников правоохранительных органов и судей. Как показывает практика, отказ от уголовного преследования происходит либо с нарушением норм материального или процессуального права, либо с использованием личных контактов оперативных сотрудников со следователем, прокурором или судьей. Разумеется, ни тот ни другой вариант не является правильным, поскольку любой из них нарушает сразу несколько принципов уголовного права: принцип законности (ст. 3 УК РФ); принцип равенства граждан перед законом (ст. 4 УК РФ); принцип вины (ст. 5 УК РФ).

В судебно-следственной практике не редкость ситуации, когда правоприменитель вынужден просто “не замечать” факта причинения вреда лицом, выполняющим оперативно-розыскное мероприятие, или трактовать вред как незначительный или иным образом завуалировать его наличие. Наглядный тому пример — случай, описанный в приговоре суда по уголовному делу, по которому проводилось оперативное внедрение.

В сентябре 2010 г. *М.* и *Р.* решили совершить разбойные нападения на владельцев дорогостоящих автомобилей, планируя при этом их убийство, завладение транспортными средствами и последующую их продажу. О готовящихся преступлениях стало известно сотрудникам уголовного розыска, которые внедрились в окружение указанных лиц своего сотрудника *П.* Впоследствии *М.* предложил *П.* оформить на себя автомобиль, перегнать его в другой город и там продать, пообещав за это 40 000 руб., при этом, как указано в приговоре, “не ставя его в известность о своих преступных намерениях”, на что *П.* согласился.

Затем *М.* и *Р.* дважды подбирали по объявлениям автомобили, связывались с их владельцами и готовились к реализации задуманного. В обоих случаях они неоднократно предупреждали *П.*, что после оформления на него автомобиля его срочно нужно будет перегнать в другой город. Первый раз нападение не состоялось по причине прибытия хозяина автомобиля на сделку в сопровождении товарища, что заставило виновных перенести свои преступные действия. Во второй раз *М.* и *Р.* были задержаны. В дальнейшем их действия были

квалифицированы судом по ч. 1 ст. 30, п. “б”, “в” ч. 4 ст. 162 УК РФ и ч. 1 ст. 30, п. “а”, “ж”, “з” ч. 2 ст. 105 УК РФ⁵.

Мы не ставим под сомнение окончательное решение суда. Однако позволим себе усомниться в том, что исполнители преступления действительно не поставили внедренное лицо в известность о своих истинных целях. Необходимо оценить значимость и место действий *П.* в деяниях *М.* и *Р.* Вся логика развития событий, описанных в приговоре суда, говорит о том, что роль *П.* предполагала его осведомленность о схеме совершения преступления, т.е. *М.* и *Р.* психологически были просто обязаны объяснить смысл своих действий. Иное их поведение невозможно, поскольку использование соучастника “втемную” все равно требует каких-либо элементарных разъяснений и толкований. Более того, если бы *П.* не потребовал объяснений, то это вызвало бы подозрение у *М.* и *Р.* Иными словами, *П.* был полноценным участником причинения вреда и выполнял функцию пособника.

Однако органы предварительного расследования, а затем и суд, очевидно, столкнулись с проблемой отсутствия прямого уголовно-правового регулирования причинения вреда при проведении оперативного внедрения. Поэтому использование правоприменителями в приведенном случае фразы “не ставя его в известность о своих преступных планах” позволило исключить признак согласованности в совместных действиях и вообще не давать уголовно-правовой оценки поведению внедренного сотрудника. По существу, перед нами завуалированная попытка скрыть причинение вреда⁶ с его стороны.

На наш взгляд, требуется иной подход к решению анализируемых вопросов, который заключается в изменении законодательства. Следует согласиться с мнением В. В. Николюка, который считает, что предоставление иммунитета от уголовного преследования внедряемым сотрудникам прекратит негативную практику “вывода” указанных лиц из расследования незаконными,

⁴ По специально разработанной анкете нами был проведен экспертный опрос 327 сотрудников подразделений правоохранительных органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, следственного комитета, прокуратуры и судей в шести субъектах Российской Федерации (Московской, Рязанской, Тамбовской, Тульской, Тюменской областях и городе Москве).

⁵ См.: Приговор Мурманского областного суда от 14 апреля 2011 г. по уголовному делу № 2-15/2011 // <http://oblsud.mrm.sudrf.ru> (Дата обращения: 2.02.2015 г.).

⁶ Проблема вреда при неоконченном преступлении ранее рассматривалась в юридической литературе (см., например: Кузнецова Н. Ф. Ответственность за приготовление к преступлению и покушение на преступление по советскому уголовному праву. М., 1958; Кудрявцев В. Н. Объективная сторона преступления. М., 1960).

