

В. А. ГУСЕВ**Провокация взятки: противоправное деяние или эффективный метод борьбы с коррупцией?**

Провокация — это проверка скрытых возможностей

Евгений Ханкин

Несмотря на все меры, принимаемые правоохранительными органами в сфере борьбы с коррупцией, к сожалению, следует констатировать, что каких-либо значимых результатов в снижении уровня последней не достигнуто. Об этом свидетельствуют и регулярные сообщения средств массовой информации о коррупционных скандалах и разоблачениях в высших эшелонах власти, и мониторинг общественного мнения россиян о так называемой бытовой коррупции, с которой они сталкиваются в обыденной жизни (при общении с государственными служащими контролирующими и надзирающими органов, полицейскими, врачами, педагогами и т. п.)¹. Наряду с социальными, экономическими, политическими и иными причинами отсутствия ощутимых достижений в этой сфере, следует назвать, на наш взгляд, и неэффективный правовой механизм выявления и раскрытия коррупционных преступлений, в частности получения взятки.

Сегодня в подавляющем большинстве случаев выявление фактов получения взятки происходит оперативно-розыскным путем, в частности посредством проведения мероприятия «оперативный эксперимент». Как показывает анализ следственной и судебной практики, только применение оперативно-розыскных средств и методов фиксации действий взяткополучателя позволяет сформировать надежную систему доказательств его вины в совершенном преступлении. Вместе с тем более глубокое изучение современной практики по выявлению и раскрытию преступлений, предусмотренных ст. 290 УК РФ, не позволяет делать оптимистичных прогнозов относительно эффективности применения оперативного эксперимента в дальнейшем. Во многом это обусловлено, на наш взгляд, правовым регулированием процедуры проведения оперативного эксперимента, основной задачей которой является ограничение правомерных действий должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность (далее — ОРД), от запрещенных законодательством провокационных поступков.

Прежде всего в этом аспекте представляют интерес основания проведения оперативного эксперимента в целях выявления фактов получения взятки и лиц, к ним причастных, а точнее, критерий обоснованности принятия решения о проведении такого оперативного эксперимента. В соответствии со ст. 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее — ФЗ об ОРД), общим основанием для проведения всех оперативно-розыскных мероприятий являются ставшие известными органам, осуществляющим ОРД, сведения о признаках подготавлива-

емого, 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. При этом необходимо отметить, что происхождение этих сведений законодателем не указывается, следовательно, их источник может быть оперативным, негласным. Исходя из этого законодательного положения, можно предположить, что органы, осуществляющие ОРД, получив такие сведения, независимо от источника их происхождения, могут уверенно проводить оперативный эксперимент в отношении того или иного должностного лица, вероятно причастного к получению взятки, не опасаясь обвинения в провокации.

Однако высший орган судебной власти в значительной степени ограничил критерий обоснованности проведения оперативного эксперимента в борьбе со взяточничеством. Так, в п. 25 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2000 г. № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» отмечается, что «не является провокацией взятки или коммерческого подкупа проведение оперативно-розыскного мероприятия в связи с проверкой заявления о вымогательстве взятки или имущественного вознаграждения при коммерческом подкупе»². Анализ данного положения позволяет сделать вывод, что при отсутствии заявления и самого факта вымогательства взятки действия должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, в рамках оперативного эксперимента могут быть расценены как провокационные. Некоторые ученые полагают, что с такой позицией трудно согласиться³, но так или иначе оперативно-розыскная практика твердо встала на путь предварительного получения и регистрации заявления о вымогательстве взятки в целях исключения возможного обвинения в провокации. В том же случае, когда органы, осуществляющие ОРД, обладают информацией о получении взяток определенным должностным лицом, но не могут найти гражданина, у которого такая взятка вымогается, и получить соответствующего заявления, то пресечь коррупционную деятельность такого взяткополучателя для них не представляется возможным.

