

УГОЛОВНО-ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ ПРОВОКАЦИИ

Статья посвящена исследованию института провокации в уголовном праве России. Дискуссионность исследуемого вопроса заключается в рассмотрении деятельности, осуществляемой в рамках проведения оперативно-розыскных мероприятий, в качестве провокации преступления. Зачастую оперативный эксперимент, целью которого является выявление и пресечение совершения преступления, представляет собой неоднократные действия по провокации лица на совершение преступления. Полученные данные представляются как доказательства совершения преступления. Вместе с тем анализ судебной практики показывает, что в некоторых случаях суды признают такие доказательства недопустимыми, поскольку при их получении не только нарушаются провозглашенные на внутригосударственном и международном уровнях права и свободы человека и гражданина, но и не соблюдаются принципы справедливости и законности в деятельности следственных органов. Для того чтобы защитить права и законные интересы лица, совершившего преступление в результате провокации, автором предлагается признать ее (провокацию) в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния.

Ключевые слова: преступность; уголовно-правовые меры противодействия преступности; обстоятельства, исключающие преступность деяния; оперативный эксперимент.

E.V. Shelkonogova
Ural State Law Academy,
Ekaterinburg, Russian Federation

CRIMINAL AND LEGAL ROLE OF PROVOCATION

Abstract

The article studies provocation in Russian criminal law. The issue is quite disputable due to considering actions within investigation activities as crime provocation. Sting operation aimed at detection and prevention of crime is often a succession of actions of crime provocation. Sting operation results are presented as provement of crime perpetration. However, court practice analysis has proven that Court do not always consider Sting operation results as evidence. This is defined by the fact that process of reception of this kind of evidence violates nationally and internationally accepted human rights and freedoms and does not adhere to principles of justice and legality in investigative agencies. The author suggests considering provocation as defense to criminal liability in order to protect rights and legal interests of person who perpetrated crime as result of provocation.

Key words: crime; crime counteraction criminal legal measures; defenses to criminal liability; sting operation.

В последнее время в литературе активно обсуждается вопрос о правомерности использования провокации для выявления преступлений. Спор вызван противоречием в содержании законодательно закрепленного в ст. 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» оперативного эксперимента и ст. 5 данного закона и ст. 304 УК РФ, сопровождаемой разъяснением п. 25 по-

становления Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» [10].

В теории оперативно-розыскной деятельности в содержание оперативного эксперимента по аналогии со следственным экспериментом включаются воспроизведение действий, обстановки, обстоятельств преступного события и выполнение опытных операций. Од-

нако целям, а следовательно, и назначению оперативного эксперимента дается двоякое толкование. С одной стороны, указывается, что он проводится для проверки и оценки собранных данных о возможности совершения определенных противоправных действий. С другой – отмечается, что эксперимент может осуществляться для пресечения совершаемого преступления и задержания с поличным. В подобных ситуациях в содержание оперативного эксперимента входят уже не опытные действия, а документирование и задержание с поличным участников преступления, например взяточничества. Такая трактовка противоречит представлениям о сущности эксперимента как общенаучного метода познания. Как известно, в этом смысле эксперимент понимается как проведение опытов в искусственно созданных условиях, инициирующих исследуемые явления и события.

На первый взгляд, выявленный дуализм в понимании оперативного эксперимента имеет чисто теоретическое значение и не касается практики правоприменения. Однако при более тщательном анализе можно прийти к противоположному выводу. В ст. 5 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» устанавливается запрет на подстрекательство, склонение, побуждение к совершению противоправных действий в любой форме. В ст. 304 УК РФ предусматривается уголовная ответственность за провокацию взятки и (или) коммерческого подкупа. Как правильно отмечают многие авторы, нередко грань между провокацией и легитимным оперативным экспериментом провести трудно. В основном она сводится к наличию или отсутствию данных о том, что инициатива совершения преступных действий исходила от субъекта, впоследствии задержанного с поличным. В тех случаях, когда инициативу проявляют субъекты оперативно-розыскной деятельности, проводимый оперативный эксперимент признается провокацией.