договорными способами, граничащими с фальсификацией доказательств⁷.

К сожалению, уголовно-правовому обеспечению оперативно-розыскной деятельности в отечественном уголовном законодательстве и науке уголовного права уделяется недостаточное внимание. Можно лишь говорить об относительном распространении в юридической печати анализа частных вопросов этой проблемы. К их числу следует отнести публикации, содержащие уголовно-правовую оценку вреда, причиненного при проведении оперативно-розыскных мероприятий.

Определенная часть авторов оценивает вред, причиненный при оперативном внедрении, с позиций уже закрепленных в УК РФ обстоятельств, исключающих преступность деяния. Так, Г. М. Миньковский полагал, что в основе оперативно-розыскной деятельности находится такое обстоятельство, исключающее преступность деяния, как крайняя необходимость⁸. И. Н. Озеров рассматривает сыскную деятельность с позиций обоснованного риска⁹. А. С. Вандышев преломляет все положения, предусмотренные гл. 8 УК РФ к оперативно-розыскным мероприятиям¹⁰.

Конечно же, при осуществлении оперативно-розыскной деятельности возможно наличие любых из предусмотренных законом обстоятельств, исключающих преступность деяния. Однако ни одно из них напрямую не регулирует рассматриваемые нами ситуации. Практика

фактически игнорирует применение указанных норм. Подобное положение приводит к выводу о необходимости дополнения уголовного законодательства новой нормой о правомерном причинении вреда при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

В этой связи представляет интерес изучение ключевых идей ученых по данному вопросу. Это позволит выявить систему и тенденции научной мысли в данном направлении, а также избежать возможных недостатков в собственных изысканиях и будущей работе законодателя.

Мы провели анализ открытых публикаций (а это в основном научные статьи), в которых содержались предложения (*de lege ferenda*) по дополнению уголовного законодательства новым обстоятельством, исключающим преступность деяния, при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

Следует отметить, что рассматриваемая идея становилась предметом исследований как представителей науки уголовного права, так и оперативно-розыскной деятельности. Все данного рода предложения по объему регулирования можно дифференцировать на следующие группы. Во-первых, те, которые предусматривают правомерность причинения вреда только при осуществлении оперативного внедрения. Во-вторых, допускающие причинение вреда при осуществлении нескольких оперативно-розыскных мероприятий либо вообще всей оперативно-розыскной деятельности.

К первой группе предполагаемых дефиниций, которые посвящены уголовно-правовому регулированию исключительно оперативного внедрения, можно отнести предложения следующих авторов. Так, Н. Г. Иванов видит выход из сложившейся ситуации в принятии нормы, имеющей название “Причинение вреда при выполнении задания по предупреждению или раскрытию преступления”¹¹. С. Пархоменко, анализируя проблемы уголовно-правовой оценки причинения вреда при проведении оперативного внедрения, пришла к выводу о необходимости включения в УК РФ ст. 38.1 “Причинение вреда при выполнении специального задания”¹². А. Савинский для уголовно-правовой оценки поведения внедренных лиц предлагает ввести в законодательный оборот понятие “мнимое

⁷ См.: Федеральный закон “Об оперативно-розыскной деятельности”. Науч.-практ. комментарий / Под ред. В. В. Николюка. М., 2003. С. 171.

⁸ См.: Миньковский Г. М. Криминальная милиция (полиция): проблемы организации, функции, содержания и формы деятельности. М., 1991. С. 12. Спустя несколько лет после вступления в действие УК РФ Г. М. Миньковский изменил свое мнение и совместно с В. П. Ревиным предложил добавить примечание к статье о крайней необходимости. В нем, по их мнению, должно быть предусмотрено обстоятельство, исключающее уголовную ответственность лиц, внедренных в преступные сообщества и вынужденных участвовать в подготовке преступлений (см. подробнее: Миньковский Г. М., Ревин В. П. Некоторые особенности развития организованной преступности в России и направления по повышению эффективности борьбы с ней // Актуальные проблемы борьбы с организованной преступностью. Материалы науч.-практ. конф. Калининград, 1997. С. 61, 62).

⁹ См.: Озеров И. Н. Категория риска в оперативно-розыскной деятельности. Дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2001.

¹⁰ См.: Вандышев А. С. Проблема обстоятельств, исключающих преступность деяния при осуществлении оперативно-розыскной деятельности // Проблемы теории и практики оперативно-розыскной деятельности. Сб. науч. тр. / Под ред. К. К. Горяинова, И. А. Климова. М., 2002. С. 226–234.

