

**КРИТЕРИИ ЗАКОННОСТИ
ПРОВЕДЕНИЯ ПРОВЕРОЧНОЙ ЗАКУПКИ
ПО НАРУШЕНИЯМ АВТОРСКИХ И СМЕЖНЫХ ПРАВ**

Аннотация. В статье рассматриваются проблемы проведения оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка» по делам о нарушениях авторских и смежных прав. Вырабатываются критерии законности такой деятельности на основании анализа решений Европейского суда по правам человека и судебной практики РФ.

Ключевые слова: проверочная закупка, оперативно-розыскное мероприятие, программное оборудование, нарушение авторских и смежных прав.

**CRITERIA OF LEGALITY OF CARRYING OUT OF PURCHASE
OPERATIONS ON VIOLATIONS OF COPYRIGHT
AND NEIGHBOURING RIGHTS**

Abstract. The article deals with the problems of investigative activities “purchase operations” in cases on violations of copyright and neighbouring rights. Criteria of legality of such activity on the basis of the analysis of decisions of the European court of human rights and judicial practice of the Russian Federation are developed.

Keywords: purchase operations, investigative activities, software, violations of copyright and neighbouring rights.

Российская Федерация успешно интегрируется в глобальную систему гражданских правоотношений, в этой связи остро встаёт вопрос соблюдения авторских прав и ответственности со стороны тех лиц, кто допускает подобные нарушения. Меры, принимаемые нашей страной в данной сфере деятельности могут свидетельствовать о её привлекательности или непривлекательности в ведении бизнеса и привлечении инвестиций.

Так, согласно статистическим данным, за 2017 г. по ч. 1 ст. 146 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) «Нарушение авторских и смежных прав» ни одного человека не было привлечено к ответст-

венности, по ч. 2 ст. 146 УК РФ — 198 человек, по ч. 3 ст. 146 УК РФ — 283 человек [1]. Одной из возможностей раскрытия обозначенных преступлений, является проведение оперативными сотрудниками оперативно-розыскного мероприятия (далее — ОРМ) «Проверочная закупка». При этом результаты именно данного мероприятия вызывают дискуссии, как в теории, так и в ходе правоприменительной деятельности, относительно допущения провокации преступления со стороны оперативных служб.

Нередко в литературе появляются публикации, которые затрагивают вопросы, касающиеся оснований и организации проведения проверочной закупки, фиксации и использования полученных результатов, а также провокации преступления [2, с. 41—44; 3, с. 47—51]. Довольно обширная практика по этому поводу имеется в Европейском суде по правам человека (далее — ЕСПЧ), куда периодически поступают жалобы о нарушениях со стороны оперативных подразделений о провокации преступления.

Нельзя не согласиться с утверждением В. В. Дударенко, о том, что провоцирование на совершение деяний и, как следствие, привлечение к уголовной ответственности — часто встречаемая форма антиобщественного поведения, которая нарушает интересы правосудия, права и свободы (например, право на справедливое судебное разбирательство), и оказывает дестабилизирующее воздействие на положительную деятельность органов досудебного следствия [4, с. 170].

Наиболее часто в практической деятельности сведения о нарушении авторских прав в сфере программного обеспечения получают посредством проведения проверочной закупки, поэтому в данной статье мы сфокусируем своё внимание именно на данном мероприятии, а именно на критериях законности его проведения в ситуациях, когда имеет место установка контрафактного программного обеспечения для ЭВМ.

Представим такую ситуацию, человек обладает некоторыми познаниями и навыками, в сфере программного обеспечения ЭВМ и решил на этом подзаработать денег. Далее он размещает объявление о своих услугах в Интернете, на улицах, в магазинах и т. д. и, собственно, ждёт, когда к нему обратится потенциальный клиент. Полагаем, большинство читателей согласятся с тем, что такие люди в основном не желают совершить уголовно-наказуемое деяние по установке дорогих программ, а допускают лишь возможность функционирования стандартных офисных программ, которые в большинстве своём не способны причинить крупный ущерб для привлечения к уголовной ответственности.

Однако часть правоприменительной практики исходит из того, что наличие подобного объявления свидетельствует о сформировавшемся умысле лица на совершение преступления и достаточно оснований для проведения проверочной закупки (п. 1 ч. 2 ст. 7 Закона Российской Федерации «Об оперативно-розыскной деятельности» — ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведения о признаках подго-

тавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела).