Другой немаловажный элемент процедуры оперативного эксперимента — это условия его проведения. В контексте нашего предмета обсуждения важнейшим условием чистоты оперативного эксперимента с точки зрения действующего законодательства является фиксация высказанного проверяемым должностным лицом

¹ Подробнее см.: *Результаты* инициативного всероссийского опроса ВЦИОМ проведенного 24–25 ноября 2012 г. (опрошено 1600 человек в 138 населенных пунктах в 46 областях, краях и республиках России). URL: <http://www.wciom.ru> (дата обращения: ???.???.????).

² *Бюллетень* Верховного Суда Российской Федерации. 2000. № 4. С. 9.

³ См., напр.: *Борков В.* Провокация взятки или допустимый оперативный эксперимент // *Уголовное право*. 2004. № 1. С. 14.

требования о передаче взятки (вымогательства). Принимая во внимание, что, в соответствии с ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД, «органам (должностным лицам), осуществляющим ОРД, запрещается... подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (провокация)», в процессе проведения оперативного эксперимента они исключают возможность прямого предложения предмета взятки, ожидая противоправных действий (высказываний) со стороны проверяемого должностного лица. Таким образом, идеальная модель оперативного эксперимента, в соответствии со сложившейся судебной практикой, предполагает пассивное поведение взяткодателя (заявителя) и активную позицию взяткополучателя, в случае если эта тонкая грань будет нарушена, должностные лица органов, осуществляющих ОРД, и заявитель могут быть обвинены в нарушении закона, т. е. провокации. Так, по мнению некоторых юристов, оперативный эксперимент признается законным, если подозреваемый сам инициирует совершение противоправного деяния, без провоцирования со стороны оперативных сотрудников⁴.

Очевидно, что при такой правовой регламентации оснований и условий проведения оперативного эксперимента зафиксировать факт получения взятки опытным коррупционером (крайне осторожным в общении с предполагаемым взяткодателем, имеющим проверенных посредников, отработанные схемы передачи предмета взятки и т. п.) крайне затруднительно либо вообще невозможно. Именно поэтому, на наш взгляд, органы, осуществляющие ОРД, более успешно документируют противоправные действия взяткополучателей из наименее защищенных социальных групп, не скрывающих своей материальной заинтересованности и достаточно открыто высказывающих пожелания о незаконной (при этом весьма невысокой) оплате их услуг, действий или бездействия. Об этом свидетельствует то обстоятельство, что, по статистике последних лет, самые коррумпированные сферы деятельности — это здравоохранение и образование, при этом в 2012 г. более 80% подсудимых обвинялось в получении взяток в размере от 5 до 50 тыс. руб. (!)⁵, тогда как вне сферы уголовного преследования остаются представители властных структур, коррупционная деятельность которых представляет большую общественную опасность как в аспекте материального ущерба, причиняемого государству и отдельным гражданам, так и с точки зрения подрыва авторитета государственной власти в глазах общественности.

Основываясь на приведенных выше статистических данных, полагаем, что такое избирательное правосудие деморализует наше общество, порождает правовой нигилизм и недоверие органам власти, создает благоприятную почву для криминализации общественного сознания, при-

нятия и оправдания самого факта существования бытовой коррупции. И хотя, по мнению многих граждан, причина этого негативного социального явления заключается в отсутствии жесткой политической воли соответствующих государственных деятелей, осмелимся все же предположить, что имеющиеся в распоряжении правоохранительных органов законодательные средства неадекватны современному состоянию коррупции и, соответственно, неэффективны в борьбе с ней. Безусловно, коррупция тем и опасна, что, как правило, имеет восходящую властную структуру и поэтому возбужденные уголовные дела могут прекращаться в результате указаний вышестоящих коррупционеров. Однако именно отсутствие эффективного правового механизма оперативно-розыскного выявления и документирования фактов получения взятки чиновниками, считаем, не позволяет сформировать оперативные материалы даже для принятия процессуального решения о возбуждении такого уголовного дела.

В связи с этим считаем своевременным устранить эти необоснованные ограничения для органов, осуществляющих ОРД, и признать допустимым использование методов провокации при проведении оперативного эксперимента. Принимая во внимание, что данный тезис весьма дискуссионен и может вызвать критические замечания, постараемся прояснить и аргументировать свою позицию.

