



ПРЕКОП-РФ
Совместный проект Европейского Союза и Совета Европы
«Защита прав предпринимателей в Российской Федерации от коррупционных практик»

Технический документ:

**Анализ международной практики
криминализации/декриминализации провокации взятки как части
следственного процесса.**
**Конфликт интересов и использование служебных полномочий в
личных целях**

Подготовлен:

Ив Муани
эксперт Совета Европы

ПРЕКОП РФ финансируется в рамках Партнерства для модернизации, совместной инициативы, осуществляемой ЕС и российскими властями. Одним из приоритетных направлений данной инициативы является эффективное функционирование судебных органов и усиление борьбы с коррупцией.

Контактные данные для обращения за дополнительной информацией:

Отдел по вопросам сотрудничества в сфере борьбы с экономическими преступлениями (ECCU)
Департамент по борьбе с преступностью
Генеральный директорат по правам человека и верховенству права — ГД I, Совет Европы

Тел.: +33-3-9021-4550
Факс: +33-3-9021-5650
Эл. почта: mustafa.ferati@coe.int
www.coe.int/corruption
www.coe.int/precop

Заявление об отказе от ответственности:

Настоящий технический отчет был подготовлен экспертом по поручению группы проекта ПРЕКОП РФ. Мнения, выраженные в настоящем отчете, являются мнениями эксперта и ни в коем случае не могут считаться отражающими официальную позицию Европейского союза и/или Совета Европы.

Сокращения

БЕПС	Бюро европейских политических советников Еврокомиссии
ЗИАР	Засекреченный источник агентурных разведанных
СЕ	Совет Европы
ЕКПЧ	Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод
ЕСПЧ	Европейский суд по правам человека
ЕП	Европарламент
ЕС	Евросоюз
ЧП	Член парламента
ЧЕП	Член Европарламента
НПО	Неправительственная организация
ОЭСР	Организация экономического сотрудничества и развития
ЕББМ	Европейское бюро по борьбе с мошенничеством
ППК	Проект правительственного контроля
ЗРСП	Закон о регулировании следственных полномочий
ООН	Организация Объединенных Наций
КПК ООН	Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции

СОДЕРЖАНИЕ

1	Краткий обзор.....	5
2	Введение.....	6
3	Криминализация/декриминализация провокации взятки как часть следственного процесса	7
3.1	На уровне инкриминирования	8
3.2	На процессуальном уровне	9
4	Привлечение к уголовной ответственности за использование служебных полномочий в личных целях в ситуациях неразрешенного конфликта интересов	15
4.1	Определения	15
4.2	Примеры злоупотребления полномочиями и/или конфликта интересов из сообщений СМИ и судебной практики.....	17
4.3	Нормативно-правовое регулирование конфликта интересов	19
4.4	Практика Европейского суда по правам человека.....	20
5	Заключение	21

1 КРАТКИЙ ОБЗОР

Настоящий технический документ разработан в рамках Совместного проекта ЕС и Совета Европы по защите прав предпринимателей в Российской Федерации от коррупционных практик (ПРЕКОП-РФ). Документ состоит из двух частей: в **первой** приводится анализ международных стандартов и практики криминализации/декриминализации провокации взятки как части следственного процесса.

Помимо криминализации коррупционных и прочих правонарушений Конвенцией Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию установлено обязательство сторон принять законодательные и иные меры, в том числе **предполагающие применение специальных методов расследования** целях содействия сбору доказательств, имеющих отношение к уголовным правонарушениям, предусмотренным конвенцией.

В этой связи на общеевропейском уровне ЕСПЧ определяет **провокацию, в отличие от правомерных следственных действий под прикрытием**, как ситуацию, «[...] когда участвующие в нем сотрудники — будь то сотрудники спецслужб или лица, действующие по их указанию, — не ограничиваются по сути пассивным расследованием преступной деятельности, а оказывают такое влияние на объект расследования, чтобы подстрекать его к совершению преступления — которое иначе не было бы совершено — с тем, чтобы можно было бы установить факт преступления, то есть получить доказательства и возбудить уголовное преследование [...]».

В данной связи ЕСПЧ установил обязательные строгие ограничения на применение специальных методов расследования, в частности операций под прикрытием. В данной сфере ЕСПЧ проводит трехэтапную проверку:

- **на стадии получения разрешения:** располагают ли органы власти «конкретными и объективными доказательствами, свидетельствующими о том, что имеют место приготовления для совершения действий, составляющих преступление, за которое заявитель в дальнейшем преследуется»;
- **на стадии выполнения:** установлено ли органами власти, что «преступные действия в момент начала сотрудничества источника с полицией» уже осуществлялись; иными словами, какова степень влияния работающих под прикрытием агентов и в какой степени они подстрекали лицо к совершению правонарушения, которое не было бы совершено без их вмешательства. В этой связи ЕСПЧ проводит так называемую проверку на существенность подстрекательства;
- органам власти также необходимо продемонстрировать, что «любой доказуемый довод о подстрекательстве создает для суда обязанность рассмотреть его способом, совместимым с правом на справедливое судебное разбирательство»; поэтому **на данной стадии контроля** ЕСПЧ проверяет, была ли применяемая процедура «состязательной, тщательной, всесторонней и убедительной в вопросе о провокации, причем на сторону обвинения возлагается бремя доказывания отсутствия подстрекательства».

Вторая часть настоящего документа посвящена **вопросу использования служебных полномочий в личных целях в ситуациях неразрешенного конфликта интересов.**

В научной литературе подчеркивается особая сложность регулирования конфликтов интересов и их разрешения в силу большого числа потенциальных конфликтов. Часто говорится о том, что конфликты интересов могут возникать в любой момент и мотивы их варьируются от избегания личных неприятностей до личной выгоды. Причины их могут быть финансовыми и

нефинансовыми; они могут затрагивать многие общественные и профессиональные виды деятельности и интересы. Современные системы урегулирования конфликта интересов основаны уже не только на нормативной-правовых требования, их выполнении и наказании за неправомерные действия. Они направлены на предотвращение конфликта интересов и поощрение надлежащего поведения путем направления и инструктирования субъектов, в частности путем проведения курсов обучения и принятия этических кодексов. Соответственно, все страны — хотя и в разной степени — располагают широким инструментарием для борьбы с неэтичным поведением и возникновением конфликта интересов.

2 ВВЕДЕНИЕ

В своем труде «Размышления о причинах величия и падения римлян» (1734)¹ Монтескье объяснил, как в основе падения Рима лежала утрата добродетелей, присущих гражданину, и разрушение конституционного строя². Коррупция существовала на всех этапах истории человечества, но лишь в начале 1990-х годов наблюдается существенная активизация антикоррупционных регулятивных мер на национальном уровне, а также на уровне ЕС и в мире. Ведущая роль в этом процессе принадлежит ОЭСР, Совету Европы и Европейскому союзу.

В частности, на уровне Совета Европы в октябре 1997 года, на второй Встрече глав государств и правительств стран Совета Европы государства — члены Совета Европы приняли решение об утверждении общих принципов предотвращения коррупции и организованной преступности и борьбы с ними. Таким образом, коррупция, считающаяся угрозой демократическим ценностям, верховенству права, правам человека, а также социальному и экономическому развитию, была криминализована гораздо позднее эпохи Монтескье.

В рамках действий по реализации решений, принятых на Встрече глав государств и правительств, в январе 1999 года Советом Европы была принята Конвенция Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию — международно-правовой документ, заложивший основы общей политики применения уголовной ответственности, позволившей государствам активизировать международное сотрудничество в уголовно-правовой сфере.