¹¹ Иванов Н. Г. Модельный кодекс: Общая часть. Опус № 1. М., 2003. С. 93.

¹² Пархоменко С. Причинение вреда при выполнении специального задания // Законность. 2004. № 8. С. 40, 41.

соучастие” и закрепить его в ст. 42.1 “Выполнение специального задания органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (мнимое соучастие)” УК РФ¹³. Схожую идею предлагает Д. В. Мельников, считающий необходимым включить в УК РФ ст. 42² “Мнимое соучастие”¹⁴. В. В. Меркурьев и И. А. Тараканов предлагают дополнить УК РФ ст. 39¹ “Причинение вреда при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий”¹⁵. Ю. Г. Железняков, исследуя вопросы уголовной ответственности лиц, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, приходит к заключению о целесообразности дополнения УК РФ ст. 39-1 “Выполнение специального задания в составе организованной группы или преступного сообщества (преступной организации)”¹⁶. П. В. Агапов свое решение проблемы видит в появлении в УК РФ ст. 42¹ “Выполнение специального задания по пресечению либо раскрытию деятельности организованной группы или преступного сообщества”¹⁷. О. Д. Жук, высказывая идею, во многом схожую с мнением А. Савинского, считает правильным включить в гл. 8 УК РФ ст. 42¹ “Выполнение специального задания органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность”¹⁸. В. И. Билык и Н. В. Петрашева также предлагают дополнить Уголовный кодекс новой нормой “Мнимое соучастие”¹⁹. А. П. Дмитренко и Е. А. Рускевич полагают

необходимым включить в УК РФ ст. 42¹ “Причинение вреда при проведении оперативного внедрения”²⁰.

Все приведенные предложения для законодателя посвящены оперативному внедрению. В некоторых случаях исследователи прямо делают на это указание, либо такой вывод следует, исходя из толкования гипотетической нормы. Например, П. В. Агапов, В. И. Билык и Н. В. Петрашева, Н. Г. Иванов, С. Пархоменко говорят о действии с другими соучастниками, что возможно только при проведении рассматриваемого оперативно-розыскного мероприятия.

Следует выделить три предложения о так называемом “мнимом соучастии” (В. И. Билык и Н. В. Петрашева, А. Савинский, Д. В. Мельников). Действительно, нельзя считать полноценным соучастием ситуацию, когда лицо хотя и совершает совместные действия, но при этом преследует противоположные, социально полезные цели. Тем более, если такие действия совершаются от имени государства, а сами цели и задачи предусмотрены законодательством. В принципе если в таком случае внедренное лицо причиняет вред объектам уголовно-правовой охраны совместно и согласованно с членами преступной группы, то, на наш взгляд, можно согласиться с мнением указанных авторов, а такое поведение можно считать мнимым соучастием.

Вместе с тем необходимо обратить внимание, что все приведенные законодательные предложения имеют, с нашей точки зрения, один общий недостаток. Он заключается в том, что в них отражается всего лишь часть многовариантного поведения внедренного лица при осуществлении оперативно-розыскного мероприятия. В действительности вполне вероятны ситуации совершения лицом действий, схожих с преступлением, и при отсутствии признаков соучастия. Кроме того, вред объектам уголовно-правовой охраны может быть причинен и при проведении других оперативно-розыскных мероприятий, также не связанных с соучастием.

Таким образом, как мнимое соучастие, так и все другие рассматриваемые в данной группе дефиниции не являются универсальными для уголовно-правового обеспечения

¹³ См.: Савинский А. Мнимое соучастие как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Там же. 2005. № 10. С. 32, 33.

¹⁴ Мельников Д. В. Мнимое соучастие (Некоторые актуальные аспекты проблемы) // Правовые вопросы современности: теория и практика. Материалы Всеросс. науч.-практ. конф. 15 мая 2009 г. Курган, 2009. С. 115—117.

¹⁵ Меркурьев В. В., Тараканов И. А. Причинение вреда при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Вестник Владимирск. юрид. ин-та. 2007. № 4. С. 106—109.

¹⁶ Железняков Ю. Г. Уголовная ответственность субъектов оперативно-розыскной деятельности, совершивших преступления при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий. Дисс. ... канд. юрид. наук. Елец, 2009. С. 14.

¹⁷ Агапов П. В. Основы теории регламентации ответственности и противодействия организованной преступной деятельности / Под науч. ред. Н. А. Лопашенко. СПб., 2011. С. 202, 203.

