

УДК 343.9

А.В. Савинский

**О СООТНОШЕНИИ ОПЕРАТИВНОГО ЭКСПЕРИМЕНТА,
ПРОВОКАЦИИ И ОБСТОЯТЕЛЬСТВ,
ИСКЛЮЧАЮЩИХ ПРЕСТУПНОСТЬ ДЕЯНИЯ**

В статье рассмотрена проблема допустимости провокации в противодействии преступности, ее разграничения с оперативным экспериментом. Разобраны полярные предложения ученых-криминалистов: а) провокацию сотрудников правоохранительных органов считать обстоятельством, устраняющими преступность деяния, совершенного спровоцированным лицом; б) «правомерную провокацию» рассматривать как обстоятельство, исключающее преступность действий самих правоохранителей.

Ключевые слова: оперативный эксперимент; провокация; обстоятельства, исключающие преступность деяния.

A.V. Savinsky

**ABOUT THE RELATION
OF THE OPERATIONAL EXPERIMENT, PROVOCATION
AND CIRCUMSTANCES EXCLUDING CRIME OF ACTION**

The article discusses the problem of permissibility of provocation in countering crime, its delineation with operational experiment. Polar proposals of forensic scientists are disassembled: a) the provocation of law enforcement officers to be considered a circumstance that eliminates the

crime of an act committed by an incited person; b) “legitimate provocation” is considered as a circumstance precluding the criminality of the actions of the law enforcement agencies themselves.

Keywords: operational experiment; provocation; circumstances precluding the crime of the act.

В юридической литературе вот уже добрый десяток лет ведется активная дискуссия по поводу допустимости провокации в борьбе с преступностью, прежде всего коррупционной. Одни исследователи, ссылаясь на беспрецедентный разгул коррупции, призывают к легитимации провокации как эффективного контркриминального средства (см. об этом: [1–3]), другие, наоборот, доказывают пагубность и недопустимость включения провокации в арсенал российских правоохранительных органов (см. об этом: [4–8]).

При этом некоторые из приверженцев той и другой точек зрения предлагают возвести провокацию, совершаемую правоохранителями в ранг обстоятельств, исключающих преступность деяния (Об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, смотри подробно: [9–10]). Предложения эти также носят полярный характер: в одном случае провокационно-подстрекательские действия сотрудников правоохранительных органов предлагается считать обстоятельством, исключающим преступность деяния, совершенного спровоцированным лицом, а в другом случае – «правомерная провокация» рассматривается как обстоятельство, исключающее преступность действий самих правоохранителей.

Камнем преткновения в этом научном споре, как представляется, служит оперативно-розыскное мероприятие «оперативный эксперимент», его правовая природа, юридическая значимость результатов. В рамках именно оперативного эксперимента сотрудниками правоохранительных органов ведется негласный контроль за ходом со-

вершения преступной деятельности и даже определенное в нее вмешательство, т.е. осуществляются действия, весьма схожие с провокацией преступления и чреватые нарушением закона. Способствует неоднозначности правового статуса оперативного эксперимента отсутствие его законодательного описания.

Будучи убежденным противником провокации, считаем необходимым обобщить главные отличия правомерного оперативного эксперимента от провокации. Они следующие: 1) инициатива совершения преступления принадлежит проверяемому лицу, но не оперативным работникам; 2) у проверяемого лица есть свободный выбор варианта поведения (преступного или не преступного); 3) поведение проверяемого лица находится на стадии предварительной преступной деятельности; 4) оперативные работники не склоняют лицо к совершению преступления, а лишь вынужденно следуют в русле навязываемого им противоправного поведения.