После оперативные сотрудники уже начинают предпринимать действия по установлению контакта с предполагаемым преступником и заранее продумывают легенду о нуждаемости в установке дорогих программных продуктов. В ходе телефонных переговоров или переписки оперативные сотрудники начинают спрашивать о возможности установки необходимых программ (просят установить, разумеется, дорогое программное обеспечение). Лицо, разместившее объявление, даёт согласие, приезжает на оговорённый адрес, устанавливает программу(-ы), и ему объявляют о том, что в отношении него было проведено оперативно-розыскное мероприятие. В дальнейшем полученные материалы, надлежащим образом оформленные, становятся основанием для возбуждения уголовного дела. И тут возникает вопрос: есть ли в действиях оперативных сотрудников признаки провокации? Отметим, что в данном случае остаются невыясненными имеющие значение следующие обстоятельства: занималось ли данное лицо ранее преступной деятельностью; содержит ли объявление в себе перечень программ, которые субъект предлагает установить; наличие осведомлённости у лица о стоимости экземпляров; подвергалось ли лицо уговорам сотрудниками правоохранительных органов и т. д.

Законодательство Российской Федерации не содержит понятие провокации в целом. Официально выработаны положения применительно лишь к отдельным составам преступления. Однако попытки дать определение имеются в судебной практике и научной литературе. Так, О. С. Капинус, обобщая прецедентную практику Европейского суда по правам человека, выделяет следующие отличительные признаки полицейской провокационной деятельности и критерии её отграничения от правомерных оперативно-розыскных мероприятий [5, с. 62—70]:

1. Критерий «объективного подозрения». В частности, нужно устанавливать, имели ли место объективные подозрения в том, что лицо задействовано в преступной деятельности или предрасположено к совершению преступления. При этом в соответствии с требованиями Европейского суда любая предварительная информация, касающаяся существующего намерения совершить преступление, должна быть проверяема.

2. Временной критерий (момент начала оперативно-розыскной деятельности), т. е. оперативно-розыскные мероприятия могут проводиться только после начала совершения преступления или приготовления к нему.

3. Волевой критерий действий лица, в отношении которого проводятся оперативно-розыскные мероприятия. Вынужденность или добровольность его преступных действий. В частности, Европейский суд признавал преступные действия вынужденными в следующих случаях: когда сотрудники опе-

ративных подразделений или сотрудничающие с ними лица повторяли своё предложение о приобретении наркотиков, несмотря на первоначальный отказ заявителя, настойчиво торопя его, поднимая цену выше средней.

4. Роль сотрудников оперативных подразделений. Предполагается, что расследование должно проводиться в «пассивной форме», исключаящей давление на лицо с целью совершения им преступления.

5. Источник информации о преступном поведении. Если источником информации становится доверенное лицо сотрудника оперативного подразделения, то роль такого лица аналогично четвёртому критерию, должна быть пассивной, без действий, связанных с подстрекательством.

В нашей стране, например, в обзоре судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ, Верховный Суд РФ указывает, что «под провокацией сбыта судам следует понимать подстрекательство, склонение, побуждение в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий, направленных на передачу наркотических средств сотрудникам правоохранительных органов (или лицам, привлекаемым для проведения ОРМ)» [7].

Законодатель в статье 304 УК РФ «Провокация взятки, коммерческого подкупа либо подкупа в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд» под провокацией понимает попытку передачи соответствующему субъекту денежных средств, ценных бумаг или иного имущества или оказания этому субъекту каких-либо услуг имущественного характера и т. д. в целях искусственного создания доказательств совершения преступления или шантажа.

В. В. Дударенко даёт следующее понятие провокации преступления: «создание без согласия провоцируемого лица условий совершения им преступления с целью его последующего уголовного преследования либо наступления для него иных неблагоприятных последствий» [4].

Так или иначе, полагаем, что смысл один — у лица должен быть сформирован умысел на совершение преступления ещё до вмешательства сотрудников правоохранительных органов, у которых должны быть конкретные доказательства, подтверждающие эти выводы.

Что же до практики судов Российской Федерации, то стоит отметить, что она весьма противоречива. Так, Апелляционной инстанцией было установлено, что ставшие известными сотрудникам из рекламного объявления сведения о намерении лица установить программы не являются основанием для вывода о сформированности умысла лица на совершение преступления. Поскольку об установке именно контрафактной продукции они знать не могли (сотрудниками это подтверждено в суде и в материалах дела таких сведений не выявлено). Также указывается на попытки уговоров: «ФИО1 неоднократно звонил ему до проведения ОРМ, просил установить компьютерную программу <...> Когда он ответил, что такой программы у него нет, ФИО1

стал уговаривать его найти и установить эту программу, обещая заплатить» [7]. Однако в другом деле, где защита ссылалась на отсутствие достаточных оснований у сотрудников для проведения ОРМ «Проверочная закупка», поскольку единственным поводом стало найденное сотрудниками объявление, что, в свою очередь, свидетельствует об отсутствии сведений о противоправной деятельности подсудимого, суд не согласился с такими доводами, указав на то, что подсудимого не уговаривали устанавливать программное оборудование, а лишь уточнили, может ли он это сделать. Также суд указал, что выбор программ и их поиск подсудимым осуществлялся самостоятельно. Просьб об установке именно контрафактной продукции не было. И учитывая все обстоятельства, наличие многократных звонков подсудимому не свидетельствует о наличии признаков провокации в действиях сотрудников правоохранительных органов [8].