Данной Конвенцией установлено обязательство стран Совета Европы на основе совокупности общих элементов криминализировать широкий спектр коррупционных правонарушений, в том числе: активный и пассивный подкуп национальных публичных должностных лиц, должностных лиц зарубежных стран или международных организаций; членов национальных, международных и наднациональных парламентов или ассамблей; судей или сотрудников национальных, международных или наднациональных судебных органов; коррупцию в частном секторе; злоупотребление влиянием в коррупционных целях со стороны национальных и зарубежных публичных должностных лиц; легализацию доходов от коррупционной деятельности, а также коррупционную деятельность в сфере аудита. Криминализация многих коррупционных практик и регулирование новых видов правонарушений, в частности активного и пассивного подкупа в частном секторе и злоупотребления влиянием в коррупционных целях, придают данной Конвенции смелый и инновационный характер.

Помимо криминализации указанных правонарушений Конвенцией установлено обязательство

¹ «Размышления о причинах величия и падения римлян» [*Considérations sur les causes de la Grandeur des Romains et de leur décadence*].

² Марко Арноне, Леонардо С. Борлини (2014), Коррупция — экономический анализ и международное право, США, издательство «Эдвард Элгар Паблишинг Лимитед» [*Marco Arnone, Leonardo S. Borlini (2014), Corruption — Economic Analysis and International Law, USA, Edward Elgar Publishing Limited*], стр. 314.

сторон принять законодательные и прочие меры, в том числе допускающие использование специальных методов расследования, в целях содействия сбору доказательств, имеющих отношение к уголовным правонарушениям, установленным Конвенцией³. В данной связи в первой части настоящего документа приводится анализ международной практики провокации взятки как части следственного процесса, в том числе со ссылкой на судебную практику ЕСПЧ в данной сфере.

Вторая часть документа посвящена проблеме использования служебных полномочий в личных целях в ситуациях неразрешенного конфликта интересов. В данной связи в Техническом документе приводятся ссылки на Рекомендацию Комитета министров Совета Европы «О кодексах поведения для публичных должностных лиц» (Rec(2000)10E)⁴ и на Руководство ОЭСР 2003 года по разрешению конфликтов интересов на государственной службе⁵, в котором отражены передовые практики в данной сфере, согласованные членами ОЭСР. В этой части так же приводятся практики ЕСПЧ в соответствующей сфере.

3 КРИМИНАЛИЗАЦИЯ/ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИЯ ПРОВОКАЦИИ ВЗЯТКИ КАК ЧАСТИ СЛЕДСТВЕННОГО ПРОЦЕССА

Ссылка на провокацию является одним из древнейших оправдательных аргументов, зафиксированных в истории человечества. В Библии говорится, что Ева в ответ на обвинение во вкушении запретного плода возразила: «Змей обольстил меня, и я ела»⁶. В США до 1870 года провокация не признавалась в качестве состоятельного аргумента защиты ни судами штатов, ни федеральными судами⁷. Современная же доктрина провокации, делающая упор на ограниченное понятие «происхождения умысла»⁸, несомненно, ведет свой отсчет с дела «Ву Вай против США» 1915 года.

³ «Статья 23: Меры по содействию сбору доказательств и конфискации доходов.

1. Каждая Сторона принимает такие законодательные и иные меры, которые могут оказаться необходимыми, включая меры, допускающие использование специальных методов расследования в соответствии с внутренним законодательством, в целях содействия сбору доказательств, имеющих отношение к уголовным правонарушениям, признанным в качестве таковых в соответствии со статьями 2—14 настоящей Конвенции, а также для выявления, розыска, наложения ареста и изъятия орудий преступлений и доходов от коррупции, либо имущества, стоимость которого эквивалентна таким доходам, в отношении которых могут быть применены меры, установленные в соответствии с пунктом 3 статьи 19 настоящей Конвенции.
2. Каждая Сторона принимает такие законодательные и иные меры, которые могут потребоваться в целях надления ее судов или других компетентных органов полномочиями отдавать распоряжения о предоставлении или аресте банковской, финансовой или коммерческой документации в целях осуществления действий, предусмотренных пунктом 1 настоящей статьи.
3. Банковская тайна не является препятствием для осуществления мер, предусмотренных пунктами 1 и 2 настоящей статьи».

⁴ Рекомендация Комитета министров Совета Европы «О кодексах поведения для публичных должностных лиц» [Rec(2000)10E 11 May 2000 on Codes of Conduct for Public Officials] (2000), доступно на www.coe.int

⁵ ОЭСР, Урегулирование конфликтов интересов в публичном секторе: инструментарий [Managing Conflict of Interest in the Public Sector — A toolkit, OECD] (2005).

⁶ Пол У. Уильямс (1959), Аргумент провокации в судебной защите и связанные с ним проблемы, США, Фордхэм Ло Ривью [Paul W. WILLIAMS (1959), *The defense of entrapment and related problems in criminal prosecution, USA, Fordham Law Review*], том 28, изд. 3, стр. 399, доступно на <http://ir.lawnet.fordham.edu/> (по состоянию на июль 2015 года).

⁷ Ребекка Ройф (2003), Змей обольстил меня: история аргумента провокации в судебной защите, США, Сетон Холл Ло Ривью [Rebecca ROIPHE (2003), *The serpent beguiled me: a history of the entrapment defence, USA, Seton Hall Law Review*], том 33.257, стр. 271, доступно на <http://scholarship.shu.edu/> (по состоянию на июль 2015 года).

⁸ Пол Маркус (1986), Развитие правового регулирования провокации, США, Юридическая школа Колледжа Уильяма и Мэри, Уэйн Ло Ривью [Paul Marcus (1986), *The development of Entrapment Law, USA, College of William &*

За исключением США, аргумент провокации в защите исторически представляется довольно необычным; европейским судам он в основном неизвестен. К примеру, в Соединенном Королевстве Королевская комиссия по вопросам полномочий полиции в 1928 году определяла «агента-provokatora» как «лицо, подстрекающее другое лицо к совершению явного нарушения закона, которое в противном случае не было бы совершено, а затем докладывает о совершении таким лицом соответствующего правонарушения». Помимо этого положения в английском праве нет четкого определения провокации; представляется, однако, что основными элементами здесь являются действия или слова, составляющие акт подстрекательства к совершению правонарушения, с последующим сообщением соответствующей информации полиции. В частности, сам факт того, что подзащитный не совершил бы правонарушения, если бы не деятельность сотрудника полиции, действующего под прикрытием, или информатора, действующего по указаниям полиции, по английскому праву не представляет оснований для освобождения от уголовной ответственности⁹.

На общеевропейском уровне ЕСПЧ дал определение **провокации**¹⁰, в отличие от правомерных следственных действий под прикрытием, как ситуацию, «[...]«[...] когда участвующие в нем сотрудники — будь то сотрудники спецслужб или лица, действующие по их указанию, — не ограничиваются по сути пассивным расследованием преступной деятельности, а оказывают такое влияние на объект расследования, чтобы подстрекать его к совершению преступления — которое иначе не было бы совершено — с тем, чтобы можно было бы установить факт преступления, то есть получить доказательства и возбудить уголовное преследование [...]».¹¹

Провокация взятки как часть следственного процесса может создавать последствия на двух разных уровнях:

1. **На уровне инкриминирования:** анализируется, необходимо ли в каждом случае устанавливать факт предыдущей договоренности между сторонами коррупционного отношения;
2. **На процессуальном уровне:** оценивается степень, в которой провокация взятки делает недопустимыми результаты следственных действий.

3.1 На уровне инкриминирования

Согласно § 36 Пояснительного доклада по Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию, существенными элементами состава активного подкупа являются **обещание, предложение или предоставление** неправомерного преимущества, в прямой или косвенной форме, самому должностному лицу или третьему лицу. Эти три действия взяткодателя немного разнятся между собой. «**Обещание**», к примеру, относится к ситуациям, когда взяткодатель обязуется предоставить неправомерное преимущество впоследствии (в большинстве случаев — когда публичное должностное лицо совершит действие, запрашиваемое взяткодателем), либо к ситуациям, когда между взяткодателем и взяткополучателем достигнуто соглашение о том, что взяткодатель предоставит неправомерное преимущество позднее. «**Предложение**» может относиться к ситуациям, когда взяткодатель демонстрирует готовность предоставить неправомерное преимущество в любой момент. И наконец, «**предоставление**» может относиться к ситуациям, когда взяткодатель передает неправомерное преимущество. При этом неправомерное преимущество не

Mary Law School, The Wayne Law Review], стр. 13, доступно на <http://scholarship.law.wm.edu/> (по состоянию на июль 2015 года);

⁹ См. ЕСПЧ, дело «Шеннон против Соединенного Королевства» [*Shannon vs. United Kingdom* (№ 67537/01)], постановление от 6 апреля 2004 года.

