

Антон Евгеньевич Федюнин

*Профессор кафедры уголовного процесса Саратовской государственной
юридической академии, доктор юридических наук, доцент*

E-mail: aef@bk.ru

Владимир Юрьевич Алферов

*Доцент кафедры правосудия и правоохранительной деятельности
Саратовского социально-экономического института (филиала)*

РЭУ им. Г. В. Плеханова, кандидат юридических наук

E-mail: va18343@yandex.ru

Нравственно-правовые проблемы разграничения провокации от выявления и документирования взятки либо коммерческого подкупа

Аннотация: *в статье рассмотрены нравственно-правовые проблемы разграничения провокации от легальных оперативно-разыскных мероприятий, направленных на выявление взятки либо коммерческого подкупа в рамках деятельности правоохранительных органов по борьбе с коррупцией. Утверждается, что действия могут быть признаны провокационными, если при их совершении лицо, являющееся объектом оперативного эксперимента, соглашается на совершение преступления исключительно благодаря подстрекательству, а не в результате собственного криминального намерения. На практике подстрекательство приводит к созданию субъектами, осуществляющими оперативные мероприятия, искусственных доказательств виновности лица в совершении преступления, что не соответствует целям и задачам проведения данного мероприятия. Делается вывод о том, что во время осуществления оперативного эксперимента инициатива по реализации преступных намерений должна происходить только*

от разрабатываемого (проверяемого) лица, а не от оперативных сотрудников. В ином случае побуждение к совершению преступления либо вовлечение в него лица с целью последующего разоблачения, если у него не было умысла на совершение преступных действий, является провокацией.

Ключевые слова: оперативный эксперимент, оперативно-разыскная деятельность, оперативно-разыскное мероприятие, документирование, провокация, взятка, коммерческий подкуп, нравственность, право.

Anton Evgenievich Fedjunin

Professor of the Criminal Procedure Department, Saratov State Academy of Law, Doctor of Judicial Science, Associate Professor

Vladimir Jurievich Alferov

Associate Professor of the Department of Justice and Law-Enforcement Activity, Saratov Socio-Economic Institute of Plekhanov Russian University of Economics, Candidate of Judicial Science

How to Delimitate Provocations from Detection and Fixation of Bribe or Commercial Bribery: Moral and Legal Aspects

Annotation: *the authors of the article describe moral and legal aspects of delimitation of provocations and legal operational search actions aimed to detection of a bribe or commercial bribery within law enforcement agencies activity due to the corruption therapy. The authors claim that such actions can be recognized as provocative ones if a subject (person) of sting operation agrees to commit breach of law because of incitement but not because of self criminal intent. Practically incitement causes investigatory measures doers' simulation of evidences of a person's guilt in committing crime that doesn't accord purposes of these actions. The authors conclude that during procedural experiment criminal intents must be initiated by suspected person but certainly not by operatives. Otherwise motivation of committing crime or involvement of another person into crime actions aimed to further disclosure (if a person didn't have intent to make crime actions) recognize as provocation.*

Keywords: *procedural experiment, operational search action, operational search measure, recording, provocation, bribe, commercial bribery, morality, law.*

В Уголовном кодексе РФ провокация взятки либо коммерческого подкупа трактуется как попытка передачи должностному лицу либо лицу, которое выполняет управленческие функции в коммерческих или иных организациях, без его согласия денег, ценных бумаг, иного имущества или оказания ему услуг имущественного характера в целях искусственного создания доказательств совершения преступления либо шантажа.

Объектом указанного преступления являются отношения, обеспечивающие функционирование органов правосудия в рамках правового поля. Дополнительным объектом могут являться законные интересы личности, государственной или коммерческой или общественной организации. Следовательно, потерпевшими от такого преступления могут быть должностные лица, или лица, выполняющие управленческие функции в коммерческих и других структурах.

