

**ДОКАЗАТЕЛЬСТВА, ПОЛУЧЕННЫЕ ПРОВОКАЦИОННЫМ ПУТЕМ,
ЯВЛЯЮТСЯ НЕДОПУСТИМЫМИ:
НЕКОТОРЫЕ ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПРОБЛЕМЫ**

Статья 89 УПК РФ в категоричной форме запрещает использовать в процессе доказывания по уголовным делам результаты оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам настоящим Кодексом.

Главные требования к доказательствам изложены в ст. 75 УПК РФ («Недопустимые доказательства»), ст. 88 УПК РФ («Правила оценки доказательств»).

Не вызывает сомнений то обстоятельство, что опасность провокационного пути в получении доказательств для уголовного судопроизводства таится при проведении оперативно-розыскных мероприятий, особенно таких, как проверочная закупка, контролируемая поставка, оперативный эксперимент (п. п. 6, 13, 14 ст. 6 Закона РФ «Об оперативно-розыскной деятельности»).

Ученые-правоведы не часто, но с тревогой высказываются по проблеме провокаций в уголовном процессе, идущих с подачи сотрудников оперативных подразделений правоохранительных органов¹.

В судебной практике робко, но намечается тенденция к отторжению доказательств, имеющих провокационную природу.

Так, в кассационном определении Красноярского краевого суда по уголовному делу Зеленкова констатируется следующее:

«Совершение органами внутренних дел оперативных мероприятий, направленных на провокацию преступных действий, противоречит Закону РФ «Об оперативно-розыскной деятельности» и Конституции РФ.

Имеющиеся в деле данные свидетельствуют, что на начало проведения проверочной закупки в отношении Зеленкова последний не имел наркотических средств, предназначенных для незаконного оборота, и его действия по приобретению героина с целью передачи Лапшеву были спровоцированы сотрудниками милиции. Поэтому Зеленков не должен нести уголовную ответственность за приобретение и сбыт Лапшеву героина»².

Предоставленная статьей 89 УПК РФ возможность использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности должна строиться на очень взвешенном и осторожном подходе к инструментарию такой деятельности со стороны спецслужб государства.

* © А.Д. Назаров, Красноярский государственный университет, 2006.

¹ К примеру: Алферов В.Ю. Оперативный эксперимент и провокация / В.Ю. Алферов, В.Л. Ильиных // Правоведение. – 1998. – № 1. – С. 23-27; Волженкин Б.В. Провокация или оперативный эксперимент? / Б.В. Волженкин // Законность. – 1996. – № 6. – С. 26-30; Волженкин Б.В. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? / Б.В. Волженкин // Российская юстиция. – 2001. – № 5. – С. 45-51; Котин В.П. Провокация взятки (к проблеме совершенствования законодательства) / В.П. Котин // Государство и право. – 1996. – № 2. – С. 28-32; Курченко В. Отграничение провокации от действий при пресечении преступлений / В. Курченко // Законность. – 2004. – № 1. – С. 10-12; Михайлов В.И. Противодействие легализации доходов от преступной деятельности: правовое регулирование, уголовная ответственность, оперативно-розыскные мероприятия и международное сотрудничество / В.И. Михайлов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 158; Майер К.А. Недопустимость провокаций в уголовном процессе / К.А. Майер, А.Д. Назаров // Следственная практика: изд. НИИ Генпрокуратуры РФ. – М., 2004. – № 4. – С. 29-35; Мальтов С.Н. Провокация в уголовном судопроизводстве: правовые последствия и применение мер безопасности / С.Н. Мальтов, А.Д. Назаров, Н.Г. Стойко // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. – Красноярск, 2005. – № 3. – С. 119-133. А.Д.

² Уголовное дело № 06-2460. Архив Октябрьского районного суда г. Красноярска, 2002 г.

Предлагаемые учеными-криминалистами технологии раскрытия и расследования преступлений не могут обойтись без использования в арсенале своих приемов, средств и методов обмана, дезинформации³.

Аналогичные приемы предусмотрены и в технологиях оперативно-розыскной деятельности⁴.

