УГОЛОВНО-ПРАВОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОПЕРАТИВНО-РАЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В АВСТРАЛИИ И США: ОПЫТ ДЛЯ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЯ

ШКАБИН Геннадий Сергеевич, доцент кафедры уголовного права Московского университета МВД России им. В. Я. Кикотя, кандидат юридических наук, доцент

117437, Россия, г. Москва, ул. Академика Волгина, 12

E-mail: uprzn@ya.ru

В законодательстве, судебной практике и правовой науке ряда зарубежных стран существует относительно давняя история рассмотрения вопросов уголовно-правового обеспечения тайной деятельности правоохранительных органов по противодействию преступности. Во многих государствах этот процесс претерпел уже неоднократные изменения. В статье приводится опыт правового регулирования причинения вреда при осуществлении деятельности, которая в России называется оперативно-разыскной. Анализируются положения нормативных правовых актов и судебных решений Австралии и США как стран с наиболее развитой нормативной и научной основой разрешения этих проблем. Отмечается, что в обоих государствах первопричиной формирования нормативной базы, посвященной причинению вреда при проведении тайных операций, явились конкретные уголовные дела. Рассматривается законодательство Австралии, которым устанавливается порядок проведения контролируемых операций, причиняющих вред объектам уголовно-правовой охраны. Описываются условия правомерности контролируемого поведения. Обращается внимание на границы допустимости деяния, а также на выделение австралийским законодателем в 2010 г. так называемого вспомогательного преступления при контролируемой операции. Также раскрывается правовое обеспечение действий тайных сотрудников ФБР США, условия их правомерного поведения и пределы причинения вреда. Автор приходит к заключению о наличии у представителей правоохранительных органов США крайне широких полномочий при проведении оперативно-го внедрения. На основе проведенного анализа сформулированы выводы, а также даны рекомендации по совершенствованию российского законодательства.

Ключевые слова: уголовно-правовое обеспечение, тайные операции, контролируемое поведение, оперативно-разыскная деятельность, причинение вреда, оперативное внедрение, провокация преступления, вспомогательное преступление, защита государственной власти.

CRIMINALLY-LEGAL MAINTENANCE OF OPERATIONAL-INVESTIGATIVE ACTIVITY IN AUSTRALIA AND THE UNITED STATES: THE EXPERIENCE FOR THE RUSSIAN LEGISLATOR

G. S. SHKABIN, associate professor at the Department of criminal law of the Kikot Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation, candidate of legal sciences, associate professor

12, Akademik Volgin st., Moscow, Russia, 117437

E-mail: uprzn@ya.ru

For a relatively long time there is consideration of criminal law maintenance for secrecy activity of law enforcement agencies in order to combat crime in the legislation, judicial practice and jurisprudence of some foreign countries. In many states this process has undergone numerous changes. The article presents the experience of legal regulation of causing harm during performance of activities, which is called operational-investigative in Russia. The provisions of legal acts and court decisions of Australia and the United States as the countries with the most developed regulatory and scientific basis for solving these problems are analyzed. It is noted that in both countries the root cause of the formation of the regulatory framework dedicated to harm causing during covert operations were specific criminal cases. The legislation of Australia, which establishes the procedure for controlled operations causing harm to the objects of criminal law protection, is considered. The conditions of the legitimacy of the controlled behavior are described. Attention is paid to the border admissibility of acts as well as the release of the Australian legislator since 2010, the so-called auxiliary crime during a controlled operation. Legal maintenance for acts of secret FBI employees in USA, conditions of their lawful conduct and the limits of harm causing are described. The author comes to a conclusion that the representatives of US law enforcement-enforcement agencies have extremely broad powers during operational implementation. Based on the review conclusions, including and recommendations for the improvement of the Russian legislation are drawn.

Keywords: criminally-legal maintenance, covert operations, controlled behavior, operational-investigative activity, harm causing, operational implementation, crime provocation, auxiliary crime, protection of the government.

