

УДК 343.01

DOI 10.24411/2078-5356-2018-10423

**Дмитренко Андрей Петрович**  
**Andrey P. Dmitrenko**

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права  
Московский университет МВД России имени В.Я. Кикотя (117437, Москва, ул. Академика Волгина, 12)

doctor of sciences (law), professor, professor of department of criminal law  
Moscow university of Ministry of internal affairs of Russia of V.Ya. Kicot' (12 Akademika Volgina st., Moscow, Russian Federation, 117437)

E-mail: stvkup@yandex.ru

**Кадников Николай Григорьевич**  
**Nikolay G. Kadnikov**

доктор юридических наук, профессор, заслуженный работник высшей школы, профессор  
кафедры уголовного права  
Московский университет МВД России имени В.Я. Кикотя (117437, Москва, ул. Академика Волгина, 12)

doctor of sciences (law), professor, honored worker of the higher school, professor of department of  
criminal law  
Moscow university of Ministry of internal affairs of Russia of V.Ya. Kicot' (12 Akademika Volgina st., Moscow, Russian Federation, 117437)

E-mail: krim-pravo@yandex.ru

## Правовая позиция Европейского суда по правам человека о провокации преступления

### Legal position of the European court of human rights about crime provocation

В статье рассматривается правовая позиция Европейского суда по правам человека о понятии и содержании провокации преступления.

In article is considered the legal position of the European Court of Human Rights about a concept and content of provocation of crime.

**Ключевые слова:** Европейский суд по правам человека, провокация преступления, оперативно-разыскное мероприятие, полицейская провокация, подстрекательство к преступлению.

**Keywords:** The European Court of human rights, crime provocation, an operational search action, police provocation, instigation to crime.

В теории уголовного права длительное время обсуждается вопрос о сущности, содержании и значении провокации преступления. Начиная с дореволюционного периода, на доктринальном уровне сформировался подход, согласно которому провокатором признавалось лицо,

возбуждающее кого-либо к совершению преступления, преследующее цель предать в будущем совершителя правосудию и подвергнуть его ответственности [см., напр.: 1, с. 215; 2, с. 389; 3, с. 769]. В эпоху советского уголовного права отдельные виды провокационной деятельности

© Дмитренко А.П., Кадников Н.Г., 2018

признавались самостоятельными преступлениями. В частности, в статье 115 УК РСФСР 1922 года устанавливалась ответственность за провокацию взятки, то есть заведомое создание должностным лицом обстановки и условий, вызывающих предложение взятки, в целях последующего изобличения дающего взятку. В статье 119 УК РСФСР 1926 года ответственность за провокацию взятки не только сохранилась, но и была расширена за счет наказуемости провокации получения взятки наряду с ее дачей.

В Особенной части УК РСФСР 1960 года отсутствовали нормы, устанавливающие ответственность за специальные виды провокации, однако правоприменительная практика шла по пути признания провокаторов преступления подстрекателями или организаторами. В частности, А.А. Пионтковский отмечал: «несмотря на то, что провокатор хоть и изобличает преступника, с точки зрения советского уголовного права он должен рассматриваться как подстрекатель к совершению преступления, даже в тех случаях, когда он изобличил преступника до окончания преступления» [4, с. 574]. Показательным является пример из практики высшей судебной инстанции СССР. Г., являясь колхозным сторожем и преследуя цель положить конец хищениям корнеплодов с колхозного поля, предложил нескольким колхозникам совершить их хищение. После того как подстрекаемые им лица совершили хищение, сторож организовал их задержание. Верховный Суд СССР признал Г. подстрекателем к преступлению [5, с. 89].

В судебной практике эта позиция продолжала существовать и в постсоветский период. Однако поводом к изменению сложившейся практики послужило постановление Европейского суда от 9 июня 1998 года по делу «Тейшейра де Кастро против Португалии» (Teixeira de Castro v. Portugal), Reports 1998-IV, в котором суд признал провокационную деятельность сотрудников полиции обстоятельством, исключающим уголовную ответственность спровоцированного лица. Согласно позиции Европейского суда «полицейские спровоцировали совершение преступления, которое в противном случае не имело бы место. Такая ситуация незамедлительно отразилась на справедливости судебного процесса». Также было отмечено, что «сотрудники полиции не расследовали преступную деятельность г-на Франсишку Тейшейра де Кастро, а оказывали на него такое влияние, чтобы он совершил преступление».