¹⁰ В судебной практике ЕСПЧ взаимозаменяемо используются термины «entrapment» («провокация»), «police incitement» («провокация со стороны полиции») и «agents provocateurs» («деятельность агентов-provokatorov»).

¹¹ См. ЕСПЧ, дело «Раманаускас против Литвы» [*Ramanauskas vs. Lithuania* (№ 74420/01)], постановление от 05.02.2008, п. 55.

обязательно должно быть предоставлено самому публичному должностному лицу — оно может быть предоставлено и третьим лицам: родственникам, организации, в которой состоит должностное лицо, или политической партии, членом которой оно является. Когда предложение, обещание или дар адресованы третьему лицу, публичное должностное лицо должно, по меньшей мере, в какой-то момент знать об этом. Вне зависимости от того, предоставляется неправомерное преимущество самому публичному должностному лицу или третьему лицу, сделка может проводиться через посредников.

В дополнение к этому в отношении пассивного подкупа в §§ 41—42 того же Пояснительного доклада подчеркивается, что «**вымогательством**» может, к примеру, считаться односторонний акт, в ходе которого публичное должностное лицо дает другому лицу понять, прямо или косвенно, что за выполнение или невыполнение какого-либо должностного действия этому лицу придется «заплатить». Была ли просьба удовлетворена, существенным не является — она сама является основой состава правонарушения. Неважно также, просило ли публичное должностное лицо неправомерного преимущества для себя или для кого-то другого. «**Получение**» же может, к примеру, означать фактическое получение выгоды, будь то самим публичным должностным лицом или кем-то другим (супругом, коллегой, организацией, политической партией и т. д.). В последнем случае публичное должностное лицо должно, по крайней мере, каким-то образом принять эту выгоду. Как уже сказано, в процессе могут участвовать посредники; факт их участия, расширяющий состав элементов пассивного подкупа до косвенных действий должностного лица, предполагает обязательность установления преступной природы поведения должностного лица, вне зависимости от добросовестности или недобросовестности поведения посредника.

На данном этапе крайне важно подчеркнуть, что **предложение и предоставление** взятки не требуют наличия *договоренности* между взяткодателем и должностным лицом. В Глоссарии международных стандартов в области уголовного права ОЭСР¹² подчеркивается, что **предложение и предоставление** не требуют принятия публичным должностным лицом предложения или дара и даже его знания о них или фактического получения (например, предлагаемое или даримое может быть перехвачено правоохранительными органами до его доставки публичному должностному лицу). Подобным же образом **вымогательство и принятие** не требуют соглашения между сторонами коррупционного отношения. Более того, не обязательно, чтобы лицо, которое вторая сторона пытается вовлечь в коррупционную связь, знало о попытке или получила соответствующую коммуникацию (она может быть, к примеру, перехвачена правоохранительными органами до доставки)¹³. Все страны, принимающие участие в Стамбульском плане действий по борьбе с коррупцией¹⁴, криминализовали **получение и принятие** взяток. **Вымогательство** же в качестве отдельного правонарушения многими странами не формализовано. Судя по всему, некоторые страны рассчитывают заполнить этот пробел при помощи составов вымогательства и провокации. Однако такой подход может оказаться весьма проблематичным, поскольку **вымогательство взятки** не подпадает под состав провокации или вымогательства в их системах правонарушений.

3.2 На процессуальном уровне

Практически за каждым коррупционным правонарушением стоит уговор о молчании между взяткодателем и взяткополучателем. В обычных обстоятельствах ни один из них не заинтересован в разглашении факта существования коррупционного соглашения между ними или его условий¹⁵.

¹² Коррупция — глоссарий международных стандартов в области уголовного права. Публикация ОЭСР, стр. 26—27.

¹³ Там же.

¹⁴ Стамбульский план действий по борьбе с коррупцией — субрегиональная программа взаимной оценки в рамках ОЭСР, в которой участвуют Азербайджан, Армения, Грузия, Казахстан, Киргизстан, Россия, Таджикистан и Украина. Программа реализуется с 2003 года в рамках Сети по борьбе с коррупцией для Восточной Европы и Центральной Азии (АСН).

¹⁵ П. 114 Пояснительного доклада по Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию.

Поэтому статьей 23 Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию предусмотрено, что каждая сторона должна принять законодательные и иные меры, в том числе предполагающие применение специальных методов расследования, в целях содействия сбору доказательств, имеющих отношение к уголовным правонарушениям, предусмотренным Конвенцией. В Пояснительном докладе по Конвенции далее уточняется, что в число «специальных методов расследования» могут входить использование агентов под прикрытием, прослушивание телефонных разговоров, перехват телекоммуникаций и доступ к компьютерным системам. Согласно статье 35, конвенция не оказывает влияния на права и обязательства по специализированным международным многосторонним конвенциям.

Кроме того, необходимо отметить Конвенцию об отмытии, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности Совета Европы¹⁶, статьей 4, которой установлено, что каждая сторона сама решает вопрос о принятии законодательных и прочих необходимых мер, дающих возможность использовать специальные приемы расследования, облегчающие опознание и розыск доходов, а также сбор доказательств для этого. Применение таких специальных методов расследования, как контролируемая поставка, при расследовании незаконного оборота наркотических веществ, также предусмотрено статьей 73 Конвенции об осуществлении Шенгенского соглашения от 14 июня 1985 года о постепенной отмене проверок на общих границах, подписанной в Шенгене 19 июня 1990 года.

Касательно заявлений о провокациях/подстрекательстве со стороны агентов, действующих под прикрытием, особого внимания заслуживают два дела. Заявители по этим делам ссылались на использование в процессе против них доказательств, полученных в результате подстрекательства со стороны полиции, в нарушение их права на справедливое судебное разбирательство. Имеются в виду следующие дела:

- Раманаускас против Литвы (ЕСПЧ)¹⁷; заявитель ранее состоял в должности прокурора Кайшядорского района в Литве; по его утверждению, в конце 1998 — начале 1999 года к нему через В.С., личного знакомого, обратился А.З. — лицо, ранее заявителю неизвестное. А.З. попросил его обеспечить оправдание в судебном порядке некоего третьего лица и предложил ему за это взятку в размере трех тысяч долларов. Заявитель первоначально отказывался от этого предложения, но впоследствии согласился после того, как А.З. обращался с этим предложением несколько раз;
- Веселов и др. против Российской Федерации (ЕСПЧ)¹⁸; заявители стали объектами операций под прикрытием, проводившихся полицией в форме проверочной закупки наркотиков согласно статьям 7 и 8 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ. В результате этих операций заявители были осуждены за торговлю наркотиками.

В деле «Веселов и др. против Российской Федерации» ЕСПЧ был проведен тщательный сравнительный анализ законодательства 22 государств — членов Совета Европы (Австрии, Бельгии, Болгарии, бывшей югославской Республики Македонии, Германии, Греции, Италии, Ирландии, Испании, Литвы, Лихтенштейна, Польши, Португалии, Румынии, Словении, Соединенного Королевства, Турции, Финляндии, Франции, Хорватии, Чешской Республики, Эстонии) относительно участия негласных сотрудников в проверочных закупках и аналогичных негласных мероприятиях (мероприятиях под прикрытием)¹⁹.

¹⁶ ETS № 141, 8 ноября 1990 г.