Прежде всего, следует отметить, что термин «провокация» воспринимается обществом негативно в силу исторических событий начала XX в., когда жандармский корпус и охранные отделения Департамента полиции Министерства внутренних дел Российской империи активно использовали в борьбе с революционным движением агентов-провокаторов⁶. Сущность их работы заключалась в том, что подобные агенты не только предлагали склонным к революционно-террористической деятельности гражданам принять участие в актах террора, но и предоставляли вещества, материалы и помещения для изготовления бомб (нередко приобретенные или арендованные за счет средств самих полицейских служб). А после того как в деятельность этой подпольной лаборатории вовлекалась определенная часть граждан, их эффективно задерживали и обвиняли в организованной преступной деятельности против государства. Очевидно, что подобные методы недопустимы ни с точки зрения права, ни с точки зрения морали. Отсюда и восприятие провокации, как «предательского поведения, подстрекательства когонибудь к таким действиям, которые могут повлечь тяжелые для него последствия»⁷.

В то же время слово «провокация» (от лат. *provocatio* — вызов) употребляется также в специальном, медицинском значении как «искусственное возбуждение, вызов каких-нибудь явлений болезни»⁸. Напри-

⁴ Основное правило, которое должен безукоризненно соблюдать оперативник, — не допустить со своей стороны действий, которые прямо или косвенно спровоцировали лицо к совершению преступления под контролем. В такой ситуации ему отводится роль наблюдателя (Истомин А., Лопаткин Д. Провокация или изобличение преступника? // Законность. 2005. № 3. С. 48–49).

⁵ Верховный суд: больше всего взяточников работает в здравоохранении // Сайт ежедневной деловой газеты РБК daily. URL: <http://rbcdaily.ru/society/562949985777372> (дата обращения: 20.02.2012).

⁶ Подробнее см.: Бурцев В. Л. В погоне за провокаторами. М., 1989; Ратаев Л. А. История предательства Евно Азефа // Провокатор: Воспоминания и документы о разоблачении Азефа. Л., 1929; Спиридович А. И. Записки жандарма. Харьков, 1928; и др.

⁷ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. 2-е изд., испр. и доп. М., 1995. С. 596.

⁸ Толковый словарь русского языка / под ред. проф. Д. Н. Ушакова. М., 1939. Т. 3. С. 906–907.

мер, в медицине широко применяется туберкулиновая проба (реакция Манту, проба Пирке), которая представляет собой кожную пробу, направленную на выявление наличия специфического иммунного ответа на введение туберкулина. Наличие кожной реакции свидетельствует о том, что организм активно взаимодействует с возбудителем болезни, т. е. реакция Манту — это своего рода иммунологический тест, показывающий, есть ли в организме туберкулезная инфекция.

Предложение взятки чиновнику есть не что иное, как метод обнаружения скрытых признаков «коррупционной болезни» у отдельных представителей власти. Следовательно, провокация взятки есть способ проверки того или иного должностного лица на его склонность к преступной деятельности, что по существу и является целью оперативного эксперимента.

Примечательно, что многие ученые не могут провести четкой границы между правомерными оперативно-розыскными действиями экспериментального характера и провокацией. Так, Н. Егорова полагает, что подстрекательство и оперативный эксперимент идентичны: «такого рода действия могут осуществляться только в ситуации крайней необходимости: оперативный эксперимент допустим только для проявления преступных намерений лиц, обоснованно подозреваемых в принадлежности к организованной преступной группе, преступному сообществу...»⁹. Л. М. Берекашвили считает оперативный эксперимент проявлением провокации, «стимулированием соблазна совершить преступление»¹⁰. Действительно, сложно определить, когда «создание негласно контролируемой и управляемой ситуации в целях выявления и задержания лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление» (оперативный эксперимент)¹¹ перерастает в «подстрекательство к совершению преступления другого лица путем уговора, подкупа или иным способом» (провокация)¹².