DOI: 10.12737/article_593fc343c04c73.33901692

Тайная работа правоохранительных органов по предупреждению и раскрытию преступлений в сфере противодействия преступности во всех государствах является одной из наиболее эффективных. При осуществлении оперативно-разыскной деятельности не исключены ситуации, когда агенты вынуждены совершать деяния, причиняющие вред объектам уголовно-правовой охраны. В таких случаях возникает необходимость обращения к уголовному законодательству, которое должно регулировать подобное правомерное поведение. В связи с этим представляет интерес изучение правового опыта других государств по данному вопросу. Нами были проанализированы законодательство и судебная практика Австралии и США. Причиной выбора этих стран является прежде всего большая развитость научной и нормативной базы, а также судебной практики в области интересующих нас проблем.

Следует пояснить, что термин «оперативно-разыскная деятельность» не всегда имеет аналог в юридических языках других государств. В некоторых случаях такие действия называются обобщающими словами — тайные, контролируемые или специальные операции, в других они определяются как действия агента под прикрытием. Мы также будем использовать подобную иностранную терминологию исходя из фактического (одинакового) смысла соответствующих действий, т. е. понимать их как синонимы отечественных законодательных положений.

Стоит отметить, что в отечественной теории оперативно-разыскной деятельности нашли отражение многие вопросы правового регулирования, организации и тактики проведения тайных операций в странах дальнего зарубежья¹. Однако ситуации причинения правомерного вреда в них описывались фрагментарно и второстепенно.

Австралия. Одним из самых известных уголовных дел Австралии, раскрытым в результате проведения тайной операции, проводившейся в 1989 г., является дело «Риджвей против Королевы»². Оно имеет прецедентное значение и фактически послужило одной из причин развития законодательства в соответствующей области.

Суть дела состояла в следующем. Житель Австралии обратился к знакомому из Малайзии с просьбой доставить ему наркотическое средство. Последний сотрудничал с полицией. В ходе разработанной сотрудниками полиции Австралии и Малайзии совместной операции в Австралию было ввезено 140,4 г героина. Во время пересечения гра-

ницы наркотик находился у сотрудника малайзийской полиции, сопровождавшего информатора. По прибытии наркотик под контролем уже австралийской полиции был продан заказчику, который после сделки был задержан.

В апелляционной жалобе подсудимый, гражданин Австралии, требовал исключить героин из доказательственной базы, так как он был незаконно ввезен на территорию государства при активном участии федеральной полиции. В связи с этим Высокий суд Австралии помимо виновности лица в приобретении наркотиков также был вынужден рассматривать и вопросы законности их контролируемой поставки.

Несмотря на то что между ведомствами правоохранительных органов двух государств существовала официальная договоренность о контролируемых поставках, действия информатора и полиции были признаны Судом незаконными. Они рассматривались с точки зрения контрабанды, за которую агенту и сотрудникам полиции грозило наказание в виде лишения свободы на срок до 25 лет и штраф в размере до 100 тыс. австралийских долл.

В результате длительного разбирательства Высокий Суд пришел к выводу, что интересы общества, состоящие в необходимости привлечения к уголовной ответственности и наказания виновного в совершении преступления, являются главенствующими (основными). По этой причине доказательства, полученные в результате тайной операции полиции двух стран, не были изъяты из дела³. Тем не менее данное дело обнажило существующую проблему, что послужило основанием для совершенствования нормативно-правовой базы.

Правовая модель регулирования подобных ситуаций заключалась в получении предварительного разрешения на проведение полицейских операций, что становилось основанием для исключения уголовной ответственности агентов полиции. Реформа представляла иммунитет сотрудникам полиции за совершенные ими действия. Это касалось уголовного законодательства как федерального уровня, так и штатов⁴.

В результате в 1995 г. в штате Южная Австралия был принят «Уголовный закон об операциях под прикрытием». В 2001 г. вступил в действие Федеральный закон «О мерах по борьбе с опасной и организованной преступностью». Этими нормативными актами устанавливались как порядок проведения контролируемых операций, так и основания исключения уголовной ответственности лиц, в них участвующих.