По смыслу действующего российского уголовного законодательства провокацию, т.е. подталкивание кого-либо к совершению преступления, следует квалифицировать как разновидность соучастия – подстрекательство. Поэтому осуществление оперативного эксперимента с элементами провокации, т.е. побуждение проверяемых лиц к совершению преступления в целях их последующего изобличения само по себе уголовно наказуемо. При этом, если провоцируемое лицо преступление совершило, то действия осуществивших такой «оперативный эксперимент» оперативных работников надо квалифицировать как соучастие в нем в форме подстрекательства. Если же провокация цели не достигла, то в этом случае действия оперативных работников следует расценивать как приготовление к совершению преступления, уголовно наказуемы такие действия при провоцировании тяжких или особо тяжких преступлений.

Вроде бы все ясно: грань между правомерным оперативным экспериментом и уголовно запрещенной провокацией и в теории, и уголовном законе обозначена вполне отчетливо.

Однако в части оперативного эксперимента, проводимого в отношении взяточполучателей, ситуация выглядит не столь уж однозначной. В.С. Комиссаров и П.С. Яни констатируют: «Вопрос о возможности привлечения к ответственности за взяточничество лица, получившего незаконное вознаграждение за действия (бездействие) по службе в процессе проводимых оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ), когда принятие ценностей либо имущественных услуг происходит не по инициативе должностного лица либо хотя формально и по его предложению, но в условиях искусственно созданных, смоделированных сотрудниками правоохранительных органов, осуществляющими ОРМ, давно обсуждается в науке» [4, с. 3].

Гвоздь проблемы состоит в том, что помимо общего уголовно-правового запрета на провокацию как вид подстрекательства УК РФ 1996 г. содержит ст. 304 «Провокация взятки либо коммерческого подкупа», предусматривающую специальную норму об ответственности за провокацию совершения указанных преступлений. В соответствии с этой статьей запрещена под страхом уголовного наказания «провокация взятки либо коммерческого подкупа, т.е. попытка передачи должностному лицу либо лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческих или иных организациях, *без его согласия* (курсив наш. – А. С.) денег, ценных бумаг, иного имущества или оказание ему услуг имущественного характера в целях искусственного создания доказательств совершения преступления либо шантажа».

С одной стороны, буквальное толкование диспозиции ст. 304 УК РФ приводит к мысли, что провокацией взятки является лишь

контролируемая оперативными работниками передача денег проверяемому чиновнику без его согласия на это. Если же такое согласие получено, то нет и уголовно-наказуемой провокации и, следовательно, подобные действия сотрудников правоохранительных органов законны.

С другой стороны, редко какой взяточник, даже схваченный за руку при получении мзды, не утверждает, что он явился жертвой провокации, учиненной в его отношении правоохранительными органами. Подобная ситуация является абсолютно типичной, что дает почву для инвектив о неправомерности оперативного эксперимента вообще.

Чтобы пресечь подобные инсинуации, Пленум Верховного Суда России в Постановлении «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» от 10 февраля 2000 г. № 6 (в ред. Постановления от 06.02.2007 № 7) разъяснил, что «...не является провокацией взятки или коммерческого подкупа проведение предусмотренного законодательством оперативно-розыскного мероприятия в связи с проверкой заявления о вымогательстве взятки или имущественного вознаграждения при коммерческом подкупе»¹.

Одновременно данное Постановление, считаем, в определенной мере и усугубило запутанность ситуации. Из него следует, что ответственность по ст. 304 УК РФ наступает лишь при отсутствии предварительной договоренности с проверяемым должностным лицом либо с лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, о согласии принять предмет взятки или коммерческого подкупа и последующем отказе принять предмет взятки или подкупа².

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 4.

² Там же.

Выходит, если проверяемое лицо согласилось и приняло предлагаемую взятку, то в этом случае действия оперативных работников провокацией являться не будут? Но если подобные действия считать соответствующими закону, то по сути дела речь идет о легитимации провокации как оперативно-розыскного метода при проведении оперативного эксперимента!

Чтобы исчерпывающе ясно расставить точки над «i» в части недопустимости провокации взятки и коммерческого подкупа, считаем целесообразным из диспозиции ст. 304 УК РФ исключить слова «без его согласия» либо заменить их на слова «независимо от его согласия». Тогда преступной будет провокация взятки вне зависимости от того, отказалось ли проверяемое лицо от получения «мзды» или согласилось ее принять.