Объективной стороной провокации взятки или коммерческого подкупа выступает умышленное действие по передаче указанным лицам без

их на то согласия денег, иного имущества, ценных бумаг либо их шантаж. Отсутствие согласия означает, что указанные лица, выполняющие управленческие функции, не заявляли требования о передаче взятки или осуществлении коммерческого подкупа и не давали на них согласие.

Целью данного преступления является создание видимости наличия доказательств того, что лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации, должностное лицо намеревалось получить деньги или иные ценности или получить услуги имущественного характера за совершение действия (бездействие) в интересах дающего, которое данное лицо могло совершить только в связи с занимаемым им служебным положением. Мотивом таких преступлений чаще всего является карьеризм, зависть, корысть, месть и т. п.¹

Нравственные, морально-этические и правовые аспекты борьбы с преступностью всегда вызвали серьезные дискуссии. Правовые механизмы, которые государство применяет для защиты своих интересов, а также прав и гражданских свобод, как правило, удовлетворяют нравственным ценностям сложившегося общественного строя, однако при этом один и тот же механизм может использоваться и во благо, и во вред. В борьбе с преступностью общество делает ставку на использование адекватных средств, а задачей законодателей является создание правовых механизмов их применения.

Рассмотрение проблемы ответственности за совершение преступления имеет прикладной смысл, поскольку она часто обусловлена ошибочной оценкой действий сотрудников оперативных аппаратов. Совершаемые ими действия часто необоснованно принимают за провокацию, исключая дальнейшую уголовную ответственность разрабатываемых лиц. В связи с этим актуальным для теории и практики оперативно-розыскной деятельности представляется определение допустимых границ оперативной разработки, с тем чтобы эти действия не переходили в провокацию преступления.

О проблеме недопустимости провокации как метода расследования преступлений давно ведутся научные споры. Еще на рубеже XIX–XX вв. в юридических исследованиях по вопросам этической и правовой оценки провокации преступления со стороны государственных органов отмечалось, что ссылка на служебные обязанности при оперативном внедрении не может быть состоятельной, поскольку не существует закона, который может уполномочить кого-либо на подобную инициативу. Такая ссылка не допускается и тогда, когда агент по своему усмотрению прибегает к такому способу выявления преступника, даже если он действовал по приказу начальника, поскольку подобный приказ изначально незаконен².

Несмотря на то что проблемы применения провокации для борьбы с преступностью и попытки определения понятия провокации предпринимались в работах ряда отечественных ученых (точки зрения некоторых из них приводятся в настоящей статье), в российском законодательстве до сих пор не определено

¹ См: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В. М. Лебедев. 14-е изд., перераб. и доп. М., 2014. С. 854.

² См: Таганцев Н. С. Лекции. Часть Общая. Т. 1. М., 1994. С. 349.

понятие «провокация». В связи с этим на практике при документировании фактов преступной деятельности возникают проблемы разграничения ее от такого оперативно-разыскного мероприятия (ОРМ), как оперативный эксперимент.

Как правило, в уголовно-правовом контексте под провокацией понимают склонение к совершению преступления. Поэтому в силу ч. 4 ст. 33 УК РФ в качестве подстрекателя часто признают лицо, которое склонило кого-либо к совершению преступления посредством подкупа, угрозы, уговора или иным способом. Следовательно, суть провокации состоит в том, что провоцирующий возбуждает в провоцируемом намерение совершить преступление с целью последующего его изобличения либо шантажа (постановки в зависимое положение). Сущность провокации особенно важно знать оперативным сотрудникам, поскольку в соответствии с п. 4 ч. 8 ст. 5 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»¹ (далее — ФЗ «Об ОРД») должностным лицам органов, которые осуществляют оперативно-разыскную деятельность, запрещено подстрекать, побуждать, склонять в любой форме разрабатываемых лиц к совершению противоправных действий, т. е. совершать провокацию.

Специалисты в сфере оперативно-разыскной деятельности и криминологии сходятся во мнении о недопустимости использования провокации для борьбы с преступностью, особенно с взяточничеством, поскольку это влечет не предупреждение преступлений, а напротив, является причиной их совершения². Неприемлемыми и уголовно наказуемыми признаются провоцирующие действия работников оперативных подразделений и сотрудничающих с ними лиц, которые навязывают (подталкивают) разрабатываемых к совершению преступлений.