В настоящее время не вызывает сомнения обязанность российских судов использовать в

качестве юридической основы своих решений содержащиеся в постановлениях Европейского суда по правам человека правовые позиции, принятые как по жалобам в отношении России, так и в отношении других стран. Следует согласиться с К.В. Ображиевым, отметившим, что «игнорирование последних способно дезориентировать национального правоприменителя относительно содержания Конвенции о защите прав человека и основных свобод и привести к нарушениям ее положений» [6, с. 154].

Эта обязанность обусловлена ратификацией Конвенции о защите прав человека и основных свобод, когда Российская Федерация в соответствии со статьей 46 Конвенции признала *ipso facto* и без специального соглашения юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации [7]. Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 27 июня 2013 года № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней» [8] также разъяснил, что с целью эффективной защиты прав и свобод человека судами учитываются правовые позиции Европейского суда, изложенные в ставших окончательными постановлениях, которые приняты в отношении других государств – участников Конвенции. При этом правовая позиция учитывается судом, если обстоятельство рассматриваемого им дела является аналогичным обстоятельству, ставшим предметом анализа и выводов Европейского суда.

Вместе с тем, несмотря на указанные нормативные положения, как отметила исследовавшая эту проблему О.С. Капинус, сотрудники правоохранительных органов России долгое время игнорировали правовые позиции Европейского суда, касающиеся незаконности провокации преступления, активно используя провокационные методы при проведении оперативно-разыскных мероприятий [9, с. 62].

Российская судебная практика и оперативно-разыскное законодательство начали претерпевать существенные изменения только после вынесения Европейским судом 15 декабря 2005 года постановления по делу «Ваньян (Vanyan) против Российской Федерации», жало-

ба № 53203/99. В частности, в 2007 году статья 5 «Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности» Федерального закона от 12 августа 1995 года № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» была дополнена нормой, запрещающей органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, провокацию – подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий [10]. Такое же толкование провокации преступления, осуществляемой сотрудниками правоохранительных органов или лицами, привлекаемыми ими для проведения оперативно-розыскных мероприятий, было дано и в Обзоре Верховного Суда РФ, утвержденном Президиумом 27 июня 2012 года, применительно к сбыту наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ.

Анализ понятия провокации, закрепленного в оперативно-розыском законодательстве, а также в названных постановлениях Европейского суда и Обзоре Верховного Суда, показывает, что деяния, ее образующие, в целом соответствуют подстрекательству к совершению преступления, предусмотренному частью 4 статьи 33 УК РФ. Однако в последующих решениях Европейского суда и актах Верховного Суда РФ (от 24 июня 2008 года по делу «Миляниене против Литвы» (Miliniene v. Lithuania), жалоба № 74355/01; от 26 октября 2006 года по делу «Худобин (Khudobin) против Российской Федерации», жалоба № 59696/00; от 4 ноября 2010 года по делу «Банникова (Bannikova) против Российской Федерации», жалоба № 18757/06; от 2 октября 2012 года по делу «Веселов и другие (Veselov and others) против Российской Федерации», жалобы № 23200/10, 24009/07 и 556/10) понятие, по крайней мере такой разновидности провокации, как «полицейская», получило более широкое толкование (в решениях Европейского суда провокационная деятельность признается полицейской при ее совершении сотрудниками правоохранительного органа и лицами, действующими по их поручению).

Обобщение постановлений Европейского суда по правам человека позволило выделить критерии, позволяющие отграничивать полицейскую провокационную деятельность от оперативно-розыскных мероприятий [напр.: 9; 11]. Условно эти критерии можно разделить на две группы. Первую будут образовывать те, при наличии хотя бы одного из которых совершенное

деяние будет являться провокацией преступления, а вторую – только подтверждающие факт наличия провокационной деятельности в совокупности с иными критериями.

Так, деятельность сотрудников правоохранительных органов или лиц, действующих по их поручению, является провокационной при наличии следующих критериев: 1) отсутствии объективных подозрений; 2) вынуждения лица к совершению преступления; 3) проведения повторных проверочных закупок, не соответствующих условиям правомерности. Анализ позиций Европейского суда по правам человека, изложенных в его решениях, свидетельствует о том, что наличие хотя бы одного из названных критериев является достаточным для признания деяния не оперативно-розыскным мероприятием, а провокацией преступления.

Критериями, подтверждающими наличие провокационной деятельности, являются следующие: 1) временной критерий (этап преступной деятельности); 2) роль сотрудников оперативных подразделений (активная или пассивная); 3) осуществление надлежащего надзора за производством оперативно-розыскных мероприятий; 4) источник получения информации о преступном поведении. Наличие этих критериев не может однозначно указывать на то, что совершаемые действия являлись провокационными. Они могут выступать лишь обстоятельствами, подтверждающими тот факт, что проведенное оперативно-розыскное мероприятие может быть признано провокацией преступления.

