***Байсеитова А.Т.***

доктор юридических наук, ассоциированный профессор (доцент), полковник полиции, начальник факультета послевузовского образования Алматинской академии МВД Республики Казахстан им. М. Есбулатова

(Е-mail: baliya76@mail.ru)

**Осуществление оперативно-розыскных мероприятий как обстоятельство, исключающее преступность деяния: проблемы теории и практики**

**\***

**Implementation of operational investigative measures as a circumstance excluding the criminality of an act: problems of theory and practice**

Современная преступность становится все более сложным и многогранным явлением, что обусловлено стремительным развитием информационных ресурсов и распространением его противоправного влияния. Все это создает новые возможности для роста преступности, особенно в таких видах, как уголовные правонарушения в сфере экономической деятельности (например, создание финансовой пирамиды, легализация денег, экономическая контрабанда), уголовные правонарушения против общественной безопасности и общественного порядка (например, террористические и экстремистские преступления, оборот наркотических веществ) и уголовные правонарушения против личности (например, торговля людьми, похищение человека), а также уголовные правонарушения в сфере информатизации и связи.

Данные обстоятельства ставят перед правоохранительными органами новые вызовы и предопределяют поиск действенных мероприятий, направленных на противодействие преступности. И оперативно-розыскные мероприятия являются ключевым инструментом для выявления и пресечения преступной деятельности.

Вместе с тем, использование методов оперативно-розыскных мероприятий, порой требует принятия решений, направленных на причинение вреда охраняемым уголовным законодательством интересам. В данном случае государство защищает использование таких методов путем закрепления в ст. 35 Уголовного кодекса Республики Казахстан (далее – УК РК) положений, позволяющих считать данные действия обстоятельствами, исключающими преступность деяния [1].

Сущность оперативно-розыскных мероприятий заключается в том, что необходимо соблюдать признаки, характеризующие их как обстоятельство, исключающее преступность деяния.

Следует отметить, что Законом Республики Казахстан от 28 декабря 2016 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам контрразведывательной деятельности» впервые наряду с оперативно-розыскными мероприятиями включил негласные следственные действия и контрразведывательные мероприятия [2].

Для того, чтобы верно отобразить место рассматриваемого обстоятельства, исключающего преступность деяния, в системе категории уголовного права, а законодательная норма (ст. 35 УК РК) стала бы универсальным критерием отграничения преступных деяний от поступков, сходных только с внешними признаками соответствующих уголовных правонарушений, необходимо подробно рассмотреть правовые признаки, его характеризующие.

В юридической литературе существуют различные мнения по определению правомерности осуществления оперативных розыскных мероприятий.

Отдельные авторы раскрывают признаки осуществления оперативно-розыскных мероприятий через установление наличия определенных условий.

Например, по мнению И.Ш. Борчашвили, ст. 35 УК РК определяет условия правомерности осуществления оперативно-розыскных мероприятий, которые делятся на две группы:

1. Условия правомерности, относящиеся к оперативно-розыскному мероприятию;

2. Условия правомерности, относящиеся к причиненному вреду при совершении оперативно-розыскных мероприятий.

К первой группе условий правомерности относятся: 1) ограниченный круг лиц, имеющих право осуществлять оперативно - розыскные мероприятия; 2) цель проведения оперативно-розыскных мероприятий – предотвращение, выявление, раскрытие или расследование преступлений; 3) оперативно -розыскные мероприятия осуществляются только в групповой преступности.

Ко второй группе условий правомерности относятся: 1) вред при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий причиняется только правоохраняемым интересам; 2) причинение вреда является единственным способом достижения поставленной цели; 3) вред, причиненный действиями лица, осуществляющего оперативно-розыскные мероприятия, должен быть менее значителен, чем вред, причиняемый групповым преступлением; 4) причиненный вред при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий не должен быть сопряжен с угрозой жизни или здоровью человека, экологической катастрофы, общественного бедствия или иных тяжких последствий [3, с. 407-408].