Действительно, как, например, секретный сотрудник может быть внедрен в преступную группировку для разработки без обмана и дезинформации о характере этой личности, намерениях? Как оперативный работник или агент могут получить необходимые данные от подозреваемого или его пособников, если не скрыть свой подлинный интерес, не замаскировать свою цель?

Но все эти действия носят разведывательный характер, направленный на получение оперативно-розыскной информации о лицах, готовящих, совершающих или совершивших преступление, о самом преступлении.

Сотрудник спецслужб или их агент при этом не подталкивают лиц к совершению общественно опасных деяний, то есть не совершают по отношению к ним провокационных действий.

Бесконечны иллюстрации приемов и комбинаций криминалистической тактики проведения следственных действий, где используются обман и хитрости («психологические ловушки» с демонстрацией каких-либо объектов, которые должны способствовать получению показаний; прием «создание впечатления осведомленности следователя об обстоятельствах преступного события», но без прямого обмана; маскировка целей допроса и других следственных действий и др.).

Однако и при использовании этих приемов сотрудники правоохранительных органов не подталкивают лиц к совершению преступлений, не провоцируют их к этому, так как провокация и приемы, разрабатываемые в криминалистике, психологии, не совместимы, когда речь идет о получении информации, могущей впоследствии стать доказательственной по уголовному делу.

Рассмотрим некоторые аспекты двух наиболее распространенных и «провокационных» оперативно-розыскных мероприятий: оперативный эксперимент и проверочная закупка.

Оперативный эксперимент

Оперативный эксперимент – одно из самых распространенных оперативно-розыскных мероприятий, предполагающее «моделирование определенных условий, благоприятствующих решению конкретных задач оперативно-розыскной деятельности. Речь идет об:

- установлении лиц, неизвестных оперативным подразделениям, тайно, с элементами маскировки, совершающих опасные противоправные деяния, оставаясь при этом нераспознанными;
- определении намерений и действий граждан – объектов оперативной проверки или производства по делам оперативного учета за счет создания условий, позволяющих выявить эти намерения и действия»⁵.

Уже из смысла определения оперативного эксперимента, данного в милицейском учебнике («благоприятствующих решению конкретных задач ОРД», «определение намерений и действий граждан», «за счет создания условий»), просматривается особый характер его проведения, идущий на грани провокационных действий.

Общепризнано, что основным отграничением оперативного эксперимента от провокации является наличие волеизъявления проверяемого лица на совершение действий, проверка которых составляет цель оперативного эксперимента. Если инициатива в совершении деяния, подпадающего под действие уголовного закона, исходит от проверяемого, то проведение эксперимента с позиций требований законодательства является правомерным. Провокация в своей сущности означает подстрекательство к совершению преступления. Это умышленные, целенаправленные действия, направленные на формирование умысла у проверяемого субъекта совершить преступные деяния.

³ См.: Бахин В.П. Тактические приемы раскрытия преступлений / В.П. Бахин, П.Д. Биленчук, В.С. Кузьмичев, М.А. Филиппова. – Киев, 1991. – С. 98-101; Бахин В.П. Криминалистические приемы и средства разрешения следственных ситуаций / В.П. Бахин, П.Д. Биленчук, В.С. Кузьмичев. – Киев, 1991. – С. 125-131; Бахин В.П. Полицейский допрос (советы допрашиваемому) / В.П. Бахин. – Алматы, 1997. – С. 204-208; Бахин В. Допрос на предварительном следствии / В.П. Бахин, Н. Карпов, М. Когамов. – Алматы, 1999. – С. 155-158; Бахин В.П. Допрос. Лекция / В.П. Бахин. – Киев, 1999. – С. 148-152; Белкин Р.С. Курс криминалистики. Криминалистические средства, приемы и рекомендации / Р.С. Белкин. – М., 1997. – С. 209-211; Белкин Р.С. Нравственные начала деятельности следователя органов внутренних дел: лекция / Р.С. Белкин. – М., 1999. – С. 139-142; Карнеева Л.М. Проблемы соотношения теории криминалистики и уголовно-процессуальной науки со следственной практикой / Л.М. Карнеева // Актуальные проблемы советской криминалистики. – М., 1980. – С. 87-91; Кирпичников А.И. Взятка и коррупция в России / А.И. Кирпичников. – СПб., 1997. – С. 187-188; Ларин А.М. Криминалистика и паракриминалистика / А.М. Ларин. – М., 1996. – С. 224-228; Пантелеев И.Ф. Некоторые вопросы психологии расследования / И.Ф. Пантелеев // Труды ВЮЗИ. – М., 1973. – Вып. XXI. – С. 173-176; Сегай М.Я. Методология судебной идентификации / М.Я. Сегай. – Киев, 1970. – С. 195-198; Строгович М.С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности / М.С. Строгович // Виктимология и профилактика правонарушений. – Иркутск, 1979. – С. 201-205; и др.