Спустя несколько лет законодательство Австралии в этой области изменилось. На сегодняшний день во-

¹ См., например: *Смирнов М. П.* Оперативно-разыскная деятельность полиции зарубежных стран. М., 2001; *Чечетин А. Е., Буряков Е. В.* Опыт борьбы с организованной преступностью в США. Омск, 1998.

² *Ridgeway v The Queen* [1995] HCA 66. URL: <http://eresources.hcourt.gov.au> (дата обращения: 30.10.2016).

³ *Ridgeway v The Queen* [1995] HCA 66.

⁴ См.: *Bronitt S.* The Law in Undercover Policing: A Comparative Study of Entrapment and Covert Interviewing in Australia, Canada and Europe // *Common Law World Review*. 2004. Vol. 33. No. 1. P. 43.

просы правового регулирования причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны раскрываются в первую очередь в Федеральном законе «О преступлениях» (Crimes Act) 1914 г. В нем также устанавливается порядок проведения контролируемых операций. Действие закона распространяется на всю территорию Австралийского Союза. Несмотря на то что в штатах может существовать собственное законодательство, регулирующее проведение тайных операций, Закон о преступлениях 1914 г. в этой части имеет более высокую юридическую силу.

Раздел третий названного закона посвящен описанию условий правомерности так называемого контролируемого поведения. Под ним понимается такое поведение (деяние), осуществляемое при проведении контролируемой операции, которое является преступлением, но уголовная ответственность за него исключается (предоставляется защита от уголовной ответственности — *protection from criminal responsibility*). Обратим внимание на то, что по законодательству Австралии деяние, причиняющее вред при контролируемой операции, считается преступлением. Это характерно для всех обстоятельств, связанных с определенными внешними факторами, юридическая природа которых аналогична нормам гл. 8 УК РФ об обстоятельствах, исключающих преступность деяния.

Условиями правомерности рассматриваемых контролируемых действий являются следующие.

Правом на причинение вреда объектам уголовно-правовой охраны обладает должностное лицо, специально на это уполномоченное в установленном порядке. Если участник контролируемой операции не является сотрудником правоохранительного органа, то он не подлежит уголовной ответственности только при условии действия в соответствии с указаниями сотрудника правоохранительного органа.

Контролируемая операция должна проводиться на основании и в соответствии с распоряжением специально уполномоченного должностного лица. Причинение вреда объектам уголовно-правовой охраны допустимо только в целях контролируемой операции — получения доказательств, которые могут привести к судебному преследованию лица за совершение серьезного преступления против Содружества или серьезного государственного преступления, которое имеет федеральное значение.

Следующим условием является недопущение превышения пределов причинения вреда при проведении контролируемой операции. Такими пределами являются, во-первых, запрет на участие в деянии, которое повлекло смерть или серьезную травму любому лицу. Во-вторых, недопустимость совершения преступления против половой неприкосновенности или половой свободы личности (*sexual offence* — сексуальное преступление). И, в-третьих, это запрет на провокацию преступления, т. е. склонение

к его совершению лица, которое не было к этому предрасположено.

В 2010 г. австралийское законодательство было дополнено одним из актуальных на сегодняшний день решений в вопросе правового регулирования контролируемых операций. Речь идет об исключении уголовной ответственности не только за участие внедренного лица в преступлении, доказательства по которому устанавливаются, но и за совершение так называемого вспомогательного преступления (причинение вспомогательного вреда). Действия агента в данном случае называются вспомогательным поведением (*ancillary conduct*). Под вспомогательным преступлением понимается деяние, состоящее, во-первых, в сговоре на совершение преступления, возникшего в рамках контролируемой операции. Во-вторых, это может быть пособничество или проявление какой-либо заинтересованности в совершении такого преступления.

США. Юридическая природа правомерности действий агентов ФБР, полиции и их доверенных лиц при проведении тайных операций иная, чем в Австралии. В судебной практике США XX в. неоднократно рассматривались вопросы возможности причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны при проведении тайных операций. Так, в 1976 г. апелляционный суд девятого округа в деле «США против Гонзалеса (Gonzales)» признал допустимыми действия внедренных агентов, которые участвовали в фальшивомонетничестве. Они не только покупали чернила и помогали устанавливать оборудование, но и печатали и даже распространяли фальшивые банкноты⁵.