¹⁸ Жук О. Д. Использование результатов оперативного внедрения в пресечении деятельности преступных организаций (Сравнительное исследование) // Оперативник (сыщик). 2015. № 3. С. 14, 15.

¹⁹ Билык В. И., Петрашева Н. В. “Мнимое соучастие” как обстоятельство, исключающее преступность деяния должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и лиц, оказывающих им содействие // Пробелы в рос. законодательстве. 2016. № 1. С. 141—144.

²⁰ Дмитренко А. П., Рускевич Е. А. Социально-правовая обусловленность регламентации правомерного причинения вреда при проведении оперативного внедрения // Проблемы применения уголовного законодательства при осуществлении оперативно-розыскной деятельности. Материалы Межведомств.“круглого стола” (Рязань, 14 апреля 2016 г.) / Под ред. Г. В. Ищука, Е. Н. Билоуса, А. В. Ковалева, Г. С. Шкабина. Рязань, 2016. С. 50—56.

оперативно-розыскной деятельности. Отсюда следует вывод о нецелесообразности закрепления в УК РФ приведенных выше обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Вторая группа результатов теоретических изысканий, в которых предусматривается возможность причинения вреда при проведении различных оперативно-розыскных мероприятий, представлена несколькими иными мнениями. Большинство из них состоит в дополнении уже существующих норм гл. 8 УК РФ новыми частями, предусматривающими правомерность причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны. К таким исследованиям относится, например, И. А. Зинченко, который перед принятием УК РФ 1996 г. предлагал дополнить ст. 14 УК РСФСР ч. 2 о крайней необходимости при осуществлении оперативно-розыскной деятельности²¹. Н. П. Водько сразу же после вступления в силу УК РФ предложил внести изменения в ст. 42²². Н. С. Железняк, рассуждая об имитации преступления при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, приходит к выводу о необходимости ее содержания в дополнении УК РФ ст. 41 “Обоснованный риск”²³.

Другие ученые предлагают дополнить главу об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, новыми нормами. Например, Д. В. Саранчин вносит предложение о дополнении гл. 8 УК РФ ст. 42¹ о причинении вреда при проведении оперативно-розыскных мероприятий²⁴. А. С. Рабаданов называет предлагаемую им ст. 42-2 “Выполнение специального задания”, но, исходя из содержания самой статьи, ее можно применять и при осуществлении иных оперативно-розыскных мероприятий²⁵. С. Н. Рада-

чинский считает, что правомерность причинения вреда, причиненного при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий, следует предусмотреть в ст. 39¹ “Правомерный эксперимент” УК РФ²⁶.

Обобщая рассматриваемую группу законодательных предложений, обратим внимание, что в них уже не идет речь исключительно об оперативном внедрении. В большинстве вариантов предусмотрена возможность причинения вреда при проведении в том числе и других оперативно-розыскных мероприятий. Об этом прямо не говорится в предполагаемых статьях, но такой вывод можно сделать, исходя из их логического толкования. Прежде всего к таким мероприятиям можно отнести проверочную закупку, оперативный эксперимент и контролируруемую поставку. В некоторых случаях авторы указывают на неправомерность вреда, причиненного при проведении любых оперативно-розыскных мероприятий.

На наш взгляд, этот последний подход является более рациональным. Именно в таком случае отпадает необходимость решать, по какому из обстоятельств, исключающих преступность деяния, следует оценивать причинение вреда, не связанного с оперативным внедрением. Например, при наведении справок (п. 2 ч. 1 ст. 6 Федерального закона об ОРД), когда добываются сведения, составляющие личную или семейную тайну, либо при сборе образцов для сравнительного исследования (п. 3 ч. 1 ст. 6 Федерального закона об ОРД), когда может быть причинен вред отношениям собственности. Подобный вариант позволит также в будущем избежать проблем уголовно-правового обеспечения новых оперативно-розыскных мероприятий, которые, возможно, появятся в оперативно-розыском законодательстве.

Из приведенных теоретических конструкций, представляется, следует обратить особое внимание на идею И. А. Зинченко, которая выделяется из приведенного перечня. Он одним из первых в открытой печати высказал конкретные предложения по уголовно-правовому регулированию причинения вреда при проведении оперативного внедрения. Его научная статья “О социальной и правовой защищенности сотрудников, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность”, была опубликована более 20 лет назад. В этой работе было высказано одно из первых предложений об изменении уголовного

²¹ См.: Зинченко И. А. О социальной и правовой защищенности сотрудников, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность // Актуальные проблемы теории и практики борьбы с организованной преступностью в России. Материалы науч.-практ. конф. (Москва, 17–18 мая 1994 года). М., 1994. С. 127, 128.