Например, Президиум Свердловского областного суда, рассмотрев надзорную жалобу на приговор по ч. 3 ст. 30, пп. «а», «б» ч. 2 ст. 228-1 УК РФ и по ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 3 ст. 228-1 УК РФ, постановил отменить его, прекратить производство по делу в связи с отсутствием в деянии состава преступления. При рассмотрении дела выяснилось, что «в ходе проведения проверочной закупки оперативная информация в отношении Л. подтвердилась,

выявлен факт сбыта Л. К. наркотического средства, однако, несмотря на это, в отношении Л. сотрудниками УФСН были вновь проведены еще три проверочные закупки. Таким образом, исходя из требований федерального закона, если в результате проведенного оперативно-розыскного мероприятия выявлено преступление и получены достаточные данные для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, правоохранительные органы обязаны пресечь дальнейшую преступную деятельность лица и обеспечить его привлечение к уголовной ответственности. Однако вопреки вышеуказанным задачам этого сделано не было, и сотрудники Госнарконоконтроля не только не пресекли его преступную деятельность, но и не приняли предусмотренные законом меры по его задержанию и привлечению к уголовной ответственности» [11].

В рамках выявления правомерности использования доказательств, полученных при проведении оперативно-розыскных мероприятий, интересен системный анализ норм УПК РФ. В частности, в соответствии с п. 6 ч. 2 ст. 74 УПК РФ в качестве доказательств по уголовному делу допускаются «иные документы», которые в ч. 1 ст. 84 УПК РФ определяются как документы, содержащие сведения, имеющие значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию. Возникает противоречие между данными нормами, поскольку в первом случае «иные документы» включены в перечень доказательств, а во втором – определяются уже как документы, содержащие сведения, подлежащие доказыванию. Вероятно, толковать данное противоречие можно следующим образом: если сведения будут доказаны, то документ будет признан доказательством. Однако в УПК РФ не указано, какие способы доказывания являются допустимыми, а какие – нет. Если обратиться к ст. 75 УПК РФ, в которой приводится перечень недопустимых доказательств, то в ней также ничего не сказано о том, какая и каким образом полученная информация будет недопустимым доказательством. В п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ по данному вопросу сказано: «Решая вопрос о том, является ли доказательство по уголовному делу недопустимым по основаниям, указанным в п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ, суд должен в каждом случае выяснять, в чем конкретно выразилось допущенное нарушение». Таким образом, в УПК

РФ не говорится о правомерности способов получения доказательств по делу, а также нет нормы, запрещающей использовать провокационные действия для получения информации о преступлении. Однако в судебной практике имеются случаи, когда суд не признавал доказательства, собранные подобным образом, в качестве допустимых.

Так, в определении Верховного Суда РФ от 15 ноября 2011 г. № 50-Д11-29 о рассмотрении уголовного дела по надзорной жалобе осужденного Н.Л. Власова указано следующее: «Из требований справедливого суда согласно ст. 6 Конвенции от 4 ноября 1950 г. «О защите прав человека и основных свобод» вытекает, что общественные интересы в борьбе против наркоторговли не могут оправдать использование доказательств, полученных в результате провокации органов полиции». А в постановлении Европейского суда по правам человека по делу «Ваньян (Vanyan) против Российской Федерации» (жалоба № 53203/99) говорится: «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». Таким образом, анализ судебной практики показывает, что провокационные действия в целях уличения лица в совершении преступления недопустимы, поскольку тем самым не только нарушаются провозглашенные на внутригосударственном и международном уровнях права и свободы человека и гражданина, но и не соблюдаются принципы справедливости и законности в деятельности следственных органов. Представляется, что в процессуальном аспекте получение информации при помощи провокационных действий может быть признано как обстоятельство, исключающее их использование в качестве доказательств.

Авторитетными советскими авторами отстаивалась сходная позиция. Так, Б.В. Волженкин отмечал, что в течение почти восьми десятилетий отечественная теория уголовного права и судебная практика признавали скло-

нение должностного лица к получению взятки с целью последующего его изобличения неправомерным и, более того, преступным поведением [2]. 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 таким же образом выявить преступника и раскрыть уже совершавшееся преступление. Правильно считает Л. Лобанова, что 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 иных случаях имеет место банальная провокация преступления. М.И. Ковалев также утверждал, что подстрекательство может являться преступным и «носить характер провокации к преступлению» [4]. Данную позицию разделяет и Т.В. Кондрашова: «Суть подстрекательства сводится к склонению лица к совершению преступления, внушению другому лицу мысли о желательности, необходимости или выгоды совершения общественно опасного и противоправного деяния. До совершения действий провокатором у подстреканного не было намерения осуществить эти деяния. Поведение провокатора как предательское и недобросовестное означает, что он умышленно искажает представление провоцируемого относительно обстоятельств объективной действительности, например относительно своего намерения приобрести наркотические средства или передать материальное вознаграждение за исполнение служебных функций. Поэтому, бесспорно, действия работников милиции, предложивших приобрести у какого-либо лица наркотические средства, должны рассматриваться как подстрекательство к приобретению наркотиков, а действия лиц, по их просьбе предложивших продать им эти средства, расцениваться как преступные» [5]. Мы поддерживаем позицию авторов о том, что подстрекатель внушает лицу мысль о совершении преступления, о том, что лицо начинает воспринимать действительность иначе и в результате этого совершает преступление.