Н.Н. Турецкий считает, что условия правомерности действий при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий сводятся к следующему:

1) оперативно-розыскные мероприятия выполняются только сотрудником уполномоченного государственного органа либо по поручению такого органа иным лицом, сотрудничающим с этим органом;

2) деяние совершено с целью предотвращения, выявления, раскрытия или расследования преступлений, совершенных группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, организованной группой или преступным сообществом (преступной организацией);

3) причиненный вред правоохраняемым интересам должен быть менее значительным, чем вред, причиняемый указанными преступлениями;

4) предотвращение, раскрытие или расследование преступлений, а равно изобличение виновных в совершении преступлений лиц не могло быть осуществлено иным способом [4, с. 12].

Анализируя вышеприведенные точки зрения относительно условий правомерности осуществления оперативно-розыскных мероприятий, можно сделать следующие выводы: во-первых, ряд признаков (условий) характеризуют опасность, то есть «указывают» на наличие правомерности осуществления оперативно-розыскных мероприятий (при этом отдельная группа условий (признаков) характеризует действия, направленные на устранение (нейтрализацию) опасности); во-вторых, причинение вреда для устранения (нейтрализации) опасности будет непреступным тогда, когда эти условия (признаки), которые характеризуют правомерность осуществления оперативно-розыскных мероприятий и деяния, связанного с устранением (нейтрализацией) опасности, применяются в совокупности.

Следует отметить, что все условия правомерности равноценны по отношению друг к другу и следовательно несоблюдение хотя бы одного из них будет свидетельствовать о неправомерности действий лица, осуществляющего оперативно-розыскные мероприятия, предусмотренные в ст.35 УК РК.

Рассмотрим подробно условия правомерности осуществления оперативно-розыскных мероприятий

Одним из условий правомерности является то, что вред должен быть причинен только при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий и в соответствии с положениями Закона Республики Казахстан от 15 сентября 1994 г. «Об оперативно-розыскной деятельности».

Согласно п. 15) ст.1 Закона РК «Об ОРД» под оперативно-розыскной деятельностью понимается «…научно обоснованная система гласных и негласных оперативно-розыскных, организационных и управленческих мероприятий, осуществляемых в соответствии с Конституцией РК, Законом «Об ОРД» и иными нормативными правовыми актами РК органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, в целях защиты жизни, здоровья, прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств».

Оперативно-розыскные мероприятия - это действия органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, в соответствии с возложенными на них задачами, предусмотренными Законом Республики Казахстан от 15 сентября 1994 г. «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – Закон РК «Об ОРД») [5].

В соответствии со ст. 11 Закона РК «Об ОРД» оперативно-розыскные мероприятия подразделяются на общие и специальные.

Так, общее оперативно-розыскное мероприятие - совокупность связанных единым тактическим, стратегическим замыслом действий органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, направленных на решение задач данной деятельности (п.11) ст. 1 Закона РК «Об ОРД»);

Специальное оперативно-розыскное мероприятие - оперативно-розыскное мероприятие, непосредственно затрагивающее охраняемые законом неприкосновенность частной жизни, тайну переписки, телефонных переговоров, телеграфных сообщений и почтовых отправлений, а также право на неприкосновенность жилища (п.3) ст. 1 Закона РК «Об ОРД»).

К оперативно-розыскным мероприятиям, согласно ст. 11 Закона РК «Об ОРД» относятся следующие действия:

- общие: 1) опрос лиц; 2) установление гласных и негласных отношений с гражданами, использование их в оперативно-розыскной деятельности; 3) внедрение; 4) применение модели поведения, имитирующей преступную деятельность; 5) создание конспиративных предприятий и организаций; 6) контролируемая поставка; 7) применение технических средств для получения сведений, не затрагивающих охраняемые законом неприкосновенность частной жизни, жилища, личной и семейной тайны, а также тайну личных вкладов и сбережений, переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений; 8) наведение справок; 9) получение образцов; 10) оперативный закуп; 11) применение служебно-розыскных собак; 12) поиск и отождествление личности по приметам; 13) поиск устройств незаконного снятия информации; 14) обнаружение, негласная фиксация и изъятие следов противоправных деяний, их предварительное исследование; 15) преследование лица, готовящего, совершающего или совершившего преступление, и его задержание; 16) осуществление с участием понятых личного досмотра задержанных лиц, изъятия находящихся при них вещей и документов, могущих относиться к преступной деятельности, а также досмотра жилых помещений, рабочих и иных мест, досмотра транспортных средств; 17) проведение операций по захвату вооруженных преступников;18) наблюдение.