²² См.: Водько Н. Уголовный кодекс о борьбе с организованной преступностью // Росс. юстиция. 1997. № 4. С. 15–17.

²³ Железняк Н. С. О необходимости включения имитации преступных действий в перечень оперативно-розыскных мероприятий, закрепленных в Федеральном законе “Об оперативно-розыскной деятельности” // Актуальные проблемы борьбы с преступлениями и иными правонарушениями. Материалы четвертой Междунар. науч.-практ. конф. 27 апреля 2006 г. Барнаул, 2006. С. 10–14.

²⁴ См.: Саранчин Д. В. О некоторых проблемах социально-правовой защиты граждан, оказывающих содействие оперативным аппаратам органов внутренних дел // “Черные дыры” в росс. законодательстве. 2006. № 4. С. 304–306.

²⁵ См.: Рабаданов А. С. Выполнение специального задания как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Правовая культура. 2011. № 1. С. 104.

²⁶ См.: Радачинский С. Н. К вопросу о совершенствовании уголовного законодательства в части защиты лиц, участвующих в проведении оперативно-розыскных мероприятий // Вестник Нижегородск. акад. МВД России. 2013. № 21. С. 152–155.

законодательства и применении нормы о правомерности причинения вреда при проведении любых оперативно-розыскных мероприятий. Обращает на себя внимание то, что И. А. Зинченко рассматривает причинение вреда при осуществлении оперативно-розыскной деятельности в качестве деяния, “формально” подпадающего под признаки деяния, предусмотренного Особенной частью УК РФ. Иными словами, все же признается факт совершения преступления, что, на наш взгляд, является неприемлемым. Примечательно также и то, что автор не посчитал необходимым ввести в Уголовный кодекс новую статью, а лишь ограничился дополнением уже существующей нормы о крайней необходимости. Аналогичный прием использовали и другие исследователи (Н. П. Водько, Н. С. Железняк). Такой вариант законодательного конструирования скорее есть недостаток. Не логичным выглядит выделение в общей норме ее подвида, распространяющего действие на отдельных субъектов и специальные ситуации. Структура предполагаемых дефиниций (И. А. Зинченко, Н. П. Водько, Н. С. Железняк), а также закрепленные в них условия правомерности указывают на обособленный характер предполагаемой нормы.

Анализируя в целом группу авторских проектов по изменению уголовного законодательства, посвященных правовому регулированию причинения вреда как при оперативном внедрении, так и при других оперативно-розыскных мероприятиях, можно выделить и ряд черт, свойственных всем или большинству из них.

Во-первых, в большинстве случаев говорится о том, что при причинении вреда лицо выполняет некое задание. Во-вторых, практически везде указываются цели причинения вреда при выполнении такого задания. В-третьих, признаком, объединяющим высказанные предложения, является определение пределов причинения вреда. Проанализируем эти признаки более подробно.

1. Выполнение задания. Раскрывая это понятие, следует отметить, что о нем говорят почти все из перечисленных выше авторов. В большинстве случаев оно называется “специальным”, но в некоторых публикациях речь идет просто о задании, полученном в установленном порядке (Ю. Г. Железняков). С. Н. Радачинский применяет термин “служебное задание”, что сразу же ограничивает круг субъектов до лиц, находящихся на службе в подразделениях, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Д. В. Саранчин

указывает на наличие поручения, которое является синонимом задания²⁷.

Таким образом, можно констатировать, что термин “специальное задание” получает распространение в научном обороте при описании исследуемой проблемы. Насколько это оправданно? На наш взгляд, его использование в теории уголовного права, а тем более в законодательстве не будет способствовать разрешению проблемы, как минимум, по двум основаниям.

Во-первых, термин “специальное задание” не относится исключительно к оперативно-розыскной деятельности. В самом Федеральном законе об ОРД такие слова употребляются лишь единожды — для льготного исчисления выслуги лет. Так, в ч. 5 ст. 16 говорится о времени “выполнения должностными лицами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, специальных заданий в организованных преступных группах”. Исходя из толкования этого положения, можно сделать вывод о том, что здесь речь идет только об оперативном внедрении. А вот что собой представляет “специальное задание”, не совсем понятно. Неясно также, необходимо ли оно для проведения других оперативно-розыскных мероприятий.

В соответствии с ч. 7 ст. 8 Федерального закона об ОРД проверочная закупка или контролируемая поставка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативный эксперимент или оперативное внедрение должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а равно лиц, оказывающих им содействие, проводятся на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Иными словами, основанием для проведения перечисленных мероприятий является официальный документ правоохранительного органа, имеющий административно-процессуальный характер. На уровне же федерального законодательства ни о каком “специальном задании” больше не говорится.