Если рассматривать его действия с позиции состава преступления, то вопрос о виновности лица представляется дискуссионным. С одной стороны, лицо вменяемо и оно совершает деяние, подпадающее под признаки состава преступления, с другой стороны, на наш взгляд, нельзя говорить о том, что субъективная сторона при таком деянии совпадает с характеристикой субъективной стороны при совершении преступления.

В контексте рассмотрения провокаторских действий как причины совершения преступления для исследования представляется интересным вопрос об ответственности взяточника при вымогательстве взятки. Вымогательство является требованием по передаче предмета взятки взамен на какую-либо выгоду для взяточника. Возникает вопрос о том, может ли такое требование воздействовать на психологическое состояние лица таким образом, что нельзя будет говорить о том, что он совершил деяние виновно? В случае положительного ответа складывается ситуация, в которой норма

УК РФ (в данном случае ст. 291 УК РФ) нарушена, однако субъективное отношение лица к содеянному не позволяет признать это деяние преступным.

Таким образом, мы поддерживаем мнение авторов о том, что деятельность, осуществляемая в рамках оперативного эксперимента, может представлять собой провокаторские действия, тем самым нарушая нормы как уголовного закона, так и Конституции РФ, что повлечет необоснованное обвинение лица, поддавшегося на провокацию. Представляется, что провокаторские действия могли бы быть закреплены в уголовно-процессуальном законодательстве России в качестве недопустимого способа получения сведений, признаваемых впоследствии доказательствами по делу. Также необходимо отметить, что суть провокации состоит во влиянии на сознание лица, побуждении его к совершению преступления. В связи с этим возможно включение данного обстоятельства в качестве исключяющего преступность деяния.

ПРИСТАТЕЙНЫЙ СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Волженкин Б.В. Допустима ли провокация как метод борьбы с коррупцией? / Б.В. Волженкин // Российская юстиция. – 2001. – № 5. – С. 43–45.
2. Волынский А.Ф. Расследование провокации взятки и коммерческого подкупа / А.Ф. Волынский, Е.С. Лапин. – М., 2010.
3. Гармаев Ю.П. Квалификация и расследование взяточничества : учеб.-практ. пособие / Ю.П. Гармаев, А.А. Обухов. – М., 2009.
4. Ковалев М.И. Соучастие в преступлении. Ч. 2 : Виды соучастников и формы участия в преступной деятельности / М.И. Ковалев. – Свердловск, 1962.
5. Комиссаров В.С. Провокационно-подстрекательская деятельность в отношении должностного лица как обстоятельство, исключаящее ответственность за получение взятки [Электронный ресурс] / В.С. Комиссаров, П.С. Яни // Законность. – 2010. – № 9. – Режим доступа: http://www.juristlib.ru/book_8461.html.
6. Кондрашова Т.В. Уголовная ответственность за провокацию преступлений / Т.В. Кондрашова // Уголовное право и современность : межвуз. сб. науч. тр. – Красноярск, 1999. – Вып. 3. – С. 57–58.
7. Лапин Е.С. Оперативно-розыскная деятельность. Курс правовых и теоретических основ : учеб. пособие / Е.С. Лапин. – 2-е изд., доп. – М., 2011.
8. Лобанова Л. Провокация взятки : некоторые проблемы квалификации и законодательной регламентации / Л. Лобанова // Юридическая техника и проблемы дифференциации ответственности в уголовном праве и процессе. – Ярославль, 1999.
9. Нетреба В.А. Понятие оперативного эксперимента / В.А. Нетреба, В.С. Овчинский // Теория оперативно-розыскной деятельности : учебник / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. – М., 2009.
10. О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе : постановление Пленума Верхов. Суда РФ от 10.02.2000 г. № 6 // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2000. – № 4.
11. Постановление Президиума Свердловского областного суда от 07.11.2012 г. по делу № 44-У-480/2012 [Электронный ресурс]. – Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
12. Халиков А.Н. Перспективы оперативной работы в борьбе с коррупцией / А.Н. Халиков // «Черные дыры» в российском законодательстве. – 2006. – № 4. – С. 386–389.