Двусмысленность диспозиции ст. 304 УК РФ, а также цитированного выше постановления Пленума Верховного Суда и привела к тому, что некоторые ученые-криминалисты и практические правоохранители, руководствуясь высокими соображениями о необходимости повысить эффективность противодействия преступности, прежде всего коррупции, ратуют за признание допустимости подобной провокации.

Предложения по узаконению провокации как метода борьбы со взяточничеством не могут не вызывать возражений. Все же представляется, что в любом случае, независимо от согласия или несогласия проверяемого чиновника принять навязываемую ему взятку, действия оперативных работников будут преступными. Ведь противоправная сущность таких действий ни в коей мере не зависит от реакции проверяемого лица: они представляют собой провокацию получения взятки (при согласии проверяемого лица ее принять) или приготовление к провокации получения взятки (при отказе проверяемого лица).

Сторонники легитимации оперативного эксперимента с элементами провокации в качестве весомого аргумента в поддержку своих взглядов ссылаются на зарубежную оперативно-розыскную практику. На самом деле, в ряде стран (США, Германия, др.) провокация, «вовлечение в ловушку» как метод оперативно-розыскной деятельности активно используется на направлениях борьбы с коррупцией, незаконным оборотом наркотиков, терроризмом. При этом зарубежный законодатель разрешает провокацию в отношении лиц, которые, судя по имеющейся у оперативно-розыскных органов сведениям, «готовы», «склонны» к совершению преступления, противоправный характер провоцируемой деятельности «в разумной степени» очевиден им, они уже занимаются криминальной деятельностью (см. об этом: [11, с. 204–205]).

На наш взгляд, ссылки на иностранный опыт не вполне корректны: оперативно-розыскная практика полиции в развитых западных странах не отягощена столь тяжелой наследственностью, как в России. Да и правосознание сотрудников правоохранительных органов у нас находится пока далеко не на уровне мировых стандартов по части соблюдения прав и свобод личности.

Некоторые исследователи совершенно резонно считают необходимым повысить наступательность при проведении оперативного эксперимента. Так, по мнению А.Н. Халикова, при нынешнем уровне коррумпированности в стране, с учетом «профессионализма» взяточполучателей, согласованности во многих случаях интересов взяточполучателей и взяточдателей ожидание заявлений со стороны лиц, дающих взятки, – это утопия. Выход из положения – предшествующее проведение оперативно-розыскного мероприятия «оперативное внедрение», когда под видом потенциального взяточдателя перед проверяемым лицом выступает оперативный работник, с его участием осуществляется последующее проведение опе-

ративного эксперимента по контролируемому вручению вымогаемой взятки (при отсутствии провокации. – А. С.) и задержанию взяточника с поличным¹.

Однако не все ученые-криминалисты поддерживают такой подход. В.С. Комиссаров и П.С. Яни пишут: «Провокационная, подстрекательская деятельность недопустима. Но все-таки если она имела место, как следует решать вопрос об уголовной ответственности должностного лица за получение им незаконного вознаграждения за действия (бездействие) по службе в процессе проводимых в отношении него ОРМ, когда принятие ценностей происходит не по инициативе должностного лица хотя бы формально и по его предложению, но в условиях, искусственно созданных, смоделированных сотрудниками правоохранительных органов, осуществляющими ОРМ? Известная сложность в обсуждаемом вопросе состоит в том, что непосредственно из Уголовного кодекса решение о неправомерности содеянного должностным лицом не следует. Казалось бы, это лицо должно в рассматриваемом случае нести ответственность за покушение на получение взятки. Однако вывод о невозможности привлечения к ответственности за получение взятки с безусловностью следует из ряда постановлений Европейского Суда по правам человека, а значение этих актов для уголовного права России, таково, что они признаются в качестве его источников наряду с Уголовным кодексом. Это следует, в частности, из разъяснений, содержащихся в постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и договоров Российской Федерации» от 10 октября 2003 г. № 5 [7, с. 5].