Как мы видим на примере судебной практики, одни суды учитывают недостаточность одного лишь рекламного объявления для выводов о сформированности умысла, а другие могут считать его достаточным. Однако, тем не менее, суды всегда учитывают обстоятельства, свидетельствующие об отсутствии или наличии уговоров со стороны заказчика.

К слову об уговорах отметим, что суды также учитывают заключения экспертов (лингвистическая экспертиза), дающих основания полагать о наличии или отсутствии уговоров. Например, в приговоре Астраханского суда учтены выводы лингвистической экспертизы (аудио- и видеозаписи), указано: «Разговор ведётся исключительно спокойно, ровно доброжелательно. Буров А. В. имел реальную возможность выразить свой отказ в удовлетворении просьбы в процессе разговоров с...» [9].

На основании вышеизложенного, полагаем выделить следующие критерии законности проведения ОРМ «проверочная закупка» по нарушениям авторских и смежных прав, в части установки программного оборудования:

1. У оперативных сотрудников должна быть достаточная информация о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершённого противоправного деяния и о лице, которое осуществляет подготовку, совершающем или уже совершившем преступление. Данная информация, помимо того, что, безусловно, должна отвечать требованиям УПК РФ, в частности, должна быть ещё и проверяемой. Дополнительно приведём ещё две позиции на этот счёт. Позицию Европейского суда по правам человека, выраженной в Постановлении от 02.10 2012 по делу «Веселов и другие против Российской Федерации» (пункты 90, 92) где сказано, что в делах, где основное доказательство получено за счёт негласной операции, такой как проверочная закупка, власти должны доказать, что они имели достаточные основания для организации негласного мероприятия [10]. Также Верховный Суд считает, что наличие одного лишь рапорта об установке лицом контрафактной продукции, который ничем иным не подтверждён, не может быть основанием для выводов о том, что лицо совершило бы это преступление и без вмешательства оперативных

сотрудников [11]. Также согласно ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в соответствии с которой общественные интересы в борьбе против преступности не могут оправдать использование доказательств, полученных в результате провокации правоохранительных органов.

2. У вышеуказанного лица должен быть вне зависимости от действий оперативных сотрудников сформирован прямой умысел на совершение преступления. В материалах уголовного дела необходимо отразить информацию, подтверждающую возникновение умысла на совершение преступления ещё до вмешательства сотрудников.

3. Оперативным сотрудникам следует обращать внимание на содержание объявления, т. е. в данном случае у лица должен был быть приведён перечень программ, которые он готов установить, поскольку, иначе не обладая иными сведениями, у сотрудников не могло возникнуть необоснованного вывода о намерении лица совершить именно преступление, а например, не административного правонарушения или гражданско-правового деликта.

Список использованных литературы и источников

1. Агентство правовой информации.
2. *Маматов В. Г., Маматов А. В., Петров С. П.* Проверочная закупка и контрольная закупка — проблемы теории и практики // Рос. следователь. — 2017. — № 14. — С. 41.— 44.
3. *Степанова Е. В.* Основные требования, предъявляемые к проведению оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка» // Рос. следователь. — 2016. — № 10. — С. 47—51.
4. *Дударенко В. В.* Юридическая природа провокации преступления в уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2017. — 196 с.
5. *Капинус О. С.* Практика Европейского суда по правам человека по вопросу провокации преступления и её уголовно-правовое значение // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2014. — № 12. — С. 62—70.
6. Обзор судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ Верховный Суд РФ утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27 июня 2012 года // Бюл. Верховн. суда Рос. Федерации. — 2012. — № 10.
7. Апелляционное определение Волгоградского областного суда от 26 февраля 2018 г. № 22-626/18.
8. Апелляционное определение Волгоградского областного суда от 10 марта 2017 г. № 22-996/2017.
9. Приговор Астраханского суда от 02 сентября 2016 года № 1-34/2016.
10. Постановление ЕСПЧ от 02.10.2012 «Дело «Веселов и другие (Veselov and Others) против Российской Федерации» (жалобы № 23200/10, 24009/07 и 556/10)» // СПС «Консультант плюс».
11. Определение Верховного Суда РФ от 05.11.2013 № 46-Д13-23 // СПС «Консультант плюс».