Одной из наиболее известных тайных операций, связанной с внедрением агента и имеющей значение для дальнейшего нормативно-правового регулирования причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны, является начатая в 1978 г. так называемая «операция Абском (Abscam)». Основанием для ее проведения послужила поступившая в ФБР информация, что несколько членов Конгресса и Сената США получали взятки. Суть операции состояла в следующем. Несколько секретных агентов ФБР были представлены членам Конгресса и Сената как арабский шейх Ясир Хабиб из Абу-Даби и его помощники. Предоставлялась информация, что шейх готов сделать большие инвестиции и желает эмигрировать в США. Государственным чиновникам предлагались деньги в обмен на помощь и политическое влияние. В результате собранные доказательства были положены в основу обвинения одного сенатора, шести членов Палаты представителей, мэра города, членов муниципального совета и инспектора службы миграции и натурализации.

⁵ United States v. Gonzales, 539 F.2d 1238, 1239 (9th Cir. 1976). URL: <https://casetext.com> (дата обращения: 10.10.2016).

Проведенная операция вызвала большой резонанс в обществе. В обеих палатах Конгресса были проведены слушания о тайных операциях ФБР и сделала выводы о недостаточном контроле внутри ведомства. Вскоре после того как результаты внедрения агентов получили огласку в обществе, Генеральный атторней в 1980 г. издал Инструкцию о проведении ФБР операций под прикрытием. Это был первый нормативный документ, регламентирующий рассматриваемые действия⁶.

С того времени Инструкция неоднократно менялась. На сегодняшний день действует Инструкция 2002 г. Она распространяется как на штатных сотрудников, так и на лиц, с ними сотрудничающих. Действия агентов, причиняющие вред объектам уголовно-правовой охраны, прямо не называются преступлением или разрешенным преступлением. В документе о них говорится как о «так называемой незаконной деятельности».

Условия и пределы причинения вреда описываются в четвертом разделе Инструкции. По общему правилу ни один сотрудник, работающий под прикрытием, не должен без специального разрешения заниматься деятельностью, которая представляет собой нарушение законов.

Разрешение на все виды деятельности под прикрытием, в том числе и те, при которых причиняется вред, должен дать специально уполномоченный агент. При этом выделяются следующие три альтернативные цели причинения вреда:

сбор информации или доказательств, необходимых для завершения расследования, при условии, что без причинения вреда это не представляется возможным;

создание или поддержание надежности легенды лица, работающего под прикрытием;

предотвращение смерти или нанесения серьезного вреда здоровью.

К пределам допустимого (правомерного) поведения агента, действующего под прикрытием, относится ряд запретов. Это, во-первых, запрещение участвовать в любом акте насилия, за исключением ситуаций самообороны.

Во-вторых, внедренный сотрудник не имеет право провоцировать совершение преступления. Под провокацией преступления понимается убеждение агентом лица, которое не было предрасположено к совершению преступления, а также создание условий и способствование совершению правонарушения с целью преследования за его совершение в судебном порядке. Исключения составляют те ситуации, когда есть основания полагать, что лицо будет предрасположено к совершению предлагаемых незаконных действий.

В-третьих, запрещается участвовать в действиях с незаконным использованием технических устройств в рамках расследований. Например, противоправные прослушивание телефонных переговоров, взлом электронной почты, проникновение и вторжение или нарушение границ частной территории с целью незаконного обыска.

Специально уполномоченный агент может дать разрешение на совершение:

деяния, представляющего собой наименее опасное преступление, граничащее с административным правонарушением (мисдиминор) или похожее мелкое преступление, предусмотренное законодательством федерального, штатного или местного уровней;

приобретения похищенного или контрабандного товара;

передачи и сбыта похищенного имущества, владельца которого невозможно установить;

контролируемой поставки наркотиков (но не их продажи);

дачи взятки (для большинства случаев дачи взятки устанавливается особый порядок получения разрешения в штаб-квартире ФБР);

намеренного заблуждения третьих лиц в отношении сокрытия настоящего удостоверения личности или подлинного владельца хозяйствующего субъекта (за исключением заявления, сделанного под присягой и дачи ложных показаний);

проведения не более пяти операций по отмыванию денег, не превышающих максимально установленную сумму в 1 млн долл. США.