Критерий объективных подозрений имеет место при отсутствии проверяемых данных о том, что лицо задействовано в преступной деятельности или предрасположено к совершению преступления. В данном аспекте Европейский суд по правам человека фактически устанавливает презумпцию, согласно которой отсутствие указанных данных свидетельствует о том, что были созданы условия для совершения преступления при прямом или косвенном его инициировании. В частности, Европейский суд по правам человека в § 90 постановления «Веселов и другие против Российской Федерации» указал, что «в делах, в которых основное доказательство получено за счет негласной операции, такой как проверочная закупка наркотиков, власти должны доказать, что они имели достаточные основания для организации негласного мероприятия. В частности, они должны располагать конкретными и объективными доказательствами, свидетельствующими о том, что имеют ме-

сто приготовления для совершения действий, составляющих преступление, за которое заявитель в дальнейшем преследуется».

Критерий вынуждения лица к совершению преступления имеет определенное сходство с подстрекательской деятельностью, однако в решениях Европейского суда он получил более широкое понимание, прежде всего, за счет того, что вынуждением, наряду со склонением другого лица к совершению преступления, признаются деяния, направленные на ускорение его совершения. Иными словами, Европейский суд допускает возможность существования критерия вынуждения как в отношении лиц, у которых отсутствует умысел на совершение преступления, так и лиц, которые уже начали совершать приготовление к преступлению или покушение на него. Так, в § 67 постановления Европейского суда по правам человека по делу «Раманаускас против Литвы» критерий вынуждения был установлен в действиях лица, сотрудничающего с полицией, выразившихся в проявлении инициативы по организации встреч с заявителем и оказании давления на него «с целью очевидного ускорения совершения преступлений». Также наличие данного критерия констатировалось при совершении сотрудниками правоохранительных органов или лицами, действующими по их поручению, неоднократного повторения своего предложения, несмотря на первоначальный отказ заявителя, настойчивом поторапливании его, выразившемся в поднятии цены за наркотики выше средней («Милиниене против Литвы»); апеллировании лица, участвовавшего в проверочной закупке наркотиков, к состраданию заявителя, у которого, по его словам, начиналась «ломка» («Ваньян (Vanujan) против Российской Федерации»).

Согласно правовой позиции, сформулированной в решениях Европейского суда по правам человека, провокационной деятельностью является проведение повторных проверочных закупок, не соответствующих условиям правомерности. Проведение повторных проверочных закупок у одного и того же лица может осуществляться только при условии их обоснованности и мотивированности, что предполагает наличие новых оснований и целей их проведения, а также вынесения нового, мотивированного постановления.

В пункте 7.1 Обзора судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ от 27 июня 2012 года [12], разъяс-

няется, что целями повторного оперативно-разыскного мероприятия, а также и проверочной закупки могут быть пресечение и раскрытие организованной преступной деятельности и установление всех ее соучастников, выявление преступных связей участников незаконного оборота наркотических средств, установление каналов поступления наркотиков, выявление производства при наличии оперативно значимой информации по этим фактам. Кроме того, это могут быть случаи, когда в результате проведенного оперативно-разыскного мероприятия не были достигнуты цели мероприятия (например, сбытчик наркотического средства догадался о проводимом мероприятии). Соответственно, проведение повторных проверочных закупок у одного и того же лица при отсутствии данных оснований является провокационной деятельностью. Подтверждением этому является следующее надзорное определение Верховного Суда РФ от 28 мая 2009 года № 69-Д09-4, где указано, что вопреки задачам оперативно-разыскной деятельности после того, как 5 мая 2006 года сотрудники милиции уже выявили факт передачи Б. героина, они не пресекли его действия, не предприняли мер по выявлению сбытчика наркотического средства, а вновь посредством действий привлеченного лица под псевдонимом И. спровоцировали Б. на очередные факты приобретения и передачи наркотического средства 10 и 11 мая 2006 года.

Из требований справедливого суда по статье 6 Европейской конвенции «О защите прав человека и основных свобод» вытекает, что общественные интересы в борьбе против наркоторговли не могут оправдать использование доказательств, полученных в результате провокации правоохранительных органов.

Согласно статье 75 УПК РФ доказательства, полученные с нарушением требований указанного Кодекса, являются недопустимыми. Недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, перечисленных в статье 73 УПК РФ (в частности, событие преступления).