В этом сложном вопросе особый интерес представляет позиция Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), который не отрицает права полицейских органов использовать агентов под прикрытием, информаторов и тайные операции, особенно в борьбе с коррупцией и организованной преступностью¹³. Однако такое использование допустимо с учетом строгих ограничений и гарантий, при этом общественные интересы не могут служить оправданием для использования доказательств, полученных в результате провокации со стороны полиции, поскольку это создает риск нарушения с самого начала права обвиняемого на справедливое судебное раз-

бирательство¹⁴. В итоге ЕСПЧ приходит к выводу, что «провокация со стороны полиции имеет место при участии сотрудников полиции — как сотрудников правоохранительных органов, так и агентов, действующих по их указаниям, — которые не ограничивают себя расследованием преступной деятельности в пассивной форме, но применяют воздействие такого характера, которое провоцирует совершение преступления и которое в ином случае не было бы совершено, с целью установления преступления, то есть получения доказательства и возбуждения уголовного преследования»¹⁵. Кроме того, по мнению ЕСПЧ, правоохранительные органы должны иметь достаточные основания для подозрения лица, в отношении которого проводится полицейская операция¹⁶.

Необходимо подчеркнуть, что в оригинале рассматриваемого постановления ЕСПЧ, изложенном на английском языке, в п. 55 используется термин «*incitement*», который переводится как «подстрекательство»¹⁷, а не как «провокация», так как для ее определения имеется английский термин «*provocation*» (вызов). Это позволяет предположить, что ЕСПЧ не отождествляет эти понятия, а русская версия указанного постановления содержит неточности перевода. Следует отметить, что российское уголовное законодательство также разграничивает «подстрекательство» (ст. 33 УК РФ) и «провокацию» (ст. 304 УК РФ), что не позволяет в юридическом смысле толковать их как синонимы.

Примечательно, что в инструкции Генерального атторнея США, регламентирующего секретную операцию, «оперативный эксперимент» является элементом такой операции с допущением «приглашения к совершению противозаконных требований», «создания возможностей для противозаконных действий»¹⁸, а по сути провоцирования (вызова) лица, в отношении которого проводится такая операция. Возможно, именно этим обусловлены успехи правоохранительных органов США в борьбе с коррупцией в законодательных, исполнительных и судебных органах власти. «Для проведения легендированных операций для американских спецслужб нет табу в виде судов и законодательных органов. Водораздел между правомерной, активной оперативной разработкой и противозаконной провокацией (а может быть подстрекательством? — В. Г.), проходит там, где снабженный „легендой“ оперативник начинает внедрять в сознание объекта разработки преступный умысел. Если такое внедрение умысла на то, чтобы совершить преступление, места не имело, „режиссеры“ и „актеры“ от правоохранительной деятельности действуют законно...»¹⁹.

⁹ Егорова Н. Провокация взятки либо коммерческого подкупа // Рос. юстиция. 1997. № 8. С. 28.

¹⁰ Берекашвили Л. М. Обеспечение прав человека и законности в деятельности правоохранительных органов : учебное пособие. М., 2001. С. 122.

¹¹ Маркушин А. Г. Оперативно-розыскная деятельность : учебник для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2013. С. 194.

¹² Там же. С. 198.

¹³ Постановление Европейского суда по правам человека от 5 февраля 2008 г. по делу «Раманаускас против Литвы» (п. 49) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁴ Там же (п. 54).

¹⁵ Там же (п. 55).

¹⁶ Там же (пп. 56, 60).

¹⁷ Новый англо-русский словарь. М., 1997. С. 364.

¹⁸ Горяинов К. К., Кваша Ю. Ф., Сурков К. В. Федеральный закон об оперативно-розыскной деятельности : комментарий. М., 1997. С. 249.

Действительно, «внедрение в сознание преступного умысла» есть не что иное, как подстрекательство, активное подталкивание (уговоры, убеждения) человека к совершению преступления, которого бы он не совершил до того, как пообщался с подстрекателем. Однако провоцирование есть создание ситуации (обстоятельств, условий), в которых может проявиться уже имеющийся у лица умысел. Например, предложение взятки должностному лицу, на наш взгляд, не формирует у него умысла на совершение преступления (подстрекательство отсутствует), а позволяет проверить его готовность совершить преступление в благоприятно складывающихся для него условиях (имеет место допустимая провокация в рамках оперативного эксперимента). Как отмечают некоторые авторы, если предложение оперативником взятки найдет положительный отклик у проверяемого, в отношении которого имеются оперативные данные о его причастности к получению взяток, уже факт согласия, выраженного тем или иным способом, недвусмысленно и однозначно будет свидетельствовать о сформировавшемся преступном умысле данного должностного лица и его решимости на совершение преступления²⁰.