Например, А. Н. Мусаткин определяет рассматриваемые действия как «недопустимо активное поведение сотрудников»³ и называет их провокацией. Такие действия противоречат задаче правоохранительных органов по предупреждению, пресечению преступлений (ст. 2 ФЗ «Об ОРД»), заменяя ее незаконным склонением к их совершению⁴.

Однако, на наш взгляд, следует отличать от провокации взятки действительное раскрытие взяточничества, когда оперативные сотрудники изобличают дающего или предлагающего взятку, не создавая при этом условий или обстановки, способствующей совершению данных деяний. Если должностное лицо получило предложение о передаче взятки по инициативе взяткодателя и в целях его изобличения согласилось на ее принятие, своевременно заявив об этом следственным органам, то в данном случае элементы искусственного создания обстоятельств взяточничества отсутствуют.

¹ См.: Об оперативно-розыскной деятельности : федеральный закон РФ от 12.08.1995 № 144-ФЗ (в ред. от 29.06.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 33, ст. 3349.

² См.: *Иванов В. А.* Провокация или правомерная деятельность? // Уголовное право. 2001. № 3. С. 17.

³ *Мусаткин А. Н.* Об использовании результатов оперативных мероприятий по делам о взятках // Актуальные проблемы государства и права на рубеже веков. Ч. 1. Владивосток, 1998. С. 408.

⁴ См.: *Смирнов А. В., Калиновский К. Б.* Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. А. В. Смирнова. СПб., 2013.

Наряду с отсутствием законодательного определения понятия провокации в настоящее время не определено и смысловое содержание понятия «провокация преступления». Например, в словаре С. И. Ожегова и Н. Ю. Шведовой провокацией называется «предательское поведение, подстрекательство когонибудь к таким действиям, которые могут повлечь за собой тяжелые для него последствия»¹.

Некоторыми авторами провокация понимается как разновидность подстрекательства к преступлению. Провокацию иногда связывают с любыми действиями, которые побуждают к его совершению.

От латинского *provocatio* — вызов, действие или их последовательность, имеющая целью вызвать ответное действие или бездействие провоцируемого. Как правило, провокация совершается для искусственного создания негативных последствий или обстоятельств для провоцируемого. Субъект, совершающий провокацию, соответственно является провокатором.

В Советском энциклопедическом словаре провокацией называлось, во-первых, подстрекательство — побуждение отдельных лиц или групп к действиям, которые влекут отрицательные последствия, во-вторых, — предательские действия, совершаемые агентами полиции².

Очевидно, что провокация не может быть реализована без активных действий подстрекателя — лица, склоняющего свою жертву к совершению преступления путем уговора, подкупа или другим методом. Подстрекатель всегда действует с прямым умыслом, а само подстрекательство может быть реализовано только в отношении лица, свободного в выборе вариантов поведения. В некоторых случаях оно может быть поглощено организацией преступления, если подстрекатель продолжит склонять других лиц к его совершению, руководить подготовкой, а также иными действиями.

В то же время подстрекательство и провокация как виды соучастия не тождественны, поскольку само понятие склонения другого лица к совершению преступления не в состоянии отразить все разнообразие форм провокации. Уголовное законодательство России не содержит нормы, которая описывает содержание понятия провокации и соответствующие ей юридические последствия, что приводит к возникновению многих спорных вопросов в доктрине уголовного права и в правоприменительной практике³.

В международном праве проблема защиты от провокации решается через применение доктрины «*entrapment defence*», гарантирующей обвиняемому право защищаться ссылкой на провокацию со стороны правоохранительных органов и обязанность стороны обвинения опровергнуть данную версию. Если защита настаивает, что вменяемое преступление является результатом провокационных действий сотрудников органов правопорядка, которые

¹ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений. 4-е изд., доп. М., 2006. С. 607.