Кроме того, слово “задание”, пусть даже оно специальное, достаточно распространено и в других сферах профессиональной деятельности. Например, перечень специальных заданий, не связанных с осуществлением оперативно-розыскной деятельности, существует в войсках

²⁷ См.: *Александрова З. Е.* Словарь синонимов русского языка. М., 2001. С. 130.

национальной гвардии Российской Федерации²⁸; военных следственных органах Следственного комитета РФ²⁹; спасательных воинских формированиях МЧС России³⁰. О выполнении специального задания говорится при подготовке³¹ и осуществлении³² полетов воздушных судов и во многих других случаях. Причем практически во всех перечисленных родах деятельности вполне возможны ситуации причинения правомерного вреда правоохраняемым интересам.

Таким образом, оперативно-розыскная деятельность не может претендовать на монополию использования термина “специальное задание”. Более того, его введение в официальный (прикладной) оборот неминуемо повлечет за собой изменение значительной части оперативно-розыскного законодательства и, как следствие, связанные с этим новые трудности и проблемы.

Вторым основанием, по которому, по нашему убеждению, недопустимо в уголовном законе использовать термин “специальное задание”, является то, что оно (задание) фактически представляет собой документ, вынесенный должностным лицом органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Следуя логике, именно в таком акте должна быть предусмотрена возможность совершения действий, имеющих сходство с преступлением. Получается, что специальное задание становится непосредственным

документом, определяющим правомерность и пределы причинения вреда. Иными словами, право определять, какие действия можно совершать, а какие нельзя, принадлежит должностному лицу. В результате происходит подмена положений закона позицией должностного лица, т.е. мнением, хотя и целесообразным, необходимым, “разумным”, но определяющим границы правомерного деяния по собственному усмотрению.

Судя по количеству точек зрения авторов, предлагающих узаконить в УК РФ “специальное задание”, скорее всего сторонников высказанной нами позиции найдется немного. Однако будет уместным сказать, что идея, схожая с нашими выводами, высказывается и некоторыми представителями теории оперативно-розыскной деятельности. Так, О.А. Вагин считает недопустимым ставить общественную полезность причинения вреда при проведении оперативно-розыскного мероприятия в зависимость от выполнения полученного задания, а декриминализацию деяния — в зависимость от воли не законодателя, а правоприменителя³³.

На наш взгляд, приведенных причин достаточно для недопущения использования в уголовном законодательстве и распространения в теории термина “специальное задание”. Считаем, что для уголовного права это словосочетание никакого значения не имеет. Было бы правильнее ограничиться использованием юридического термина “оперативно-розыскное мероприятие”. Исходя из положений оперативно-розыскного законодательства, к таким действиям уже предъявляются определенные требования. Это упомянутые выше вынесение постановления о проведении и наличие определенных оснований и условий. Но самое главное, что такое деяние регламентируется федеральным законодательством и не применяется в других сферах.

2. Следующий признак, характерный для большинства высказанных предложений, — наличие цели причинения вреда. Исключение составляют несколько дефиниций. Так, Д.В. Саранчин вовсе не указывает на цель. В основном авторы перечисляют несколько целей. К ним относят желаемый результат по отношению к преступлению или к лицу, его совершившему. Мы дифференцировали все цели, упомянутые

²⁸ См.: приказ МВД России “О размерах ежемесячной надбавки за особые условия военной службы военнослужащим внутренних войск МВД России, проходящим военную службу по контракту” от 2 февраля 2012 г. (в ред. от 6 марта 2015 г.) // Росс. газ. 2012. 13 апр.

²⁹ См.: приказ СК России “Об установлении размеров ежемесячной надбавки за особые условия военной службы военнослужащим, проходящим военную службу по контракту и замещающим должности в военных следственных органах Следственного комитета Российской Федерации” от 5 декабря 2012 г. // Там же. 2012. 28 дек.

³⁰ См.: приказ МЧС России “О ежемесячной надбавке за особые условия военной службы военнослужащим спасательных воинских формирований МЧС России и за особые условия службы сотрудникам федеральной противопожарной службы Государственной противопожарной службы” от 11 апреля 2013 г. (в ред. от 26 мая 2015 г.) // Там же. 2013. 13 июня.

³¹ См.: приказ Минтранса России «Об утверждении Федеральных авиационных правил “Подготовка и выполнение полетов в гражданской авиации Российской Федерации”» от 31 июля 2009 г. (в ред. от 15 июня 2015 г.) // Там же. 2009. 10 сент.