REFERENCES

1. Volzhenkin B. Is provocation justifiable as a method of corruption counteraction? [Volzhenkin B. Dopustima li provokacija kak metod bor'by s korrupciej?]. *Rossijskaja justicija – Russian Justice*, 2001, no. 5, pp. 43–45.
2. Volynskij A.F., Lapin E.S. Investigation of bribe and corrupt payment provocation. [Volynskij A.F., Lapin E.S. Rassledovanie provokacii vzjatki i kommercheskogo podkupa]. Moscow, 2010.

3. Garmaev Ju.P., Obuhov A.A. Classification and investigation of bribery. [Garmaev Ju.P., Obuhov A.A. Kvalifikacija i rassledovanie vzjatochnichestva: ucheb.-prakt. posobie]. Moscow, 2009.
4. Kovalev M.I. Criminal complicity. Part 2: Types of crime accomplices and crime participation forms. [Kovalev M.I. Souchastie v prestupenii. Ch. 2: Vidy souchastnikov i formy uchastija v prestupnoj dejatel'nosti]. Sverdlovsk, 1962.
5. Komissarov V.S., Jani P.S. Provocative insidious activity aimed at public officer as defense to liability for bribetaking. [Komissarov V.S., Jani P.S. Provokacionno-podstrekatel'skaja dejatel'nost' v otnoshenii dolzhnostnogo lica kak obstojatel'stvo, iskljuchajushhee otvetstvennost' za poluchenie vzjatki]. *Zakonnost' – Legality*, 2010, no. 9. Available at: http://www.juristlib.ru/book_8461.html.
6. Kondrashova T.V. Criminal responsibility for crime provocation. Criminal law and modern times: Interacademic collection of scientific papers. [Kondrashova T.V. Ugolovnaja otvetstvennost' za provokaciju prestuplenij // Ugolovnoe pravo i sovremennost': mezhvuz. sb. nauch. tr. Vyp. 3]. Krasnojarsk, 1999, pp. 57–58.
7. Lapin E.S. Operational investigations. Legal and theoretical fundamentals course. Educational book. [Lapin E.S. Operativno-rozysknaja dejatel'nost'. Kurs pravovyh i teoreticheskikh osnov: ucheb. posobie. 2-e izd., dop]. Moscow, 2011.
8. Lobanova L. Provocation of bribery: some issues of classification and legislative regulation. Juridic technique and problems of responsibility differentiation in criminal law and process: scientific papers. [Lobanova L. Provokacija vzjatki: nekotorye problemy kvalifikacii i zakonodatel'noj reglamentacii // Juridicheskaja tehnika i problemy differenciacii otvetstvennosti v ugolovnom prave i processe: sb. nauch. st.]. Jaroslavl, 1999.
9. Natreba V.A., Ovchinskij V.S. Sting operation term. Theory of operational investigations: educational book. Edited by K.K. Gorjainov, V.S. Ovchinskij, G.K. Sinilov. [Natreba V.A., Ovchinskij V.S. Ponjatie operativnogo jeksperimenta // Teorija operativno-rozysknoj dejatel'nosti: ucheb. / pod red. K.K. Gorjainova, V.S. Ovchinskogo, G.K. Sinilova]. Moscow, 2009.
10. Enactment of Plenum of Supreme Court of Russia on Court practice related to bribery and corrupt payment. [O sudebnoj praktike po delam o vzjatochnichestve i kommercheskom podkupe: postanovlenie Plenuma Verhov. Suda RF ot 10.02.2006 g. no. 6]. *Bjulleten' Verhovnogo Suda RF – Supreme court of Russia Bulletin*, 2000, no. 4.
11. Sverdlovsk Regional Court decision on case No. 44-U-480/2012 dated 07.11.2012. [Postanovlenie Prezidiuma Sverdlovskogo oblastnogo suda ot 07.11.2012 g. no. 44-U-480/2012]. Available at: <http://www.consultant.ru>.
12. Halikov A.N. Prospects of field work in corruption prevention. [Halikov A.N. Perspektivy operativnoj raboty v bor'be s korrupciej]. *«Chernye dyry» v rossijskom zakonodatel'stve – «Black holes» in Russian legislation*, 2006, no. 4, pp. 386–389.

Сведения об авторе

Щелконогова Екатерина Викторовна – аспирант кафедры уголовного права Уральской государственной юридической академии, г. Екатеринбург, Российская Федерация; e-mail: uglaw@yandex.ru.

Information about author

Shelkonogova Ekaterina Viktorovna – Postgraduate student of Chair of Criminal law of Ural State Law Academy, Ekaterinburg, Russian Federation; e-mail: uglaw@yandex.ru.