² См.: Советский энциклопедический словарь / науч.-ред. совет: А. М. Прохоров и др.; гл. ред. С. М. Ковалев. М., 1980. С. 1075.

³ См.: Вопросы квалификации и расследования преступлений в сфере экономики : сборник науч. статей / науч. ред.: Н. А. Лопашенко, В. М. Юрин, А. Б. Нехорошев. Саратов, 1999. С. 149.

используют методы побуждения или убеждения, создавая значительный риск, что преступление будет совершено другими лицами, кроме тех, которые уже решили совершить его, то задача суда состоит в разграничении неосторожного и преступного поведения.

Результаты научных исследований и правоприменительная практика показывают, что у лица умысел на совершение преступления может возникнуть внезапно, например, в результате правомерных действий сотрудников оперативных подразделений¹. Возникает вопрос: какие действия оперативных сотрудников являются правомерными и по каким критериям следует оценивать их действия при проведении ОРМ?

На наш взгляд, ключевым критерием в данном случае является «инициатива». Так, если заподозренное лицо само просит или тем более вымогает взятку без «иницилирующего» вмешательства, т. е. совершает самостоятельные активные действия по ее получению, то последующие действия оперативных сотрудников по его разработке и задержанию с личным правомерны.

Теоретически спровоцировать можно на совершение любого умышленного преступления, однако ст. 304 УК РФ предусматривает ответственность исключительно за провокацию взятки либо коммерческого подкупа, что, по нашему мнению, является нелогичным и косвенно указывает на наличие специфической, элитной группы потерпевших, о которых проявляется особая государственная забота.

Понятие «провокация» ассоциируется в уголовном законодательстве с двумя деяниями: взяточничество и коммерческий подкуп. Под ними, как правило, понимается целенаправленное и организованное воздействие сотрудников правоохранительных органов на разрабатываемых лиц с целью склонения их к совершению данных деяний либо осуществления иных действий, направленных на преднамеренную фальсификацию доказательственной информации и имитацию преступления. Данные действия выражаются в том, что инициатива передачи взятки изначально исходит от провокатора, который таким образом решил обеспечить привлечение «жертвы» к ответственности по ст. 290, 291 УК РФ.

Исследование решений Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) относительно подобных ситуаций показывает, что такая деятельность правоохранительных органов, их должностных лиц и иных категорий граждан всегда признается незаконной. Следовательно, государство обязано во всех случаях признавать указанные действия преступными и, устанавливая уголовную ответственность за их организацию и совершение².

¹ См.: *Мальшев С. Я.* Правовая, организационная и тактическая основы оперативного эксперимента (по материалам органов внутренних дел). М., 2003. С. 78–80.

² См.: *Batista M. G. S., Cunha M. P.* Improvising at work: the differences between experts and novices // *International Journal of Organization Theory and Behavior*. 2008. Vol. 11, № 3. P. 310; *Kravets E., Steshenko Yu., Likholeto A., Kairgaliev D., Vasiliev D.* Cognitive activity efficiency factors during investigative actions, performed using information and communication technologies // *Communications in Computer and Information Science*. 2014. Vol. 466. P. 589; *Quintieri P., Weiss K. J.* Admissibility of False-Confession Testimony: Know Thy Standard // *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*. 2005. Vol. 33, № 4. P. 537;

На основании изложенного можно констатировать, что отсутствие в современном российском законодательстве дефиниции понятия провокации преступления не позволяет в полном объеме применять такое оперативно-разыскное мероприятие, как оперативный эксперимент, имеющий некоторую внешнюю схожесть с провокацией. Учитывая рассмотренные в работе точки зрения ученых и практиков, исследовавших данную тему, мы полагаем, что провокацией является умышленное воздействие сотрудников правоохранительных органов на лиц или их группы убеждением, обучением, вовлечением иными способами, с целью совершения последними преступных действий, при условии, что у этих лиц ранее не имелось сформировавшегося умысла на совершение преступления.