- специальные:1) негласные аудио- и (или) видеоконтроль лица или места; 2) негласные контроль, перехват и снятие информации, передающейся по сетям электрической (телекоммуникационной) связи; 3) негласное получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами; 4) негласное снятие информации с компьютеров, серверов и других устройств, предназначенных для сбора, обработки, накопления и хранения информации; 5) негласный контроль почтовых и иных отправлений; 6) негласные проникновение и (или) обследование места.

К следующему условию правомерности осуществления оперативно-розыскных мероприятий следует отнести круг лиц, имеющих право осуществлять их.

Субъект оперативно-розыскной деятельности - физическое лицо, носитель прав и обязанностей, предусмотренных оперативно-розыскным законодательством и ведомственными нормативными актами, которое выполняет специальное задание.

Оперативно-розыскные мероприятия, как указывается в ч.1 ст.35 УК РК, могут осуществляться только двумя группами субъектов: сотрудниками уполномоченного государственного органа и иными лицами, сотрудничающими с этими органами, и только по поручению такого органа.

Согласно п.1) ст. 6 Закона РК «Об ОРД» к органам, имеющим право осуществлять оперативно-розыскную деятельность, относятся: 1) органы внутренних дел; 2) органы национальной безопасности; 3) уполномоченный орган в сфере внешней разведки; 4) органы военной разведки Министерства обороны; 5) антикоррупционная служба; 6) Служба государственной охраны Республики Казахстан; 7) служба экономических расследований.

При этом, следует отметить, что перечень органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, может быть изменен или дополнен только законом (п.2 ст.6 Закона РК «Об ОРД»).

Вторую группу субъектов осуществления оперативно-розыскных мероприятий образуют иные лица, сотрудничающие с вышеуказанными государственными органами. К этой категории субъектов осуществления оперативно-розыскных мероприятий относятся любые физические лица, достигшие восемнадцатилетнего возраста, дееспособные, которые дали согласие сотрудничать на конфиденциальной основе (в том числе, по контракту) с органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, а равно сотрудничавшие ранее по своему согласию с данным органом. Они должны действовать только по поручению сотрудников, имеющих право осуществлять оперативно-розыскные мероприятия, и сотрудничать с ними на предусмотренных законом основаниях.

Следует отметить, что не каждое должностное лицо этих органов имеет право проводить ОРМ. В каждом правоохранительном и специальном органе на уровне первых руководителей государственных органов утверждены нормативные акты, в которых содержится перечень служб, подразделений категорий сотрудников, допущенных к оперативно-розыскной деятельности.

Каждый из субъектов, осуществляя ОРМ, решает поставленные перед ним задачи, с соблюдением своих прав и обязанностей, закрепленных в ст. ст. 7,8 Закона РК «Об ОРД». При этом лица, не являющиеся субъектами оперативно-розыскной деятельности, в случае причинения ими вреда, не могут быть освобождены от уголовной ответственности только на основании того, что они осуществляли оперативно-розыскные мероприятия.

Одним из условий правомерности осуществления оперативно-розыскных мероприятий является цель проведения. Причинение вреда интересам личности, общества, государства не является главной и непосредственной целью лица, осуществляющего оперативно-розыскные мероприятия, а является только средством достижения конечного результата.

Согласно ст. 35 УК РК, оперативно-розыскные мероприятия должны совершаться только с целью предотвращения, выявления, раскрытия или расследования уголовных правонарушений, совершенных группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, преступной группой, предупреждения, вскрытия и пресечения разведывательных и (или) подрывных акций, а также, если причиненный вред правоохраняемым интересам менее значителен, чем вред, причиняемый указанными уголовными правонарушениями, и если их предотвращение, раскрытие или расследование, а равно изобличение виновных в совершении уголовных правонарушений лиц не могли быть осуществлены иным способом.

При характеристике вреда, который причиняется в ходе осуществления оперативно-розыскных мероприятий, следует обратить внимание на так называемые негативные признаки, отсутствие которых свидетельствует о правомерности поступка [6, с. 90].

В частности, деяния исполнителя оперативно-розыскных мероприятий будут правомерными при вынужденном причинении вреда интересам лишь в определенных пределах, предусмотренных ч. 2 ст. 35 УК РК.