¹ См.: [12]; Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 4.

Действительно, в пункте 47 постановления ЕСПЧ от 15 декабря 2005 г. «Дело Ваньян против Российской Федерации (жалоба № 53203/39)» отмечается: «Если преступление было предположительно спровоцировано действиями тайных агентов и ничто не предполагает, что оно было бы совершено и без какого-либо вмешательства, то эти действия уже не являются деятельностью тайного агента и представляют собой подстрекательство к совершению преступления. Подобное вмешательство и использование его результатов в уголовном процессе могут привести к тому, что будет непоправимо подорван принцип справедливости судебного разбирательства»¹.

Принимая во внимание правовую позицию ЕСПЧ, В.С. Комиссаров и П.С. Яни заключают: «Итак, если должностное лицо получит, по его представлению, незаконное вознаграждение за действия (бездействие) по службе, но принятие им такого вознаграждения происходит в процессе проводимых в отношении него ОРМ не по инициативе должностного лица либо хотя и формально по его предложению, но в условиях, искусственно созданных, смоделированных сотрудниками правоохранительных органов, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, когда ничего не предполагало, что деяние было бы совершено без их вмешательства, указанные действия сотрудников правоохранительных органов являются согласно единой позиции Европейского Суда по правам человека, Верховного Суда РФ и Генеральной прокуратуры РФ провокационными по сути, юридически – подстрекательскими, а потому исключают уголовную ответственность спровоцированного, склоненного к совершению соответствующего деяния должностного лица за получение взятки» [7, с. 6–7].

¹ Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2006. № 7.

Толкование позиции ЕСПЧ В.С. Комисаровым и П.С. Яни нам представляется чересчур категоричным. Ведь, по сути, ставится вопрос о правомерности оперативного эксперимента вообще, ибо в любом случае при его проведении оперативными работниками моделируются, в той или иной степени искусственно формируются условия противоправной деятельности.

На наш взгляд, смысл комментируемой правовой позиции Европейского Суда заключается в том, что в рассматриваемой ситуации действия правоохранительных органов провокационными будут тогда, когда именно они порождают у проверяемого лица умысел на получение взятки и предопределяют его дальнейшее преступное поведение. В таком случае, действительно, можно считать, что «ничто не предполагает, что преступление будет совершено без вмешательства правоохранительных органов», т.е. чиновник не будет брать взятку, если его не спровоцируют на это правоохранительные органы.

В рамках же оперативного эксперимента происходит нечто иное: 1) правоохранительные органы уже располагают информацией о взяточничестве проверяемого лица; 2) они ни в коей мере не склоняют проверяемое лицо к получению взятки, не подталкивают его к совершению преступления, а лишь выполняют его противоправные требования.

Как нам представляется, именно такими соображениями руководствовался Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» от 10 февраля 2000 г. № 6 (в редакции Постановлений от 06.02.2007 № 7, от 23.12.2010 № 31). Пленум, оценивая в том числе и Постановление ЕСПЧ от 15 декабря 2005 г., оставил в силе вывод: «Не является провокацией взятки или коммерческого подкупа проведение предусмотренного законодательством оперативно-розыскного

мероприятия в связи с проверкой заявления о вымогательстве взятки или имущественного вознаграждения при коммерческом подкупе». По-прежнему ключевое значение придается оперативному эксперименту и в практической работе российских правоохранительных органов по противодействию взяточничеству.

Решительно разделяя точку зрения В.С. Комиссарова и П.С. Яни о недопустимости провокации в борьбе с преступностью, зададимся вопросом: верно ли их предложение о том, что «...провокационно-подстрекательскую деятельность сотрудников правоохранительных органов следует рассматривать в качестве нового, пока не отраженного в гл. 8 УК РФ обстоятельства, исключающего преступность деяния, совершенного лицом в отношении которого эта деятельность осуществлялась» [7, с. 8]?