Данное определение подтверждается также правоприменительной практикой в виде постановления ЕСПЧ от 15.12.2005 по жалобе Г. А. Ваньяна к Российской Федерации¹, в котором установлено, что он был привлечен к уголовной ответственности и осужден в результате провокации преступления, совершенной сотрудниками органов внутренних дел².

Как правило, на практике проблема провокации непосредственно связана с оперативно-разыскными мероприятиями «оперативный эксперимент» и «проверочная закупка». Изучение проблем правового регулирования оперативного эксперимента осложняется тем, что в ФЗ «Об ОРД» и иных открытых правовых актах нет его дефиниции и не регламентированы процедурные элементы проведения, что нередко влечет превышение оперативными сотрудниками полномочий и нарушение конституционных прав граждан.

Одним из вариантов толкования данного понятия является ст. 26 рекомендательного законодательного акта «О борьбе с организованной преступностью», принятого постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ в ноябре 1996 г., где оперативным экспериментом называется «воспроизведение действий, обстановки или иных обстоятельств противоправного события и совершение необходимых опытных действий в целях пресечения преступных действий, выявления лиц, их готовящих или совершающих, а также проверки и оценки собранных данных о возможности совершения определенных противоправных действий или получения новых данных о противоправной деятельности»³.

Rossi P. G. Recommendation without experts? Epistemological implications in the development of screening guidelines // *Preventive medicine*. 2016. Vol. 83. P. 23; *Stoughton S. W.* Evidentiary Rulings as Police Reform // *University Of Miami Law Review*. 2015. Vol. 69. P. 444.

¹ См.: Дело «Ваньян (Vanyan) против Российской Федерации» (жалоба № 53203/99) : постановление ЕСПЧ от 15.12.2005 // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2006. № 7.

² Более подробно см.: *Гаврилов Б. Я., Боженок С. В.* К вопросу о провокации преступлений (с учетом решений Европейского суда по правам человека) // *Российская юстиция*. 2006. № 5. С. 40.

³ См.: О борьбе с организованной преступностью : рекомендательный законодательный акт : принят Постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств — участников Содружества Независимых Государств (Санкт-Петербург, 2 ноября 1996 г.) // Межпарламентская Ассамблея государств СНГ : официальный сайт. URL: <http://iacis.ru/upload/iblock/ebd/033.pdf> (дата обращения: 11.11.2016).

Как видно, оперативный эксперимент заключается в создании контролируемых негласно условий и объектов для преступных посягательств, выявления и документирования преступной деятельности. При этом разрабатываемое лицо находится в ситуации добровольного выбора относительно совершения тех или других действий.

С учетом изложенного мы полагаем, что действия могут быть признаны провокационными, только если лицо, являющееся объектом оперативного эксперимента, решится на совершение преступления в результате подстрекательства, а не в результате собственного преступного намерения. В таких случаях подстрекательство приводит к искусственному созданию доказательств вины в совершении преступления, что не согласуется с назначением данного мероприятия.

Практика свидетельствует, что оперативные эксперименты наиболее часто проводятся в отношении лиц, которые вымогают взятки либо осуществляют коммерческий подкуп. В данном контексте важной является резолюция Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях», в п. 34 которой указано: «От преступления, предусмотренного ст. 304 УК РФ, следует отграничивать подстрекательские действия сотрудников правоохранительных органов, спровоцировавших должностное лицо или лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации, на принятие взятки или предмета коммерческого подкупа»¹.

Указанный Пленум ВС РФ отмечает, что такие действия совершаются в нарушение требований ст. 5 ФЗ «Об ОРД» и состоят в передаче взятки или предмета коммерческого подкупа по согласию или предложению должностного лица или лица, которое выполняет функции управления в коммерческой или другой организации, когда это согласие или предложение было получено в результате склонения указанных лиц к получению ценностей при обстоятельствах, свидетельствующих о том, что без вмешательства оперативных сотрудников умысел на их получение не возник бы и преступление не было бы совершено.