В нормативном акте предусматривается также и возможность участия агента в деянии, которое является тяжким преступлением или его эквивалентом, не подпадающим под перечисленные выше случаи, а также дача ложного заявления под присягой или дача ложных показаний. В таких ситуациях требуется дополнительное разрешение.

Участие в деятельности, которая предполагает значительную угрозу применения насилия или нанесения физического вреда, требует разрешения со стороны Директора ФБР, его помощника или уполномоченного исполнительного помощника Директора, после рассмотрения Комитетом по пересмотру операций, проводимых под прикрытием.

Если сотрудник, работающий под прикрытием, полагает, что участие в деянии, причиняющем вред, является неизбежным и при этом он не предвидел и не ожидал наступления данных событий, то он должен предпринять все возможные меры, чтобы проконсультироваться со специальным уполномоченным агентом. В случае когда консультация невозможна, и сотрудник, работающий под прикрытием, полагает, что существует прямая и серьезная угроза жизни, физической безопасности или имуществу, то он может участвовать в деянии, причиняющем вред, без разрешения. Ограничением являются ситуации, свя-

⁶ См.: *Joh E. E., Joo Th. W. Sting Victims: Third-Party Harms in Undercover Police Operations* (February 27, 2015). URL: <https://ssrn.com> (дата обращения: 20.08.2016).

занные с насилием. В таком случае предпринимаются все возможные меры, чтобы избежать его. Решение сотрудника относительно участия в описанных действиях может быть одобрено «задним числом» при условии, что оно будет признано допустимым.

Несмотря на то что по общим правилам применение насилия является недопустимым, в Инструкции предусмотрено исключение. Так, если операция, проводимая под прикрытием, приводит в результате к совершению насилия, то специальный уполномоченный агент должен незамедлительно уведомить об этом соответствующего федерального атторнея и штаб-квартиру ФБР, которые должны информировать помощника Генерального атторнея по уголовным делам. В документе подчеркивается, что во всех случаях при планировании и проведении операции ФБР обязано предпринимать шаги по минимизации участия сотрудников, работающих под прикрытием, в так называемой незаконной деятельности.

Таким образом, в рассматриваемом нормативном акте достаточно подробно регламентируются ситуации совершения внедренными лицами деяний, которые причиняют вред объектам уголовно-правовой охраны. Однако следует обратить внимание на одну особенность в отношении данной Инструкции для ФБР. Все перечисленные в ней требования не являются обязательными и поэтому агенты, их нарушившие, не могут быть привлечены к уголовной ответственности⁷. Другими словами, несоблюдение положений Инструкции указывает лишь на совершение дисциплинарного проступка. Более того, подобного рода инструкции разработаны на федеральном уровне. Они не накладывают ограничения на возможность проведения тайных операций полицией, которая в США функционирует в основном на местном уровне.

В правоприменительной практике США случаи привлечения к уголовной ответственности агентов, работающих под прикрытием, являются исключительными. Это объясняется прежде всего тем, что нормы уголовного права фактически играют подчиненную роль по отношению к инструкциям ФБР в регулировании методов работы под прикрытием⁸. Однако, если такая вероятность и возникнет, то существует по меньшей мере два основания, исключающих уголовную ответственность внедренного лица.

Первое. Внедренное лицо, которое при выполнении операции причинило вред объектам уголовно-правовой охраны, не будет подлежать уголовной ответственности ввиду отсутствия признаков субъ-

ективной стороны. Так, в учебнике по уголовному праву 2008 г. говорится, что «в ряде случаев участие офицера полиции в преступлении не будет считаться незаконным, так как у него отсутствовал преступный умысел»⁹.

Второе. Основанием непротивности поведения внедренного лица является так называемая защита государственной власти. Она также известна как защита авторитета правоохранительных органов, которая оправдывает причинение вреда правоохраняемым объектам сотрудниками полиции или гражданским лицом, действующим по их поручению.