¹⁷ См. ЕСПЧ, дело «Раманаускас против Литвы» [*Ramanauskas vs. Lithuania* (№ 74420/01)], постановление от 05.02.2008 г.

¹⁸ См. ЕСПЧ, дело «Веселов и др. против Российской Федерации» [*Veselov and others vs. Russia* (№ 23200/10, 24009/07 и 556/10)], постановление от 2 января 2013 г.

¹⁹ Там же, пп. 50—63.

Сравнительное исследование показало, что во всех этих странах полиция вправе проводить негласные мероприятия, в частности в делах о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотиков, в соответствии с порядком, установленным в соответствующем законодательстве и правилах. Только в Ирландии отсутствует формальная законодательная или регулятивная база для привлечения негласных сотрудников полиции. Ряд стран допускают также привлечение частных лиц и разрешают использование негласных сотрудников только в том случае, если применение иных средств является слишком затруднительным или невозможным.

Исследование показывает, что в большинстве затронутых им государств предусмотрена исключительная или частичная ответственность судебных органов за процедуру получения санкции, хотя в некоторых странах решение принимается прокурором, административными органами или руководителями полицейских служб. Разрешение судебных органов необходимо для проведения подобных операций в Болгарии (суд), Хорватии (следственный судья), Эстонии (следственный судья), Греции (обвинительная палата), Лихтенштейне и Польше (окружной суд с предварительного согласия генерального прокурора), Словении (следственный судья) и Турции (судья). В Австрии и Бельгии правом санкционировать негласные мероприятия наделен исключительно прокурор.

В ряде стран предусмотрено участие прокурора или суда либо обоих в зависимости, например, от вида операции или, как более общего критерия, стадии разбирательства. В Чешской Республике «фиктивные передачи», включающие проверочные закупки, требуют санкции прокурора, тогда как привлечение негласного сотрудника (по делам об особо тяжких преступлениях) может быть санкционировано только судьей Высокого суда. Согласно германскому законодательству использование негласных сотрудников должно быть санкционировано прокурором и дополнительно судом, если объектом мероприятия является конкретное лицо или предполагается проникновение в частное помещение. В Румынии разрешение дается также прокурором, но для получения предварительного разрешения судьи требуется аудио- и видеозапись при проведении операции.

ЕСПЧ выяснил, что во Франции разрешение выдается прокурором на стадии дознания и следственным судьей (*juge d'instruction*) на стадии предварительного следствия. Литовское законодательство требует разрешения следственного судьи в ходе предварительного следствия, тогда как на более ранних этапах достаточно санкции прокурора. В бывшей югославской Республике Македонии особые следственные мероприятия могут быть санкционированы прокурором либо следственным судьей, но после начала следствия разрешение может быть выдано только последним.

В Португалии негласные мероприятия в рамках дознания подлежат предварительному санкционированию компетентного представителя прокуратуры с обязательным уведомлением следственного судьи и считаются одобренными, если постановление об отказе в разрешении не будет вынесено в течение 72 часов. Если операция осуществляется в целях предотвращения преступления, она относится к компетенции следственного судьи, который выдает необходимое разрешение по ходатайству органов обвинения. Испанское законодательство также предусматривает уведомление следственного судьи, если разрешение на негласную операцию выдает прокурор. Такое разрешение может быть выдано непосредственно судьей.

В Италии отсутствует требование о формальном разрешении прокурора или суда, но соответствующий орган должен представить компетентному прокурору предварительное уведомление о начале операции. В делах, связанных с незаконным оборотом наркотиков, до начала негласной операции Центральный директорат по борьбе с наркотиками или его региональные или провинциальные органы должны проинформировать прокурора, осуществляющего расследование, но формального одобрения не требуется. В ряде стран суд или прокурор не участвует в процедуре получения санкции. В Финляндии решение о негласных мероприятиях принимает руководитель Национального бюро расследований или

руководитель Полиции безопасности по ходатайству полицейского органа. Органы по принятию решений отделены от служб, осуществляющих операцию.

В Соединенном Королевстве негласные мероприятия требуют административного, а не судебного санкционирования. В решении Палаты лордов по делу «Корона против Лусли» (*R v. Loosely*) (2001) лорд Маккей подчеркнул, что, хотя процедура получения разрешений и надзора за такой практикой в Соединенном Королевстве заметно отличается от судебного контроля в континентальных странах, она имеет ту же цель, а именно — устранение угрозы вымогательства, коррупции или злоупотребления должностными полномочиями полицейских, действующих без надлежащего надзора.

Анализ ЕСПЧ показывает, что органы публичной власти, уполномоченные использовать или поддерживать ЗИАР, перечислены в законе. В каждом государственном органе имеется должностное лицо, уполномоченное давать разрешения²⁰. Должностные лица, уполномоченные давать разрешения, не должны санкционировать собственную деятельность, то есть такую, в рамках которой они сами должны действовать как ЗИАР или как лица, использующие ЗИАР. Кроме того, должностные лица, уполномоченные давать разрешения, должны быть независимыми от расследования, насколько это возможно. Однако следует признать, что это не всегда возможно, особенно в случае малочисленных организаций или в тех ситуациях, когда необходимо действовать безотлагательно или из соображений безопасности. Если должностное лицо, уполномоченное давать разрешения, санкционирует собственную деятельность, это должно быть отражено в центральном реестре разрешений, и при очередной проверке на это необходимо обратить внимание комиссара или инспектора. В Ирландии также отсутствует судебная разрешительная процедура. Полиция или иные правоохранительные органы принимают и исполняют все оперативные решения относительно негласных мероприятий.

В данной связи ЕСПЧ установил обязательные строгие ограничения на применение специальных методов расследования, в частности операций под прикрытием. В данной сфере ЕСПЧ проводит трехэтапную проверку²¹:

- **на стадии получения разрешения:** располагают ли органы власти «конкретными и объективными доказательствами, свидетельствующими о том, что имеют место приготовления для совершения действий, составляющих преступление, за которое заявитель в дальнейшем преследуется»;
- **на стадии выполнения:** установлено ли органами власти, что «преступные действия в момент начала сотрудничества источника с полицией» уже осуществлялись; иными словами, какова степень влияния работающих под прикрытием агентов и в какой степени они подстрекали лицо к совершению правонарушения, которое не было бы совершено без их вмешательства? В этой связи ЕСПЧ проводит так **называемую проверку на существенность подстрекательства**²².

Таким образом, решая, было ли **расследование «в основном пассивным»**, ЕСПЧ анализирует причины проведения негласной операции и поведение проводивших ее органов власти. Суд решает, были ли объективные подозрения относительно вовлеченности правонарушителя в преступную деятельность или его

²⁰ См., к примеру, Закон о правовом регулировании следственных полномочий [*Regulation of Investigatory Powers Act — RIPA*], 2000, Соединенное Королевство. Это акт Парламента Соединенного Королевства, регулирующий полномочия публичных органов в сфере наблюдения и следствия, в частности, вопросы перехвата коммуникаций. Доступно на www.legislation.gov.uk/ (по состоянию на июль 2015 года); а также Закон Литвы о специальных следственных службах [*Lithuanian Law on the special investigations service*] от 02.05.2000 № VIII-16. Доступно на www3.lrs.lt/ (по состоянию на июль 2015 года).

²¹ См. ЕСПЧ, дело «Веселов и др. против Российской Федерации» [*Veselov and others vs. Russia* (№ 23200/10, 24009/07 и 556/10)], постановление от 2 октября 2012 г., пп. 88—94.

²² ЕСПЧ (2014), Руководство по статье 6 «Право на справедливое судебное разбирательство», Совет Европы [*ECtHR (2014), Guide on Article 6 — Right to a fair trial, Council of Europe*], стр. 126.