На наш взгляд, наличие же обстоятельств, предусмотренных ч. 2 ст. 35 УК РК, по сути является нарушением правовой обязанности лица, которое осуществляет оперативно-розыскные мероприятия, связанного с несовершением действий при неопределенных условиях и заключается в очевидном противоречии с правомерным причинением вреда, который выступает как реализация государственно-властных полномочий относительно проведения надлежащих мероприятий, обусловленных необходимостью недопущения разоблачения такого лица или невозможностью иным образом раскрыть или предупредить преступную деятельность группы лиц, группы лиц по предварительному сговору, преступной группы.

Кроме того, как следует из анализа ст. 35 УК РК, проведение оперативно-розыскных мероприятий возможно в целях предупреждения, выявления, раскрытия и расследования уголовных правонарушений, совершенных группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, преступной группой. Тем самым, в случае совершения одним лицом уголовных правонарушений, представляющих повышенную общественную опасность и относящиеся к категории тяжких и особо тяжких преступлений, проведение оперативно-розыскных мероприятий невозможно и незаконно.

Вместе с тем, как показывает правоприменительная практика, имеются случаи совершения одним лицом особо тяжких преступлений. Тогда как, например, группой лиц совершается кража (п. 1) ч. 2 ст. 188 УК РК) либо мошенничество группой лиц по предварительному сговору (п. 1) ч. 2 ст. 190 УК РК) и т.д.

В этой связи следует в ст. 35 УК РК указать, что проведение оперативно-розыскных мероприятий возможно в целях предупреждения, выявления, раскрытия и расследования тяжких или особо тяжких преступлений.

Следующим обязательным признаком осуществления оперативно-розыскных мероприятий является причинная связь между деянием (действием или бездействием) исполнителя таких мероприятий и последствиями в виде причинения вреда правоохраняемым интересам. Лицо, вынужденное причинить охраняемым интересам вред, должно быть причинно обусловленным следствием деяния лица, осуществляющего оперативно-розыскные мероприятия. Если же последствия наступили независимо от того, было ли совершено исполнителем оперативно-розыскных мероприятий деяние, то есть причинная связь между деянием и последствиями отсутствует, то вопрос об определении правомерности причинения вреда охраняемым законом интересам не возникает [7, с. 379].

Одним из наиболее спорных в науке уголовного права условий правомерности осуществления оперативно-розыскных мероприятий является вынужденность причинения вреда.

В частности, Н.Н. Турецкий считает, что предотвращение, раскрытие или расследование преступлений, а равно изобличение виновных в совершении преступлений лиц не могло быть осуществлено иным образом. Это значит, что исходя из конкретной ситуации, лицо, которое осуществляло оперативно-розыскные мероприятия, другим путем не смогло бы вызвать к себе доверие или была бы разоблачена его настоящая роль, или оно таким образом предупреждало или раскрывало более тяжкие преступления, или обнаруживало структуру группировки и действительную роль ее членов [4, с.15].

Похожую позицию занимает И.Ш. Борчашвили, который, в частности, отмечает, что вынужденным признается такое причинение вреда, когда оно является единственным способом достижения поставленной цели, то есть которое является необходимым для сохранения лицом в тайне факта выполнения им оперативно-розыскных мероприятий, его сотрудничества с оперативным подразделением [3, с. 408].

На наш взгляд, причинение вреда охраняемым законом интересам должно быть вынужденным, то есть необходимым для недопущения разоблачения лица, которое осуществляет оперативно-розыскные мероприятия, и не может переходить на умышленное причинение вреда. Необходимость осуществления оперативно-розыскных мероприятий может быть обусловлена невозможностью установления гласными средствами круга соучастников и каналов поступления предметов, ограниченных или изъятых из гражданского обращения (наркотические средства, оружие, радиоактивные материалы, поддельные деньги и тому подобное), масштабностью проведения названных операций (например, при участии правоохранительных органов ряда государств), или невозможностью или усложненностью получения доказательной информации, о тяжком преступлении, готовящемся более тяжком преступлении (о его исполнителях и лицах, причастных к такой преступной деятельности, об уровне коррумпированных связей, местонахождении предметов преступления и т.п.), которое свидетельствует об оправданной необходимости и вынужденном временном невыполнении обязанности прекращения контролируемого преступления.