При осуществлении оперативного эксперимента инициатива по совершению преступных деяний должна исходить строго от разрабатываемого (проверяемого) лица, а не от сотрудников правоохранительных органов. В ином случае побуждение лица к преступным действиям либо вовлечение его в совершение преступления с целью последующего разоблачения, если у него отсутствовал умысел на совершение преступления, является классической и откровенной провокацией. Любые действия, влекущие провокацию преступления, не могут быть признаны правомерными. При этом ЕСПЧ абсолютно справедливо указал, что публичные интересы не могут служить оправданием провокации со стороны правоохранительных органов.

В завершение отметим, что сделанные выводы и предложения могут быть использованы в дальнейших исследованиях проблем выявления и раскрытия преступлений с проведением оперативного эксперимента, а также могут

¹ О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 № 24 (в ред. от 03.12.2013) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 9.

способствовать соблюдению законности, нравственных норм, защите прав граждан и эффективному применению результатов оперативно-разыскной деятельности при расследовании уголовных дел о взяточничестве и коммерческом подкупе.

Пристатейный библиографический список

1. Авдеев, В. А. Государственная политика РФ в сфере противодействия преступлениям коррупционной направленности / В. А. Авдеев, О. А. Авдеева // Российская юстиция. — 2015. — № 5. — С. 24–28.

2. Борисенко, К. А. К вопросу о понятии оперативного эксперимента как эффективного средства борьбы с преступлениями коррупционной направленности в уголовно-исполнительной системе России / К. А. Борисенко. — URL: <http://отрасли-права.рф/article/7988> (дата обращения: 11.11.2016).

3. Подольный, Н. А. Некоторые проблемы расследования коррупционных преступлений // Библиотека криминалиста. — 2012. — № 1. — С. 197–206.

4. Cognitive activity efficiency factors during investigative actions, performed using information and communication technologies / E. Kravets, Yu. Steshenko, A. Likholetov, D. Kairgaliev, D. Vasiliev // Communications in Computer and Information Science. — 2014. — Vol. 466. — P. 585–592.

5. Rossi, P. G. Recommendation without experts? Epistemological implications in the development of screening guidelines // Preventive medicine. — 2016. — Vol. 83. — P. 22–25.

6. Stoughton, S. W. Evidentiary Rulings as Police Reform // University Of Miami Law Review. — 2015. — Vol. 69. — P. 429–468.

References

1. Avdeev, V. A. Gosudarstvennaya politika RF v sfere protivodejstviya prestupleniyam korrupcionnoj napravlenosti [Police of the government of the Russian Federation in the sphere of fight against corruption crimes] / V. A. Avdeev, O. A. Avdeeva // Rossijskaya yusticiya. — 2015. — № 5. — P. 24–28.

2. Borisenko, K. A. K voprosu o ponyatii operativnogo ehksperimenta kak ehffektivnogo sredstva bor'by s prestupleniyami korrupcionnoj napravlenosti v ugovovno-ispolnitel'noj sisteme Rossii [Concerning the question of the notion of strategic experiment as effective way to fight corruption crimes in criminal execution structure in Russia]. — URL: <http://otrasli-prava.rf/article/7988> (data obrashcheniya: 11.11.2016).

3. Cognitive activity efficiency factors during investigative actions, performed using information and communication technologies / E. Kravets, Yu. Steshenko, A. Likholetov, D. Kairgaliev, D. Vasiliev // Communications in Computer and Information Science. — 2014. — Vol. 466. — P. 585–592.

4. Podol'nyj, N. A. Nekotorye problemy rassledovaniya korrupcionnyh prestuplenij [Some problems of investigation of corruption crimes] // Biblioteka kriminalista. — 2012. — № 1. — P. 197–206.

5. Rossi, P. G. Recommendation without experts? Epistemological implications in the development of screening guidelines // Preventive medicine. — 2016. — Vol. 83. — P. 22–25.

6. Stoughton, S. W. Evidentiary Rulings as Police Reform // University Of Miami Law Review. — 2015. — Vol. 69. — P. 429–468.