⁴ См.: Алферов В.Ю. Оперативный эксперимент и провокация / В.Ю. Алферов, В.Л. Ильиных // Правоведение. – 1998. – № 1. – С. 23-27; Волженкин Б.В. Провокация или оперативный эксперимент? / Б.В. Волженкин // Законность. – 1996. – № 6. – С. 26-30; Замошкин С. Взятка. А может быть провокация? С. Замошкин // Чистые руки. – 1999. – № 2. – С. 17-23; Капитанов Н. Эксперимент или подстрекательство / Н. Капитанов // Законность. – 1996. – № 5. – С. 34-35; Котин В.П. Провокация взятки (к проблеме совершенствования законодательства) / В.П. Котин // Государство и право. – 1996. – № 2. – С. 28-32; Практика уголовного сыска: научно-практический сборник / Сост. А. Ваксян. – М.: Лига Разум, 1999. – С. 102-103; Селезнев М. Эксперимент или провокация (к вопросу о борьбе с коррупцией)? / М. Селезнев // Российская юстиция. – 1996. – № 5. – С. 51; и др.

⁵ Основы оперативно-розыскной деятельности: учебник для юридических вузов / под общ. ред. В.Б. Рушайло. – СПб.: МВД России; СПб. ун-т. Фонд «Университет», 2000. – С. 382.

В. Осипкин признает под оперативным экспериментом «комплекс действий оперативного подразделения по созданию условий лицу, обоснованно заподозренного в подготовке или совершении тяжкого или особо тяжкого преступления, при которых это лицо имеет выбор преступного или не преступного поведения»⁶.

По мнению Б. Волженкина, оперативный эксперимент правомерен, когда субъект сам, без какой-либо инициативы со стороны лиц, пытающихся его уличить, начинает предварительную преступную деятельность, в которой его обоснованно подозревают и которую путем проведения оперативного эксперимента стремятся пресечь и этим же образом выявить преступников и раскрыть уже совершившееся преступление⁷.

Таким образом, проведение оперативного эксперимента должно быть «продиктовано стремлением поставить под контроль, под непосредственное наблюдение правоохранительных органов уже начавшиеся процессы, связанные с посягательством на объект уголовно-правовой охраны, и, в конечном итоге, прервать их развитие»⁸.

В статье 304 УК РФ установлена уголовная ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа, то есть попытку передачи должностному лицу либо лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческих или иных организациях, без его согласия денег, ценных бумаг, иного имущества в целях искусственного создания доказательств совершения преступления либо шантажа.

В среде юристов-правоведов появляются апологеты «контролируемого предложения взятки должностному лицу» сотрудниками правоохранительных органов⁹.

Согласно исследованиям, которые провел А. Мастерков в Дальневосточном регионе, половина оперативных сотрудников МВД и ФСБ со стажем работы более трех лет считает возможным провоцировать лицо, подозреваемое в совершении преступления, на совершение того или иного преступления с целью последующего изобличения, а еще 20 % опрошенных сотрудников имеют опыт осуществления такого рода провокаций¹⁰.

Все это опасные для уголовного судопроизводства тенденции.

Правильное и недвусмысленное толкование положений Закона РФ «Об оперативно-розыскной деятельности» полностью исключает провокацию в работе оперативных подразделений.