предрасположенности к совершению уголовного преступления²³. Кроме того, в зависимости от обстоятельств конкретного дела, признаком предыдущих преступной деятельности или преступного умысла может быть следующее: продемонстрированная правонарушителем осведомленность о преступной деятельности;

С критерием объективного подозрения тесно связан вопрос момента начала операции под прикрытием властями, т.е. того, только ли агент под прикрытием **«присоединился» к преступным действиям** или сам к ним подстрекал²⁴. Данный критерий применялся в ряде дел, расследование которых полиция начала только после обращения частного лица — что крайне важно, не лица, сотрудничающего с полицией и не информатора, — сообщившего, что заявитель уже совершил преступное действие.

Еще один важный аспект, который необходимо отметить, — то, что ЕСПЧ не исключает возможности уголовного преследования правонарушителя на основании **информации, сообщенной сотрудникам правоохранительных органов третьими лицами**. В деле «Шэннон против Соединенного Королевства»²⁵ Заявитель «подставил» журналист, частное лицо, который не являлся представителем государства, не действовал в интересах полиции по ее указанию или под ее контролем. Полиция ранее не обладала сведениями об операции, до того, как ей были представлены аудио- и видеозаписи произошедшего.

- Органам власти также необходимо продемонстрировать, что «любой доказуемый довод о подстрекательстве создает для суда обязанность рассмотреть его способом, совместимым с правом на справедливое судебное разбирательство»; поэтому ЕСПЧ проверяет, была ли применяемая процедура **на данной стадии контроля** «состязательной, тщательной, всесторонней и убедительной в вопросе о провокации, причем на сторону обвинения возлагается бремя доказывания отсутствия подстрекательства».

По результатам анализа ЕСПЧ постановил следующее:

- В деле «Раманаускас против Литвы», признавая важность и сложность задачи расследования правонарушений, ЕСПЧ счел, что памятуя о важности и сложности задачи расследования преступлений, что результатом действий А.З. и В.С. было подстрекательство заявителя к совершению преступления, за совершение которого он был осужден в уголовном порядке, и что нет никаких указаний на то, что преступление было бы совершено без их участия. С учетом такого участия и использования данного факта в обжалуемом уголовном деле судебное разбирательство по уголовному делу в отношении заявителя было лишено справедливости, требуемой статьей 6 Конвенции²⁶.
- Подобным же образом в деле «Веселов и др. против Российской Федерации» ЕСПЧ установил, что именно недостатки процедуры санкционирования проверочной закупки сделали возможными действия полиции против заявителей, носящие характер произвола, и подорвали справедливость уголовного процесса против них; национальные же суды, в свою очередь, не рассмотрели надлежащим образом аргумент о провокации, представленный заявителями, в частности не проанализировали причины проведения проверочной закупки, а также поведения полиции и информантов по отношению к заявителям²⁷. Вследствие этого уголовный процесс в отношении всех

²³ ЕСПЧ, дело «Банникова против Российской Федерации» [*Bannikova v. Russia* (№ 18757/06)], постановление от 4 ноября 2010 г., п. 38.

²⁴ ЕСПЧ, дело «Секвейра против Португалии» [*Sequeira vs. Portugal* (№ 73557/01)], постановление от 6 мая 2003 г.

²⁵ ЕСПЧ, дело «Шэннон против Соединенного Королевства» [*Shannon vs. United Kingdom* (№ 67537/01)], постановление от 6 апреля 2004 г.

²⁶ См. п. 73. постановления ЕСПЧ по делу «Раманаускас против Литвы» [*Ramanauskas v. Lithuania*].

²⁷ См. п. 127 постановления ЕСПЧ по делу «Веселов и др. против Российской Федерации» [*Veselov and others v. Russia*].

трех заявителей оказался несовместимым с понятием справедливого судебного разбирательства.

В заключение ЕСПЧ признал не только необходимость, но и законность использования специальных методов расследования, в частности **негласных методов**, в особенности в рамках борьбы с организованной преступностью и **коррупцией**²⁸. Тем не менее ввиду рисков подстрекательства со стороны полиции при применении таких методов, они должны использоваться **в четких границах**.

²⁸ См. п. 49 постановления ЕСПЧ по делу «Раманаускас против Литвы» [*Ramanauskas v. Lithuania*].

4 ПРИВЛЕЧЕНИЕ К УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ИСПОЛЬЗОВАНИЕ СЛУЖЕБНЫХ ПОЛНОМОЧИЙ В ЛИЧНЫХ ЦЕЛЯХ В СИТУАЦИЯХ НЕРАЗРЕШЕННОГО КОНФЛИКТА ИНТЕРЕСОВ

4.1 Определения

Всемирный банк принял для себя достаточно прямолинейное определение коррупции как **злоупотребления служебным положением ради личной выгоды**. Точнее говоря, злоупотребление должностным положением имеет место, когда должностное лицо принимает, просит или вымогает взятку. Кроме того, злоупотребление должностным положением происходит, когда частные лица активно предлагают взятки, чтобы обойти требования публичной политики и процедуры для получения конкурентного преимущества и прибыли. В соответствии с этим определением, должностным положением ради личной выгоды можно злоупотреблять и без подкупа — в рамках патронажа и nepотизма, присвоения государственного имущества или нецелевого использования бюджетных средств. Очевидно, что приведенное определение носит скорее политический, чем уголовно-правовой характер.

Статьей 13.1 Рекомендации Комитета министров Совета Европы «О кодексах поведения для публичных должностных лиц» (Rec(2000)10E) определено, что «**конфликт интересов** возникает в такой ситуации, когда публичное должностное лицо имеет личную заинтересованность, которая влияет на беспристрастное и объективное исполнение им своих служебных обязанностей или создает видимость такого влияния». Кроме того, в статье 13.2 указано, что «личная заинтересованность публичного должностного лица может предполагать получение какой-либо выгоды им самим, его семьей, близкими родственниками, друзьями, а также лицами и организациями, с которыми оно состояло или состоит в деловых или политических связях. В понятие личной заинтересованности также входит любая ответственность, будь то финансового или гражданского характера, связанная с ней».

Конфликт интересов может рассматриваться как признак или предвестник коррупции. **ОЭСР** определяет его как «конфликт публичного должностного лица между публичными обязанностями и личными интересами, в рамках которого у публичного должностного лица имеются интересы в личном качестве, способные ненадлежащим образом повлиять на исполнение им его должностных обязанностей и обязательств»²⁹. В данном контексте конфликт интересов не обязательно подразумевает коррупцию или мошенничество. Однако он подразумевает **злоупотребление служебным положением ради личной выгоды** и может быть чреват несправедливым поведением³⁰.

В научных источниках часто говорится о том, что конфликты интересов могут возникать в любой момент и мотивы их варьируются от избегания личных неприятностей до личной выгоды. Причины их могут быть финансовыми и нефинансовыми; они могут затрагивать многие общественные и профессиональные виды деятельности и интересы. К примеру, министр, судья, законодатель и т. д. может быть членом совета директоров компании или иметь личные контакты с лоббистскими группами, НПО или просто своими друзьями. Любые из этих отношений могут стать источником конфликта интересов публичного должностного

²⁹ ОЭСР, Урегулирование конфликтов интересов в публичном секторе: инструментарий [*Managing Conflict of Interest in the Public Sector — a Toolkit, OECD*] (2005), стр. 13.

³⁰ Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции 2004 года не дает подобного юридического определения конфликта интересов, однако в главе 2 «Меры по предупреждению коррупции» сказано, что «каждое Государство-участник стремится, в соответствии с основополагающими принципами своего внутреннего законодательства, создавать, поддерживать и укреплять такие системы, какие способствуют прозрачности и предупреждают возникновение конфликта интересов» (ст. 7.4).

лица с публичными интересами. Соответственно, в большинстве случаев для политических целей проводится различие между

- **денежными** интересами, предполагающими фактическую или потенциальную финансовую выгоду, и
- **неденежными** интересами, возникающими из личных или семейных отношений и любых неденежных видов деятельности.