³² См.: постановление Правительства РФ “Об обеспечении особого режима в закрытом административно-территориальном образовании, на территории которого расположены объекты космической инфраструктуры” от 29 июня 2011 г. (в ред. от 19 марта 2014 г.) // Собрание законодательства РФ. 2011. № 28. Ст. 4213.

³³ См.: Вагин О.А. Конституционные проблемы оперативно-розыскной деятельности // Конституционно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности. Сб. материалов Всеросс. “круглого стола”. 3 ноября 2011 г. СПб., 2012 // СПС “КонсультантПлюс”.

в предложенных дефинициях, в зависимости от частоты употребления:

- раскрытие преступлений — восемь раз;
- выявление преступлений — шесть раз;
- предупреждение преступлений — пять раз;
- пресечение преступлений — шесть раз;
- предотвращение преступлений — три раза;
- расследование преступлений — два раза;
- изобличение виновных в совершении преступления — два раза;
- розыск лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления, — один раз.

Некоторые авторы выбрали несколько иной вариант определения целей причинения вреда при осуществлении оперативно-розыскной деятельности. Если в подавляющем большинстве случаев цель связана с определенным результатом относительно преступления или соответствующих лиц, то в двух вариантах речь идет о действиях, направленных на обеспечение безопасности правоохраняемых интересов.

Н. П. Водько, например, считает, что вред может причиняться для защиты лиц, а также государственных и общественных интересов. С. Н. Радачинский в качестве цели указывает защиту жизни и здоровья граждан, их конституционных прав и законных интересов, а также обеспечение безопасности общества и государства. А. Савинский и О. Д. Жук вовсе не говорят напрямую о наличии целей причинения вреда, но отмечают то, что внедренные лица выполняют свой служебный или общественный долг. При этом в самих научных публикациях эти понятия не раскрываются.

Таким образом, самыми распространенными целями причинения вреда при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, выделяемыми в теории уголовного права и оперативно-розыскной деятельности, являются раскрытие, выявление, предупреждение и пресечение преступлений.

3. К третьему признаку, отмеченному почти во всех публикациях, относится указание на пределы правомерности причинения вреда. В основном говорится о недопустимости наступления определенных последствий или выполнения некоторых ролей соучастников преступления.

Так, большинство авторов полагают, что внедренное лицо ни при каких условиях не должно причинять вред жизни и здоровью. О недопустимости

таких действий упоминается в 10 случаях (П. В. Агапов, А. П. Дмитренко и Е. А. Русскевич, Ю. Г. Железняков, О. Д. Жук, Н. Г. Иванов, Д. В. Мельников, В. В. Меркурьев и И. А. Тараканов, С. Пархоменко, А. С. Рабаданов, А. Савинский).

В пяти предложениях в качестве предела правомерного вреда обращается внимание на недопустимость наступления иных последствий. Так, А. П. Дмитренко и Е. А. Русскевич указывают на недопустимость наступления тяжких последствий. О. Д. Жук и А. Савинский говорят о запрете действий, сопряженных с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия. Другие авторы предлагают включить в уголовное законодательство новые понятия. Например, Ю. Г. Железняков дифференцирует последствия на тяжкие и особо тяжкие, не поясняя при этом, что является критерием такой классификации. Д. В. Мельников указывает на запрет действий, “связанных с особо опасными для людей последствиями”.

Более универсальный путь избран Н. С. Железняком, И. А. Зинченко и С. Н. Радачинским. В предложенных ими вариантах делается аналогичное норме о крайней необходимости ограничение, согласно которому причиненный вред должен быть менее значителен, чем вред предотвращенный. В целом мы поддерживаем подобную идею.

К числу пределов допустимости действий при осуществлении оперативно-розыскной деятельности относится также упоминаемый в специальной литературе запрет совершения организаторских и подстрекательских действий (О. Д. Жук, А. Савинский, Д. В. Мельников).

Несмотря на относительно небольшой массив предложений по совершенствованию уголовно-правового обеспечения оперативного внедрения, следует сказать о том, что в России реализация подобной идеи уже рассматривалась на законодательном уровне. Пример тому — Федеральный закон “О борьбе с организованной преступностью”, принятый Государственной Думой РФ в 1995 г., т.е. еще до принятия УК РФ 1996 г. В нем предусматривалось дополнение УК РСФСР ст. 14¹ “Особенности уголовной ответственности при выполнении задания по защите от тяжких преступлений, связанных с созданием и функционированием организованных групп, банд, преступных организаций и преступных сообществ”³⁴. По мысли законодателя, эта статья закрепляла бы новое обстоятельство, исключающее преступность деяния, регулирующее

³⁴ Организованная преступность — 3 / Под ред. А. И. Долговой, С. В. Дьякова. М., 1996. С. 256, 257.