В уголовном праве США выделяется ряд условий защиты государственной власти:

поведение представителя полиции должно быть разрешенным;

средства, используемые полицией, должны быть необходимыми;

причинение вреда правоохраняемым объектам должно совершаться только в целях поддержания законности¹⁰.

Несмотря на существование данных условий, не имеющих нормативного закрепления, в уголовно-правовой литературе отмечается, что на практике не существует универсального критерия, который может определить ситуации, когда поведение носило незаконный характер в рамках операций, проводимых под прикрытием¹¹. Иначе говоря, правовая система Америки предоставляет сотрудникам, осуществляющим операции под прикрытием, в результате которых причиняется вред объектам уголовно-правовой охраны, чрезвычайно широкие права на непротивность.

Обобщая анализ правового обеспечения оперативно-разыскной деятельности в Австралии и США, можно сделать несколько выводов.

1. Уголовный кодекс Австралии, содержит нормы о правомерном причинении вреда внедренным лицом, которые сочетают в себе материальные и процессуальные начала. При этом следует отметить четкость описания ситуаций и границ правомерности причинения вреда лицами, осуществляющими оперативно-разыскную деятельность. Данное обстоятельство может быть учтено при внесении изменений и в российское законодательство.

2. Из рассматриваемой группы стран выделяются США. Сложившаяся там ситуация характеризуется

⁷ См.: *Wagner G. A. United States' Policy Analysis on Undercover Operations // Int'l J. Police Sci. & Mgmt. 2007. No. 9. P. 373.*

⁸ См.: *Ross J. E. Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy // American Society of Comparative Law. 2004. Vol. 52. No. 3. P. 581.*

⁹ См.: *LaFave W. Substantive Criminal Law. 2nd ed. 2008. Цит. по: Joh E. E. Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime // Stanford Law Review. 2009. Vol. 62. Iss. 1. P. 169.*

¹⁰ См.: *Joh E. E. Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime. P. 169—170.*

¹¹ См.: *Ross J. E. Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy. P. 571.*

отсутствием законодательного регулирования анализируемой проблемы. Сформированные же правоприменительной практикой и теорией уголовного права правила о непреступности действий представителей государства фактически делают полномочия тайных агентов полиции и ФБР близкими к безграничным.

3. И в Австралии, и в США право на причинение вреда при проведении оперативного внедрения принадлежит только специальным субъектам. Как правило, это представители правоохранительных органов и лица, с ними сотрудничающие.

4. Законодательство Австралии специально выделяет возможность причинения так называемого вспомогательного вреда. Речь идет о ситуациях, когда внедренному лицу необходимо создать достоверную легенду либо поддержать ее правдоподобность.

Таким образом, описанный нами зарубежный опыт уголовно-правового обеспечения оперативно-разыскной деятельности может быть использован и при совершенствовании российского законодательства в рассматриваемой сфере.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Bronitt S. The Law in Undercover Policing: A Comparative Study of Entrapment and Covert Interviewing in Australia, Canada and Europe // *Common Law World Review*. 2004. Vol. 33. No. 1.
- Joh E. E. Breaking the Law to Enforce It: Undercover Police Participation in Crime // *Stanford Law Review*. 2009. Vol. 62. Iss. 1.
- Joh E. E., Joo Th. W. Sting Victims: Third-Party Harms in Undercover Police Operations (February 27, 2015). URL: <https://ssrn.com> (дата обращения: 20.08.2016).
- LaFave W. *Substantive Criminal Law*. 2nd ed. 2008.
- Ross J. E. Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy // *American Society of Comparative Law*. 2004. Vol. 52. No. 3.
- Wagner G. A. United States' Policy Analysis on Undercover Operations // *Int'l J. Police Sci. & Mgmt*. 2007. No. 9.
- Смирнов М. П. Оперативно-розыскная деятельность полиции зарубежных стран. М., 2001.
- Чечетин А. Е., Буряков Е. В. Опыт борьбы с организованной преступностью в США. Омск, 1998.