Кроме того, в Руководстве ОЭСР³¹ проводится различие между:

- **фактическим конфликтом интересов**, возникающим при наличии прямого конфликта между текущими обязанностями и обязательствами должностного лица и его личными интересами, и
- **кажущимся конфликтом интересов**, когда создается видимость того, что личные интересы должностного лица могут ненадлежащим образом влиять на исполнение им своих обязанностей, а также
- **потенциальным конфликтом интересов**, при котором публичное должностное лицо имеет такие личные интересы, что при осуществлении определенных должностных обязанностей в будущем у него возникнет конфликт интересов.

Два этих понятия необходимо отличать от еще одного — использования служебного положения в корыстных целях. Последнее, предусмотренное статьей 12 Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию, криминализирует трехстороннее коррупционное отношение, в котором лицо, имеющее фактическое или предполагаемое влияние на должностное лицо, обменивает это влияние на неправомерное преимущество, предоставляемое лицом, ищущим такого влияния. Таким образом, различие между этим правонарушением и подкупом (взяточничеством) заключается в том, что «торговцу влиянием» при этом, в отличие от публичного должностного лица, необязательно выполнять или не выполнять определенное действие. Получатель неправомерного преимущества оказывает содействие лицу, предоставляющему неправомерное преимущество, оказывая или предлагая оказать ненадлежащее влияние на третье лицо, которое может выполнить запрашиваемое действие (или воздержаться от его выполнения). «Ненадлежащее» влияние должно предполагать коррупционное намерение со стороны «торговца влиянием»: признаваемые формы лоббирования под его определение не подпадают³².

Сьюзан Роуз-Аккерман дает следующее обобщенное определение конфликта интересов: «широкий родовой термин, включающий в себя все виды противоречий между должностной ролью лица и его частным качеством. Коррупция и мошенничество (при которых выгода должностного лица носит финансовый характер) входят в состав этого понятия. За плату должностное лицо может быть склонено к нарушению условий исполнения его должностных обязанностей в обмен на личную выгоду, либо само вымогать плату за то, что обязано сделать в любом случае. Мошенничество — правонарушение, не требующее участия третьих лиц. В этом случае должностное лицо совершает хищение бюджетных средств»³³. И наконец, необходимо отметить, что с течением времени понятия конфликта интересов и коррупции изменились: в их объем входит все больше видов должностного поведения и поведения в

³¹ ОЭСР, Урегулирование конфликтов интересов в публичном секторе: руководство и страновые доклады ОЭСР [*Managing Conflict of Interest in the Public Sector — OECD Guidelines and Country Reports*] (2003), стр. 53—58.

³² Пояснительный доклад по Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию, Совет Европы / GRECO [*Explanatory report on the criminal law convention on corruption*], п. 65.

³³ С. Роуз-Аккерман (2014), Коррупция и конфликт интересов: сравнительно-правовой подход, Соединенное Королевство, издательство «Эдвард Элгар Паблишинг Лимитед» [*S. Rose-Ackerman (2014), Corruption and conflicts of interest — A comparative Law Approach*, UK, Edward Elgar Publishing Limited], стр. 6—7.

личном качестве. То, что для прошлого поколения считалось законным, сегодня считается коррупцией³⁴.

4.2 Примеры злоупотребления полномочиями и/или конфликта интересов из сообщений СМИ и судебной практики

Для иллюстрации того, насколько сложно порой четко разграничить эти две категории, ниже приводятся примеры из различных источников:

- 7 сентября 2008 г. в печатной версии и на веб-сайте британского еженедельника The Sunday Times появилась статья под заголовком «Разоблачение: как представитель Европейской комиссии разглашал коммерческую тайну за роскошными ужинами» («Revealed: How Eurocrat Leaked Trade Secrets Over Lavish Dinners»). В статье описывалось, как одно из высших должностных лиц Еврокомиссии в период с марта по сентябрь 2008 года присутствовало на ужинах в ресторанах Брюсселя (Бельгия) с репортерами The Sunday Times, представившимися ему лоббистами в пользу китайского экспортера, заинтересованными в антидемпинговых процедурах, проводившихся Комиссией. В статье также говорится, что данное должностное лицо в ходе ужинов и по телефону предоставило своим собеседникам информацию о предстоящих процедурах Комиссии, которую оно не имело права разглашать. Должностному лицу также предлагалось в обмен на информацию посодействовать операциям мнимого китайского экспортера за ежегодное вознаграждение в размере 600 000 евро, однако такую возможность он допустил лишь после выхода в отставку. И наконец, в ответ на предложение выплаты суммы 100 000 евро, сделанное во время второго ужина, должностное лицо якобы сказал, что эта сумма должна быть помещена на замороженный счет, доступ к которому оно получило бы после ухода с занимаемого поста, уточнив, однако, что данный платеж должен производиться лишь по результатам, достигнутым мнимым китайским экспортером за счет использования полученной информации³⁵.
- Генеральный прокурор Соединенного Королевства Кейр Стармер объявил о том, что 5 сентября 2010 г. Королевская прокурорская служба предъявила трем членам Парламента от лейбористской партии и пэру от консерваторов обвинение в предоставлении недостоверных сведений в отчетности по парламентским расходам. Это случилось на следующий день после публикации сообщения, согласно которому порядка половине членов Парламента было предложено выплатить в совокупности более миллиона фунтов стерлингов администрации Палаты общин вследствие признания их предыдущих финансовых отчетов ненадлежащими. Британской полицией было проведено расследование в отношении нескольких членов Парламента по раскрывшимся несоответствиям в парламентских расходах, информация о которых была опубликована в газете Daily Telegraph годом ранее. Журналисты газеты смогли получить компьютерный диск с подробными сведениями по представленным парламентариями декларациям, о которых администрация Палаты общин пыталась умолчать, и публикация вызвала волну негодования общественности по поводу злоупотреблений в парламентской системе³⁶.
- В марте 2011 года член Европарламента был замечен в «законотворчестве за деньги»: мнимые лоббисты попросили его внести две поправки в проект закон о защите прав

³⁴ Алан Розенталь (2006), Последствия законодательного регулирования этических вопросов законотворчества: институциональный аспект, в издании Сент-Мартин/Томпсон, Публичная этика и управление: стандарты и практики в сравнительном аспекте [Alan Rosenthal (2006), *The Effects of Legislative Ethics Law: An Institutional Perspective, in Saint-Martin/Thompson, Public Ethics and Governance: Standards and Practices in Comparative Perspective*], том 14, стр. 163.

³⁵ Решение Суда государственной службы (Первая палата) от 30 ноября 2009 г. по делу «Фриц Харальд Вениг против Комиссии по вопросам государственной службы европейских сообществ» [Fritz Harald Wenig v Commission of the European Communities Public service — Officials, дело F-80/08]. Доступно на <http://curia.europa.eu/>

³⁶ The Guardian от 5 января 2010 г., «Три парламентария-лейбориста и пэр от консерваторов обвиняются в злоупотреблении должностными расходами» [Three Labour MPs and one Tory peer face expenses abuse charges], доступно на www.theguardian.com/ (по состоянию на июль 2015 года).

потребителей. По информации британской газеты Sunday Times, команда, работавшая под прикрытием, ясно дала понять европейскому парламентарии, что эти услуги ему оплатят^{37, 38}.