правомерность причинения вреда лицом, внедренным в наиболее опасные формы преступных групп. Несмотря на всю социальную значимость данной нормы и всего проекта федерального закона в целом, он был отклонен Президентом РФ. Отечественным юристам оставалось только сожалеть об этом³⁵.

Однако, как мы можем убедиться, исходя из анализа теоретических предложений, такой вариант действительно неприемлем для уголовного законодательства. Очевидно, что в законопроекте нарушены принципы, на которых строится институт соучастия и соразмерности вреда, лежащий в основе криминализации деяний³⁶. Кроме того, такие ситуации фактически распространялись бы на очень маленький круг лиц, т.е. значительно ограничивались бы субъектный состав правоприменения.

Таким образом, принимая во внимание, во-первых, современное состояние преступности, имеющее в значительной степени профессиональные, глубоко законспирированные черты, во-вторых, то, что оперативно-розыскная деятельность является наиболее эффективным средством в предупреждении преступлений, и, в-третьих, учитывая сложившуюся практику и существующие теоретические разработки, считаем необходимым дополнить Уголовный кодекс РФ ст. 39¹ следующего содержания:

“Статья 39¹. Причинение вреда при проведении оперативно-розыскного мероприятия.

1. Не является преступлением вынужденное причинение вреда правоохраняемым интересам при проведении оперативно-розыскного мероприятия уполномоченным лицом, которое действует в целях предотвращения, пресечения или раскрытия тяжкого или особо тяжкого преступления, если при этом не было допущено превышения пределов причинения вреда.

2. Превышением пределов причинения вреда при проведении оперативно-розыскного мероприятия признается умышленное причинение тяжкого вреда здоровью или смерти другому человеку, нарушение половой неприкосновенности или половой свободы личности либо совершение умышленного действия (бездействия), повлекшего наступление иных более тяжких последствий по сравнению с последствиями от предотвращаемого, пресекаемого или раскрываемого преступления”.

Обобщая характеристику данной дефиниции, можно выделить следующие условия

правомерности причинения вреда при проведении оперативно-розыскного мероприятия.

Первое условие. Право на причинение вреда принадлежит только определенным субъектам, к которым относятся сотрудники правоохранительных органов и лица, оказывающие им конфиденциальное содействие.

Второе условие. Наличие специальной цели причинения вреда. Такими целями, на наш взгляд, должны быть предотвращение, пресечение или раскрытие преступления.

Цель предотвращения преступлений может иметь место в том случае, когда оперативно-розыскное мероприятие проводится в отношении подготавливаемого преступления. В данном случае речь идет о стадии приготовления к преступлению. Следует иметь в виду, что допустимым будет считаться предотвращение preparatory действий только тогда, когда имеет место приготовление к тяжкому или особо тяжкому преступлению. Цель пресечения ограничивает причинение вреда при проведении оперативно-розыскного мероприятия в отношении действий на стадии покушения на совершение преступления. Цель раскрытия преступления в данном случае следует понимать и как процесс, и как определенный результат. Она включает в себя и выявление преступления, и лиц, его совершивших, а также процесс расследования уголовного дела.

Третье условие. Вынужденность причинения вреда при проведении оперативно-розыскного мероприятия. Соблюдение данного условия означает, что причинение правоохраняемым интересам вреда обусловлено обстановкой, при которой несовершение таких действий может повлечь более тяжкие последствия.

Четвертое условие. Недопущение превышения пределов причинения вреда. По нашему мнению, заведомо не может быть оправданным причинение тяжкого вреда здоровью, смерти лица или посягательства на половую неприкосновенность и половую свободу. Причиненный правоохраняемым интересам вред должен быть менее значителен, чем вред от преступления, в отношении которого проводится оперативно-розыскное мероприятие.

Пятое условие. Причинение вреда возможно только в определенных временных рамках. Начальным моментом является совершение уголовно наказуемого приготовления к преступлению, покушения или оконченного преступления. Конечным моментом — истечение сроков давности привлечения к уголовной ответственности.

³⁵ См.: Миньковский Г. Комментарий письма Президента Российской Федерации об отклонении Уголовного кодекса Российской Федерации // Росс. юстиция. 1996. № 2. С. 13.

³⁶ См.: Сурков К. В. Опыт законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации. СПб., 1998. С. 60.