При этом, безусловно, необходимо учитывать наличие достаточных оснований для проведения такого оперативного эксперимента в отношении конкретного лица, о которых упоминает ЕСПЧ. На наш взгляд, такими основаниями являются сведения о подготавливаемых, совершенных или совершаемых этим лицом преступлениях, полученные как из гласных, так и из негласных источников информации. Кроме того, это могут быть сведения, полученные при проведении ОРМ в соответствии с чч. 2 и 3 ст. 7 ФЗ «Об ОРД» (например, о недостоверности сведений, представляемых лицами, замещающими государственные должности). В качестве оснований для проведения оперативного эксперимента по проверке должностного лица на причастность к взяточничеству, по мнению некоторых исследователей этой проблемы, могут быть признаны любые сведения, указывающие на его коррумпированность, в том числе: жизнь не по средствам (превышение расходов чиновника и членов его семьи над официальными доходами, которые им декларируются); сигналы о том, что он курирует родствен-

ный бизнес и т.п.²¹ Таким образом, можем предположить, что основанием для проведения оперативного эксперимента является достаточная совокупность сведений, прямо или косвенно указывающих на причастность должностного лица к преступной деятельности. Мы понимаем, что достаточность сведений является весьма субъективным оценочным критерием, однако и ЕСПЧ в своих постановлениях не смог дать четких ориентиров по этому вопросу. Полагаем, что в своем единстве эти сведения должны внушать оперативным сотрудникам (а в дальнейшем и суду) обоснованные сомнения в правомерном и законопослушном поведении должностного лица, в отношении которого планируется проведение оперативного эксперимента.

В заключение отметим, что в вопросе совершенствования методов борьбы с коррупцией одним из наиболее эффективных вариантов мы считаем легализацию провокации взятки в ходе оперативного эксперимента. На современном этапе развития нашего общества альтернативы этому, на наш взгляд, не существует. Трудно не согласиться с доводами правоприменителей: «Человек, который берет взятку, поддавшись на уговоры — преступник, вне зависимости от того, сколько его на это уговаривали. Должный образ действий должностного лица, к которому поступило предложение получить вознаграждение за совершение каких-либо действий таков: сообщить о коррупционно опасной ситуации непосредственному руководителю и в правоохранительные органы для того, чтобы привлечь к ответственности взяткодателя. Если он этого не делает, его поведение противоречит духу законности и смыслу государственной службы»²².

При этом основной целью обнаружения взяткополучателя является не обязательная расправа над ним путем его изоляции от общества, а очищение государственной структуры в целом (например, посредством увольнения и запрета занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью). Полагаем, что применение видов наказания, не связанных с лишением свободы, для осужденного коррумпированного чиновника помимо материальных убытков повлечет негативные последствия общественного порицания и диффамации в средствах массовой информации.

¹⁹ *Василихин В.* Операция «Грейлорд». Судебные спектакли в борьбе с судебной коррупцией // Чистые руки. 2002. № 5. С. 63.

²⁰ *Александрова И. А., Шевелев А. В.* К вопросу о пересмотре границы между провокацией взятки и оперативным экспериментом // Вестник МВД России. 2001. № 1. С. 48.

²¹ *Александрова И. А., Шевелев А. В.* Указ. соч. С. 50.

²² *Кожевников В. В.* Актуальные проблемы разграничения провокации взятки и проведения оперативно-розыскного мероприятия — «оперативный эксперимент» в процессе выявления и раскрытия преступлений коррупционной направленности // Информационный бюллетень Главного управления собственной безопасности МВД России. М., 2012. № 3(13). С. 80–81.