- Один из трех членов Европарламента, выразивших готовность принять деньги за внесение поправок в законодательные акты Европарламента в пользу мнимой лоббистской компании, представителями которой выступили репортеры Sunday Times, был осужден за попытку изменения законодательства Европарламента в интересах компании за предложенную плату в размере 100 000 евро в год. Этот парламентарий — бывший министр Австрии — использовал свои парламентские полномочия для секретной лоббистской деятельности и был разоблачен в результате операции под прикрытием, проведенной три года назад британской газетой The Sunday Times. 13 марта 2014 г. он был приговорен венским судом к трем годам тюрьмы за коррупцию. Это было его второе осуждение по этому обвинению — предыдущий вердикт был отменен апелляционной инстанцией³⁹.
- В 2013 году бывшее должностное лицо Citigroup было выдвинуто на должность министра финансов США. Данная номинация многими организациями рассматривалась как конфликт интересов. Исследование, проведенное Проектом государственного надзора (РОГО), показало, что финансовые группы считают крайне выгодной ситуацию, когда их бывшие сотрудники занимают публичные должности. В случае Citigroup финансовое

³⁷ Лоренс Питер (2011), «Назван четвертый европарламентарий, замешанный в лоббистском скандале», «Би-би-си ньюс» [Laurence Peter (2011), *Fourth Euro MP named in lobbying scandal*, BBC News], доступно на www.bbc.com/ (по состоянию на июль 2015 года).

³⁸ В регламенте Европейского парламента (ЕП) [Rules of Procedure of the European Parliament] четко определен порядок утраты депутатской неприкосновенности членом Европарламента: после того, как уполномоченный орган государства-члена просит председателя ЕП лишить члена ЕП неприкосновенности, данный запрос оглашается на пленарном заседании; члены ЕП вправе защищать свою неприкосновенность. Комитет по правовым вопросам ЕП выносит рекомендацию о об удовлетворении или оставлении без удовлетворения запроса о лишении неприкосновенности либо о защите неприкосновенности и привилегий. Комитет может направить органу-заявителю запрос об уточнении или объяснении полученного запроса. В итоге Комитетом представляется доклад, в котором может излагаться решение о компетентности соответствующего органа государства-члена в данном вопросе и допустимости его запроса. Решений в отношении члена ЕП, а также приписываемых ему мнений и действий, на которые ссылается орган-заявитель в обоснование своего запроса, Комитет принимать не должен. На следующем пленарном заседании члены ЕП обсуждают аргументы за и против каждого предложения. По результатам обсуждения проводится личное голосование. Председатель ЕП незамедлительно сообщает о принятом решении соответствующему государству-челну и его уполномоченному органу. Помимо этой процедуры, интересен тот факт, что лишение неприкосновенности не является признанием депутата виновным — оно лишь позволяет начать процедуры соответствующим национальным судебным органам. Кроме того, даже если парламентарий будет признан виновным, его депутатский статус независим от неприкосновенности. У разных стран-членов разные критерии отзыва мандата европарламентариев, а члены ЕП избираются согласно национальному законодательству о выборах. Если член ЕП признается виновным в уголовном преступлении, власти государства-члена должны уведомить Парламент о том, отозван ли его мандат. Текст регламента размещен на сайте www.europarl.europa.eu (по состоянию на июль 2015 года). Что касается неприкосновенности членов ЕП в отношении следственных действий Европейского бюро по борьбе с мошенничеством (ЕББМ), Европейский суд постановил, что априори нельзя исключать возможность того, что в ходе следственных действий ЕББМ могут быть допущены действия, наносящие ущерб неприкосновенности, которой обладает каждый член Парламента. Если же такое происходит, член Парламента, подвергшийся такому действию и усматривающий в нем ущерб для себя, может прибегнуть к судебной защите и юридическим средствам защиты прав, предусмотренным Договором (см. решение Европейского суда по делу «Ротли и др. против Парламента» [Rothley and others vs. Parliament (C-167/02)] от 30 марта 2004 г., п. 29, доступно на: <http://curia.europa.eu/> (по состоянию на июль 2015 года). См. также решение Суда Европейского союза первой инстанции по делу «Ротли и др. против Парламента» [Rothley and others vs. Parliament (T-17/00)] от 26 февраля 2002 г., п. 73, доступно на: <http://curia.europa.eu/> (по состоянию на июль 2015 года).

³⁹ Божан Панчевский, «Европарламентарий-коррупционер, пойманный Sunday Times, приговорен к тюремному сроку» [Bojan Pancevski. *Jail for corrupt MEP caught by Sunday Times*], Sunday Times от 16 марта 2014 г., доступно на www.thesundaytimes.co.uk/ (по состоянию на июль 2015 года).

учреждение предложило своему бывшему управленцу денежное вознаграждение за занятие правительственной должности. Политика выплат руководящим сотрудникам, переходящим на важные публичные должности, принята и в других крупных корпорациях (см. материалы POGO за 2013 год)⁴⁰. Это иллюстрирует так называемое явление «вращающихся дверей»⁴¹, по-французски обозначаемое словом «*rantouflage*».

- В августе 2014 года в США губернатору Техаса Рику Перри было предъявлено обвинение в злоупотреблении должностными полномочиями (тяжкое преступление (фелония) первой степени) и в оказании давления на публичное должностное лицо (фелония третьей степени) за наложение вето на финансирование органа этического надзора штата, который вел расследование в отношении видных фигур Республиканской партии Техаса. Перри, установивший рекорд по продолжительности пребывания в губернаторской должности за всю историю США, стал объектом этического расследования в 2013 году после того, как наложил вето на выделение 7,5 млн долларов США на цели финансирования органа этического надзора его штата, базировавшегося в прокуратуре округа Трэвис. Наложение Перри вето было воспринято общественностью как попытка оказать давление с целью добиться отставки прокурора округа Трэвис Розмари Лемберг, члена Демократической партии, после признания ею вины в деле о вождении в нетрезвом состоянии⁴².

4.3 Нормативно-правовое регулирование конфликта интересов

В научной литературе подчеркивается особая сложность регулирования конфликтов интересов и их разрешения в силу большого числа потенциальных конфликтов. Проведенное в 2007 году Бюро европейских политических советников Еврокомиссии (БЕПС)⁴³ исследование позволило расклассифицировать национальные режимы на три категории: строгие, умеренные и мягкие. Страны и учреждения могут:

- регулировать, запрещать и ограничивать ряд аспектов, устанавливать определенные обязательства по отчетности и создавать независимые механизмы мониторинга и контроля (**строгий, или ограничивающий подход**);
- регулировать, запрещать и ограничивать ряд аспектов, однако предусматривать некоторые исключения и создавать менее строгие механизмы контроля (**умеренный подход**); или

⁴⁰Transparency International (2015), Периоды охлаждения: регулирование эффекта «вращающихся дверей». [Transparency International (2015), *Cooling-off periods: regulating the revolving door*], доступно на www.transparency.org/ (по состоянию на июль 2015 года), стр. 2.

⁴¹ ОЭСР дает следующее определение феномена: «Перемещение людей на ключевые политические должности исполнительной и законодательной ветвей власти и в регулятивных ведомствах и уход с них. Чревато риском повышения вероятности того, что лица, принимающие политические решения, будут слишком разделять интересы бизнеса — в силу их происхождения из этой сферы или планов уйти в частный сектор с правительственной должности». См. ОЭСР, 2009, «Вращающиеся двери: подотчетность и прозрачность — новые регулятивные проблемы и политические решения в условиях финансового кризиса [OECD, 2009, *Revolving Doors, Accountability and Transparency - Emerging Regulatory Concerns and Policy Solutions in the Financial Crisis*], стр. 8.

⁴² Джон Хергсковиц, «Губернатор Техаса Перри решительно отрицает обвинения в злоупотреблении полномочиями в суде», «Рейтер» [Jon Herskovitz (6 November 2014), *Texas' Perry slams abuse of power charge at court hearing*, Reuters], доступно на www.reuters.com/ (по состоянию на июль 2015 года).

⁴³ Т. Мойлален, Дж. Пиккер, Э. Сэлминен, Урегулирование конфликта интересов публичных должностных лиц в Европейском союзе: сравнительное исследование правил и стандартов профессиональной этики публичных должностных лиц в 27 странах ЕС и учреждениях ЕС [T. Moilanen/G. Pikker/A. Salminen (2007), *Regulating Conflicts of Interest for Holders of Public Office in the European Union A Comparative Study of the Rules and Standards of Professional Ethics for the Holders of Public Office in the EU-27 and EU Institutions*], исследование для Бюро европейских политических советников Еврокомиссии, доступно на <http://ec.europa.eu/> (по состоянию на июль 2015 года), стр. 132.