Достижению назначений оперативно-розыскной деятельности (статья 2 Закона) служит и проведение оперативного эксперимента (статья 8 Закона). Но, в соответствии с пунктом 2 статьи 7 рассматриваемого Закона, основанием для проведения оперативного эксперимента, как и других оперативно-розыскных мероприятий, являются ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведения о признаках подготавливаемого, 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.

Проверочная закупка

Проведение проверочной закупки включает в себя своеобразное «приглашение к совершению противозаконных действий».

В правоприменительной практике России результаты проверочной закупки, в ходе которой не было склонения или подстрекательства лица к совершению противозаконных действий, могут быть использованы в доказывании по уголовному делу в порядке ст. 89 УПК РФ.

В одном из милицейских учебников по основам ОРД проверочная закупка представлена именно как провокационное мероприятие.

«Предметы, вещества и иные объекты, являющиеся носителями оперативно-розыскной информации, могут находиться в легальном обороте или сбываться на так называемых «черных» рынках, а также отдельным лицам, изъявляющим желание купить наркотики, оружие, драгоценности и иные предметы, изъятые из гражданского оборота или оборот которых ограничен. Для получения этих вещей, предметов, веществ сотрудники оперативных подразделений непосредственно, а по их поручению иные должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, граждане, открыто или конфиденциально содействующие оперативным подразделениям, могут заключить сделки по их приобретению»¹¹.

⁶ Криминология. XX век / под ред. В.Н. Бурлакова, В.П. Сальникова. – СПб., 2000. – С. 441.

⁷ Волженкин Б.В. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? Б.В. Волженкин // Российская юстиция. – 2001. – № 5. – С. 45.

⁸ Лобанова Л. Провокация взятки: некоторые проблемы квалификации и законодательной регламентации / Л. Лобанова // Юридическая техника и проблемы дифференциации ответственности в уголовном праве и процессе: сборник научных статей. – Ярославль, 1999. – С. 37.

⁹ Аникин А. Ответственность за взяточничество по новому УК / А. Аникин // Законность. – 1997. – № 6. – С. 34-39; Мишин Г. Борьба со взяточничеством: некоторые направления совершенствования уголовной политики / Г. Мишин // Уголовное право. – 2000. – № 3. – С. 38-43; Егорова Н. Провокация взятки либо коммерческого подкупа / Н. Егорова // Российская юстиция. – 1997. – № 8. – С. 31-37.

¹⁰ Мастерков А.А. Уголовно-правовые и криминологические аспекты провокационной деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А.А. Мастерков. – Владивосток, 2000. – С. 11.

¹¹ Основы оперативно-розыскной деятельности: учебник для юридических вузов / под общ. ред. В.Б. Рушайло. – СПб. МВД России; СПб. ун-т: Фонд «Университет», 2000. – С. 407.

Мы выступаем категорическими противниками использования сотрудника спецслужб государства, конфедента для проведения проверочной закупки, так как при этом создается искусственная, не настоящая картина преступления, имеется мало гарантий того, что «покупатель» избежит в своих действиях провокационного влияния на продавца.

На наш взгляд, к уголовно-правовым последствиям ведет проверочная закупка с реальным, не вымышленным покупателем, идущая под пассивным, в том числе техническим, контролем сотрудников спецслужб.

Западный опыт борьбы с незаконным оборотом наркотиков, безусловно, интересен и полезен.

К примеру, для получения информации о незаконном обороте наркотиков полиция США, ФРГ и других стран использует различные официальные прикрытия (магазины-приманки, бюро, личные фирмы).

Так, для обнаружения и разоблачения преступных лабораторий по производству наркотиков используются магазины-приманки.

На свои средства администрация по борьбе с наркоманией Министерства юстиции США покупает магазин по продаже химических реактивов и лабораторного оборудования. Средства негласной видео- и звукозаписи фиксируют там всех покупателей. По перечню закупленных предметов и реактивов определяют производителей наркотиков. От здания магазина за ним устанавливается скрытое наблюдение. Магазин предлагает услуги инженера-химика, в качестве которого выступает сотрудник администрации по борьбе с наркоманией. После того, как «химик» наладит производство и сделает пробную партию наркотиков, он подает сигнал, и лабораторию захватывает полиция¹².