Думается, вряд ли. И вот почему: провокационно-подстрекательская деятельность правоохранителей в таком случае выводится за рамки института подстрекательства как вида соучастия в совершении преступления. Полагаем, что за совершенную провокацию оперативные работники, безусловно, должны нести уголовную ответственность. Но допущенные ими провокационные действия отнюдь не могут декриминализировать совершенное спровоцированным исполнителем преступное деяние. Хотя, спору нет, в какой-то мере уменьшают его общественную опасность. Поэтому их следует признавать, как это позволяет ч. 2 ст. 61 УК РФ, обстоятельством, смягчающим наказание.

Несколько по-иному обстоит дело с провокацией получения взятки или коммерческого подкупа. Здесь, согласны, ввиду рассмотренной выше неоднозначности вопроса не лишне было бы в Уголовном кодексе исключить ответственность должностных лиц и управленческого персонала коммерческих и иных организаций за получение взятки или коммерческого подкупа, если в их отношении

были допущены провокационные действия со стороны правоохранителей. Разместить такую норму было бы наиболее оптимально в примечании к ст. 304 УК РФ «Провокация взятки или коммерческого подкупа». Ее формулировка могла бы быть такой: «Не подлежит уголовной ответственности должностное лицо либо лицо, выполняющие управленческие функции в коммерческих или иных организациях, в отношении которого сотрудниками правоохранительных органов были допущены провокационно-подстрекательские действия, склонившие его к получению взятки или коммерческого подкупа».

Сторонник допущения провокации в качестве контркриминального метода С. Радачинский выдвигает идею о «правомерной провокации». В виду имеются те случаи, когда провокация является единственным и наиболее эффективным средством обнаружения преступного замысла, предотвращения более тяжких преступлений, раскрытия совершенных. И в большей степени это касается случаев вынужденной провокации, к которой могут прибегать сотрудники правоохранительных органов или лица, сотрудничающие с ними на контрактной основе и внедряемые в преступную среду. Провокация, которая может иметь место при проведении оперативно-розыскных мероприятий с целью выявления преступной деятельности и при частных к ней лиц, для предотвращения более тяжких преступлений, является действием общественно полезным. Хотя она и причиняет вред охраняемому объекту, но это происходит в целях защиты более важного объекта и, как нам представляется, данный вред должен быть меньшим по сравнению с предотвращенным вредом. Провокация такого рода не преследует цель искусственного создания условий совершения преступлений правоуполномоченными гражданами с последующим изобличением их, а на стороне провоцирующего отсутствуют мотивы личной заинтересован-

ности. Провокация в таких случаях может являться необходимым и единственным способом уличения преступника в его преступной деятельности, недопущения совершения новых, более тяжких преступлений. Поэтому представляется, что провокация в таких случаях может являться обстоятельством, исключающим преступность деяния [3].

В свете изложенных выше аргументов С. Радачинский предлагает вариант текста ст. 39.1 УК РФ «Правомерная провокация»:

«1. Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам в состоянии правомерной провокации, то есть для защиты жизни и здоровья граждан, их конституционных прав и законных интересов, а также для обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств, если она совершается при правомерном выполнении лицом, уполномоченным на то государством своего служебного или общественного долга, если эта опасность не могла быть устранена иными средствами и при этом не было допущено превышение пределов правомерной провокации.

2. Превышением пределов правомерной провокации признается причинение вреда, явно не соответствующего характеру и степени угрожавшей опасности со стороны провоцируемого, когда указанным интересам был причинен вред равный или более значительный, чем предотвращенный. Такое превышение влечет за собой уголовную ответственность только в случаях умышленного причинения вреда» [3, с. 69].