С учетом этого предъявленное обвинение и выводы судов о виновности Б. в сбыте наркотического средства 10 и 11 мая 2006 года и осуждении его по части 3 статьи 30, пункту «б» части 2 статьи 228.1, части 3 статьи 30, части 1 статьи 228.1 УК РФ основаны на недопустимых доказательствах, полученных в результате провокационных действий сотрудников милиции.

В связи с этим судебные решения в этой части подлежат отмене, а уголовное дело – прекращению за отсутствием в действиях Б. составов преступлений [13].

Таким образом, в решениях Европейского суда по правам человека сформулирована правовая позиция, признающая провокацией преступлений существенно более широкий круг деяний сотрудников правоохранительных органов и лиц, действующих по их поручению, в сравнении с деяниями, признаваемыми провокацией преступления в статье 5 Федерального Закона «Об оперативно-розыскной деятельности». В данном законе провокацией преступления фактически признаются только действия, являющиеся подстрекательством к преступлению, предусмотренные частью 4 статьи 33 УК РФ. Европейский суд к провокационной деятельности, наряду с подстрекательской, относит: 1) проведение оперативно-розыскных мероприятий при отсутствии проверяемых данных о том, что лицо задействовано в преступной деятельности или предрасположено к совершению преступления; 2) совершение действий, направленных на ускорение совершения преступления провоцируемым лицом; 3) проведение повторных проверочных закупок у одного и того же лица, не соответствующих условиям правомерности.

### Примечания

1. Белогриц-Котляревский Л.С. Учебник русского уголовного права. Киев, 1904.
2. Познышев С.В. Основные начала науки уголовного права. М., 1912.
3. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. СПб., 1902.
4. Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961.
5. Ковалев М.И. Соучастие в преступлении. Екатеринбург, 1999.
6. Ображиев К.В. Формальные (юридические) источники российского уголовного права: монография. М., 2010.
7. О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней: федеральный закон № 54-ФЗ от 30 марта 1998 года // Собрание законодательства РФ. 1998. № 14, ст. 1514.
8. Российская газета. 2013. 5 июля.

9. Капинус О.С. Практика Европейского суда по правам человека по вопросу провокации преступления и ее уголовно-правовое значение // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 12.

10. Российская газета. 1995. 18 августа.

11. Трубникова Т.В. Отграничение провокации от правомерного оперативно-розыскного мероприятия в практике ЕСПЧ и судов РФ // Уголовный процесс. 2012. № 12 (96). С. 44–52.

12. Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 10.

13. Надзорное определение Верховного Суда РФ от 28 мая 2009 года № 69-Д09-4. URL: [http://sudbiblioteka.ru/vs/text\\_big3/verhsud\\_big\\_42452.htm](http://sudbiblioteka.ru/vs/text_big3/verhsud_big_42452.htm) (дата обращения: 25.05.2018).

### Notes

1. Belogrits-Kotlyarevskiy L.S. Textbook of Russian criminal law. Kiev, 1904. (In Russ.)
2. Poznyshv S.V. Basic principles of the science of criminal law. Moscow, 1912. (In Russ.)
3. Tagantsev N.S. Russian criminal law. Vol. 1. St. Petersburg, 1902. P. 769. (In Russ.)
4. Piontkovskiy A.A. The doctrine of the crime of Soviet criminal law. Moscow, 1961. (In Russ.)
5. Kovalev M.I. Complicity in the crime. Ekaterinburg, 1999. (In Russ.)
6. Obrazhiyev K.V. Formal (legal) sources of Russian criminal law: monograph. Moscow, 2010. (In Russ.)
7. Ratification of the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms and its protocols: federal law no. 54-FZ of 30 March 1998. *Collection of legislative acts of the RF*, 1998, no. 14, art. 1514. (In Russ.)
8. Rossiyskaya gazeta, 2013, July 5. (In Russ.)
9. Kapinus O.S. Practice of the European court of human rights on provocation of a crime and its criminal-legal significance. *Russian laws: experience, analysis, practice*, 2014, no. 12. (In Russ.)
10. Rossiyskaya gazeta, 1995, August 18. (In Russ.)
11. Trubnikova T.V. Delineation of provocation from lawful operational search activity in the practice of the ECHR and the courts of the Russian Federation. *Criminal proceeding*, 2012, no. 12 (96), pp. 44–52. (In Russ.)
12. *The Bulletin of the Supreme Court*, 2012, no. 10. (In Russ.)
13. Oversight of the Supreme Court of the Russian Federation of May 28, 2009. no. 69-D09-4. URL: [http://sudbiblioteka.ru/vs/text\\_big3/verhsud\\_big\\_42452.htm](http://sudbiblioteka.ru/vs/text_big3/verhsud_big_42452.htm) (accessed 25.05.2018). (In Russ.)