Нет сомнений, что данная проверочная закупка с элементами оперативного внедрения, контролируемой поставки и другими оперативно-розыскными мероприятиями как разведка, как мероприятие, блокирующее наркобизнес, допустима, особенно, если важно выявить канал поставки наркотиков в такую лабораторию или оптовых и розничных покупателей зелья в такой лаборатории.

Но вести речь об уголовно-правовой наказуемости фигурантов искусственно созданной лаборатории было бы, с точки зрения учения о преступлении как самостоятельно развивающемся явлении материального мира, некорректно.

В юридической литературе высказываются предложения о внедрении «новых правовых технологий в борьбе с наркобизнесом и наркоманией» (институт «мнимого соучастия», позволяющего раскрывать сеть наркоторговцев; «закупки доверия» и др.)¹³.

Еще раз подчеркнем, что с точки зрения классического уголовного процесса такие технологии напрямую связаны с провокациями и не могут быть использованы для получения допустимых доказательств и привлечения лица к уголовной ответственности. Они могут рассматриваться лишь как мероприятия, блокирующие преступность, имеющие, на наш взгляд, выход на применение к общественно опасным лицам мер безопасности.

Мы полагаем, что статья 304 УК РФ, устанавливающая уголовную ответственность за провокацию взятки или коммерческого подкупа, должна быть сформулирована более широко:

«Статья 304. Провокация преступления.

1. Провокация преступления, то есть умышленные действия по склонению другого лица к совершению преступления, а равно заведомое создание обстановки и условий, вызывающих совершение преступления, в целях последующего изобличения лица и привлечения его к уголовной ответственности, искусственного создания доказательств совершения преступления, шантажа, - наказывается...

2. Те же действия, совершенные должностными лицами правоохранительных органов, - наказываются...

3. Провокация тяжких и особо тяжких преступлений, а равно повлекшая тяжкие последствия, - наказывается...».

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Алферов В.Ю. Оперативный эксперимент и провокация / В.Ю. Алферов, В.Л. Ильиных // Правоведение. – 1998. – № 1. – С. 23-27.
2. Аникин А. Ответственность за взяточничество по новому УК / А. Аникин // Законность. – 1997. – № 6. – С. 34-39.
3. Бахин В. Допрос на предварительном следствии / В.П. Бахтин, Н. Карпов, М. Когамов. – Алматы, 1999. – 206 с.
4. Бахин В.П. Допрос. Лекция / В.П. Бахин. – Киев, 1999. – 411 с.
5. Бахин В.П. Криминалистические приемы и средства разрешения следственных ситуаций / В.П. Бахин, П.Д. Биленчук, В.С. Кузьмичев. – Киев, 1991. – 426 с.

¹² Михайлов В.И. Противодействие легализации доходов от преступной деятельности: правовое регулирование, уголовная ответственность, оперативно-розыскные мероприятия и международное сотрудничество / В.И. Михайлов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 158.

¹³ Курченко В. Отграничение провокации от действий при пресечении преступлений / В. Курченко // Законность. – 2004. – № 1. – С. 11.