Предложения С. Радачинского основаны на острой потребности российских правоохранительных органов в создании надежной правовой основы оперативно-розыскного мероприятия «оперативное внедрение», которая, в свою очередь, обеспечила бы уголовно-правовую защищенность внедряемых в различного рода преступные

организации лиц. Без решения этой задачи противодействие организованным формам преступности, попросту говоря, не может быть результативным.

Так что в этом смысле предложения С. Радачинского можно считать дополнительным аргументом в поддержку легализации в российском уголовном праве института мнимого соучастия как специфического ОИПД, который позволит внедренным лицам вынужденно соучаствовать в совершении преступлений в интересах выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия организованной преступной деятельности. Предложения такого рода настойчиво высказываются в юридической литературе [13].

Но, как нетрудно заметить, выдвигаемая С. Радачинским новация по своему смыслу шире, нежели мнимое соучастие. Если в рамках последнего внедренным лицам дозволяется лишь вынужденно соучаствовать в совершении некоторых видов преступлений, то «правомерная провокация» предполагает провоцирование участников преступной структуры к совершению преступлений. А это есть ни что иное как противозаконное подстрекательство. Таким образом, предложение о придании «правомерной провокации» статуса обстоятельства, исключающего преступность деяния, не вписывается в общепринятую догму уголовного права и вряд ли может быть поддержанным.

Список использованной литературы

1. Егорова Н. Провокация взятки либо коммерческого подкупа / Н. Егорова // Российская юстиция. – 1997. – № 8. – С. 26–28.
2. Мишин Г. Борьба со взяточничеством: некоторые направления совершенствования уголовной политики / Г. Мишин // Уголовное право. – 2000. – № 3. – С. 75–80.

3. Радачинский С. Провокация как обстоятельство исключающее преступность деяния / С. Радачинский // Уголовное право. – 2009. – № 2. – С. 64–69.

4. Волженкин Б. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? / Б. Волженкин // Российская юстиция. – 2001. – № 5. – С. 43–45.

5. Иванов В. Провокация или правомерная деятельность? / В. Иванов // Уголовное право. – 2001. – № 3. – С. 16–18.

6. Савинский А.В. Разграничение оперативного эксперимента и провокации взятки / А.В. Савинский, В.М. Бакун // Законность. – 2010. – № 7. – С. 46–49.

7. Комиссаров В.С. Провокационно-подстрекательская деятельность в отношении должностного лица как обстоятельство, исключающее ответственность за получение взятки / В.С. Комиссаров, П.С. Яни // Законность. – 2010. – № 9. – С. 3–8.

8. Борков В. Оперативная провокация как способ фальсификации / В. Борков // Законность. – 2017. – № 6. – С. 30–34.

9. Попов А. Н. Обстоятельства, исключающие преступность деяния / А. Н. Попов ; науч. ред. Б. В. Волженкин. – СПб., 1998. – 40 с.

10. Орешкина Т. Обстоятельства, исключающие преступность деяния: дискуссионные вопросы общего характера / Т. Орешкина // Уголовное право. – 2016. – № 4. – С. 66–76.

11. Смирнов М.П. Комментарии оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран / М.П. Смирнов. – М. : Экзамен, 2002. – 543 с.

12. Халиков А.Н. Перспективы оперативной работы в борьбе с коррупцией / А.Н. Халиков // «Черные дыры» в российском законодательстве. – 2006. – № 4. – С. 386–389.

13. Савинский А.В. О мнимом соучастии как обстоятельстве, исключающем преступность деяния / А.В. Савинский // Законность. – 2005. – № 10. – С. 32–33.

Информация об авторе

Савинский Александр Васильевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и процесса, Северный (Арктический) федеральный университет имени М.В. Ломоносова, 163001, г. Архангельск, пр. Ломоносова, 58; e-mail: av_savinskiy@mail.ru.

Information about the author

Aleksandr V. Savinsky – PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Law and Process, Northern (Arctic) Federal University named after M. V. Lomonosov, 58, Lomonosov Str., 163001, Arhangel'sk, Russian Federation; e-mail: av_savinskiy@mail.ru.