Вынужденность имеет место, когда у лица, которое внедрилось в состав преступной группы, возникла необходимость принимать участие в совершении преступления (например, принуждение со стороны лидера преступной организации), и отсутствовала реальная возможность (без риска раскрыть свою связь с правоохранительными органами и тем самым подвергнуть себя опасности) отказаться от участия в подготовке или совершении уголовного правонарушения в составе такой группы.

По нашему мнению, вынужденное причинение вреда в понимании ст. 35 УК РК – это причинение вреда, который осуществляется лицом не по собственному желанию для удовлетворения собственных потребностей и интересов, а под воздействием конкретных обстоятельств с целью предотвращения, выявления, раскрытия или расследования уголовного правонарушения лицом, которое осуществляет оперативно-розыскные мероприятия. Вынужденное - означает, что причинение вреда охраняемым интересам совершается в крайнем случае, когда иначе поступить, осуществляя оперативно-розыскные мероприятия, для предупреждения или раскрытия преступной деятельности организованной группы или преступной организации, сотрудник уполномоченного государственного органа не может.

Таким образом, проведенный анализ свидетельствует о неоднозначном толковании «вынужденности» как обязательного условия правомерности осуществления оперативно-розыскных мероприятий, что требует своего разъяснения на уровне нормативного поставления Верховного суда Республики Казахстан.

Уголовное законодательство не определяет как обязательное условие осуществления оперативно-розыскных мероприятий ни способ, ни орудия причинения вреда. Исходя из этого можно отметить, что такие деяния могут быть совершены любым способом и с применением любых орудий, если такие действия не связаны с последствиями, предусмотренными ч.2 ст. 35 УК.

В этой связи, вполне можно допустить, что нормы действующего законодательства о применении оружия не распространяются на лицо, осуществляющее оперативно-розыскные мероприятия в силу того, что во всех случаях основанием правомерности применения оружия отмеченным лицом является наличие в его действиях общих условий правомерности осуществления им оперативно-розыскных мероприятий.

Таким образом, подытоживая приведенные аргументы, следует отметить, что трактовка в действующем уголовном законодательстве осуществления оперативно-розыскных мероприятий как одного из обстоятельств, исключающих преступность деяний, не является идеальной, граница между преступным и непреступным поведением во многом остается размытой.

Вместе с тем, со стороны законодателя должна быть проделана огромная работа по исследованию теоретических предложений и уточнению условий правомерности его осуществления. В частности, предлагается осуществление оперативно-розыскных мероприятий предусмотреть в целях предупреждения, выявления, раскрытия и расследования только тяжких или особо тяжких преступлений. Кроме того, с целью исключения проблем в правоприменительной практике необходимо принять нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан, касающееся всех обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Необходимость дальнейшего совершенствования обстоятельств, исключающих преступность деяния, в т.ч. такого обстоятельства, как осуществление оперативно-розыскных мероприятий, обусловлено уровнем развития существующих на данный момент общественных отношений, так и отдельными положениями, воспроизведенными в национальном законодательстве.

**Список литературы**

1 Уголовный кодекс Республики Казахстан от 3 июля 2014 года // Интернет-ресурс: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/K1400000226>

2 Закон Республики Казахстан от 28 декабря 2016 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам контрразведывательной деятельности» // Интернет-ресурс: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1600000036#z56>

3 Борчашвили И.Ш. Комментарий к Уголовному Кодексу Республики Казахстан. Общая часть. Том 1. - Алматы. – 2021.- 836 с.

4 Комментарий к Закону Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности» / под общ. ред. Н.Н. Турецкого. – Алматы: ТОО «Издательство «Норма-К», 2010. – 124 с.

5 Закон Республики Казахстан от 15 сентября 1994 года «Об оперативно-розыскной деятельности»// Интернет-ресурс: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z940004000_>

6 Шкабин Г. С. Уголовно-правовое обеспечение оперативно-разыскной деятельности в Республике Казахстан // Академическая мысль. 2018. №4 (5). С. 89-91.

 7 Никуленко А.В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния: концептуальные основы уголовно-правовой регламентации: дис. ... доктора юридических наук. - Санкт-Петербург, 2019. - 512 с.