6. Бахин В.П. Полицейский допрос (советы допрашиваемому) / В.П. Бахин. – Алматы, 1997. – 398 с.
7. Бахин В.П. Тактические приемы раскрытия преступлений / В.П. Бахин, П.Д. Биленчук, В.С. Кузьмичев, М.А. Филиппова. – Киев, 1991. – 356 с.
8. Белкин Р.С. Курс криминалистики. Криминалистические средства, приемы и рекомендации / Р.С. Белкин. – М., 1997. – 402 с.
9. Белкин Р.С. Нравственные начала деятельности следователя органов внутренних дел. Лекция / Р.С. Белкин. – М., 1999. – 397 с.
10. Волженкин Б.В. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? / Б.В. Волженкин // Российская юстиция. – 2001. – № 5. – С. 45-51.
11. Волженкин Б.В. Провокация или оперативный эксперимент? / Б.В. Волженкин // Законность. – 1996. – № 6. – С. 26-30.
12. Егорова Н. Провокация взятки либо коммерческого подкупа / Н. Егорова // Российская юстиция. – 1997. – № 8. – С. 31-37.
13. Замошкин С. Взятка. А может быть провокация? / С. Замошкин // Чистые руки. – 1999. – № 2. – С. 17-23.
14. Капитанов Н. Эксперимент или подстрекательство / Н. Капитанов // Законность. – 1996. – № 5. – С. 34-35.
15. Карнеева Л.М. Проблемы соотношения теории криминалистики и уголовно-процессуальной науки со следственной практикой / Л.М. Карнеева // Актуальные проблемы советской криминалистики. – М., 1980. – 349 с.
16. Кирпичников А.И. Взятка и коррупция в России / А.И. Кирпичников. – СПб., 1997. – 297 с.
17. Котин В.П. Провокация взятки (к проблеме совершенствования законодательства) / В.П. Котин // Государство и право. – 1996. – № 2. – С. 28-32.
18. Криминология. XX век / под ред. В.Н. Бурлакова, В.П. Сальникова. – СПб., 2000. – 310 с.
19. Курченко В. Отграничение провокации от действий при пресечении преступлений / В. Курченко // Законность. – 2004. – № 1. – С. 10-12.
20. Ларин А.М. Криминалистика и паракриминалистика / А.М. Ларин. – М., 1996. – 401 с.
21. Лобанова Л. Провокация взятки: некоторые проблемы квалификации и законодательной регламентации / Л. Лобанова // Юридическая техника и проблемы дифференциации ответственности в уголовном праве и процессе: сборник научных статей. – Ярославль, 1999. – 346 с.
22. Майер К.А. Недопустимость провокаций в уголовном процессе / К.А. Майер, А.Д. Назаров // Следственная практика: изд. НИИ Генпрокуратуры РФ. – М., 2004. – № 4. – С. 29-35.
23. Мальтов С.Н. Провокация в уголовном судопроизводстве: правовые последствия и применение мер безопасности / С.Н. Мальтов, А.Д. Назаров, Н.Г. Стойко // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. – Красноярск, 2005. – № 3. – С. 119-133.
24. Мастерков А.А. Уголовно-правовые и криминологические аспекты провокационной деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А.А. Мастерков. – Владивосток, 2000. – 27 с.
25. Михайлов В.И. Противодействие легализации доходов от преступной деятельности: правовое регулирование, уголовная ответственность, оперативно-розыскные мероприятия и международное сотрудничество / В.И. Михайлов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 315 с.
26. Мишин Г. Борьба со взяточничеством: некоторые направления совершенствования уголовной политики / Г. Мишин // Уголовное право. – 2000. – № 3. – С. 38-43.
27. Основы оперативно-розыскной деятельности: учебник для юридических ВУЗов / под общ. ред. В.Б. Рущайло. – СПб. МВД России. СПб ун-т: Фонд «Университет», 2000. – 439 с.
28. Пантелеев И.Ф. Некоторые вопросы психологии расследования / И.Ф. Пантелеев // Труды ВЮЗИ. – М., 1973. – Вып. XXIX. – С. 173-176.
29. Практика уголовного сыска: научно-практический сборник / сост. А. Ваксян. – М.: Лига Разум, 1999. – 357 с.
30. Сегай М.Я. Методология судебной идентификации / М.Я. Сегай. – Киев, 1970. – 307 с.
31. Селезнев М. Эксперимент или провокация (к вопросу о борьбе с коррупцией)? / М. Селезнев // Российская юстиция. – 1996. – № 5. – С. 51-57
32. Строгович М.С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности / М.С. Строгович // Виктимология и профилактика правонарушений. – Иркутск, 1979. – С. 203-205.
33. Уголовное дело № 06-2460. Архив Октябрьского районного суда г. Красноярска. 2002 год.