- основывать регулирование в основном на принципах добровольности с опорой на различные формы саморегулирования и самостоятельного обеспечения реализации принципов (**мягкий подход**).

В ходе того же исследования было выяснено, что в большинстве стран четко прослеживается тенденция к повышению степени прозрачности частной жизни публичных должностных лиц. К примеру, среди вновь введенных требований — обязательство сообщать о дополнительных местах занятости, источниках личного дохода и акциях, а также предоставлять информацию о трудовой и иной деятельности сожителей должностного лица, которая может противоречить его должностным обязанностям. Существуют также правила принятия подарков и приглашений, призванные предотвратить нежелательное внешнее влияние на процесс принятия решений должностными лицами. В частности, в число таких предложений могут входить приглашение на ужин от частной фирмы или принятие путевки в привлекательное место от потенциального поставщика в рамках госзакупки. Также было выяснено, что чем выше должность, тем строже относящаяся к ней политика, правила и кодексы и тем больше прозрачности требуется в отношении должностного лица. Во всех странах Совета Европы члены правительства обязаны избегать деятельности, членства, финансовых интересов и ситуаций, способных вовлечь их в фактический, потенциальный или кажущийся конфликт интересов или выйти из соответствующих отношений.

В исследовании сделан вывод о том, что современные системы урегулирования конфликта интересов основаны уже не только на нормативной-правовых требованиях, их выполнении и наказании за неправомерные действия. Они призваны обеспечивать предотвращение конфликта интересов и поощрение надлежащего поведения путем направления и инструктирования субъектов, в частности путем проведения курсов обучения и принятия этических кодексов. Соответственно, все страны — хотя и в разной степени — располагают широким инструментарием для борьбы с неэтичным поведением и возникновением конфликта интересов.

4.4 Практика Европейского суда по правам человека

В исследовании БЕПС подчеркивается, что санкции в отношении публичных должностных лиц за ненадлежащее поведение налагаются редко и в основном носят достаточно мягкий характер в сравнении с санкциями в отношении рядовых государственных и муниципальных служащих. Отмечено также, что усиление разрыва между правилами и стандартами с одной стороны и слабостью их реализации на практике с другой с большой вероятностью дадут повод к дальнейшей критике и подозрениям со стороны широкой общественности⁴⁴. В исследовании также подчеркивается, что, в особенности в сфере конфликта интересов, повышенные требования к прозрачности и раскрытию информации и т. д. призваны дисциплинировать учреждения и должностных лиц путем публикации данных об их потенциальных конфликтах интересов. В частности, прозрачность особенно положительно коррелирует с этичностью поведения, поскольку предполагается, что огласка информации должна это стимулировать: чем больше общественности известно о публичном должностном лице, чем лучше должно быть его поведение. Требования к прозрачности и открытости популярны и потому, что предполагается, что они способствуют повышению доверия к публичным учреждениям и должностным лицам и их благонадежности. Дополнительные требования по предоставлению информации о конфликте интересов также призваны положительно отражаться на уровне доверия общественности. Поэтому многие эксперты в данной сфере предлагают расширять объем требований к раскрытию персональной информации публичными должностными лицами.

В этой связи ЕСПЧ счел, что свобода печати наделяет общество одним из самых совершенных инструментов, позволяющих узнать и составить представление об идеях и позициях

⁴⁴ Там же, стр. 8.

политических лидеров. В более общем виде можно сказать, что свобода политической дискуссии составляет стержень концепции демократического общества, которая определяет всю Конвенцию. **Соответственно, пределы допустимой критики в отношении политиков как таковых шире, чем в отношении частного лица.** В отличие от последнего, первый неизбежно и намеренно выставляет каждое свое слово и действие напоказ для пристального внимания журналистов и всего общества, а потому должен проявлять и большую степень терпимости к этому. Нет сомнения, что п. 2 статьи 10 позволяет защищать репутацию других людей, т. е. любого человека, и распространяется и на политиков, даже когда они выступают не в личном качестве; но в таких случаях **противовесом подобной защиты выступает интерес общества к открытой дискуссии по политическим вопросам**⁴⁵.

Тем не менее здесь важно подчеркнуть, что в соответствии с судебной практикой ЕСПЧ, статьей 10 Конвенции не охватывается право **поиска информации**. Ей регулируется лишь **право получения информации** из общих источников или право **доступа** к общим источникам информации. ЕСПЧ отметил, что свобода **получения** информации, по сути, запрещает правительствам ограничивать лиц в получении информации, которой другие лица желают или могут быть готовы с ними поделиться. Статьей 10 не предусмотрено право физических лиц **получать доступ** к реестрам личных данных должностных лиц или обязанности правительства сообщать физическому лицу такую информацию⁴⁶.

Еще один интересный аспект связан с возможными последствиями заявлений о нарушении правил и стандартов в сфере конфликта интересов. В первом деле, упомянутом в п. 4.2, так называемом деле Sunday Times, Еврокомиссия на неопределенный период приостановила полномочия своего должностного лица с ежемесячным удержанием 1 000 евро из его заработной платы на срок до шести месяцев. Данное должностное лицо подало жалобу по статье 90(2) Правил для сотрудников Европейской комиссии, требуя отмены оспариваемого решения. В данной связи согласно п. 1 статьи 6 ЕКПЧ, при определении гражданских прав и обязанностей или уголовных обвинений в отношении указанного лица Суд государственной службы счел, что каждый имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона.

Однако Суд гражданской службы решил, что необходимо учитывать то факт, что процедуры отстранения от должности и удержания сумм из заработной платы по своей природе являются не судебными, а административными, и Комиссия не может считаться судом в значении статьи 6 ЕКПЧ. Соответственно, выполнения обязанностей, возложенных статьей на «суд», при отстранении должностного лица и удержании сумм из его заработной платы от Комиссии требовать нельзя⁴⁷.

5 ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Специальные методы расследования, в частности провокация взятки, бывают необходимыми средствами сбора доказательств, требующихся для эффективной борьбы с коррупцией. Государства — члены Совета Европы в соответствии с Конвенцией против коррупции в общих чертах урегулировали применение таких методов в своем национальном законодательстве. Однако из анализа национальной практики и соответствующей судебной практики в данной сфере явно следует, что границы между правомерным и незаконным применением таких приемов тонки, и необходимо уделить особое внимание установлению механизмов, гарантирующих справедливость разбирательства.

⁴⁵ ЕСПЧ, дело «Лингенс против Австрии» [*Lingens vs. Austria* (№ 9815/82)] постановление от 08 июля 1986 г., п. 42.

⁴⁶ ЕСПЧ, дело «Леандер против Швеции» [*Leander vs. Sweden* (№ 9248/81)], постановление от 26 марта 1987 г., п. 74.

⁴⁷ Суд гражданской службы, дело «Фриц Харальд Вениг против Комиссии европейских сообществ» [*Fritz Harald Wenig vs. Commission of the European Communities* (№ F 80/08)], постановление от 30 ноября 2009 г., п. 58—59.

В данном контексте первая часть настоящего документа была посвящена описанию национальной практики государств — членов Совета Европы в отношении использования негласных операций (операций под прикрытием) и средств, гарантирующих правомерное применение специальных методов расследования на практике. Сравнительное исследование 22 стран Совета Европы, проведенное ЕСПЧ, показало, что во всех этих странах возможно осуществление операций под прикрытием, и в подавляющем большинстве случаев этот вопрос регулируется национальным законодательством; при этом в процессе санкционирования таких операций зачастую участвуют судебные власти или прокуратура. Однако в ряде случаев процесс выдачи разрешения, гарантирующий отсутствие произвола при проведении операций, осуществляется административными органами. Исследование также показало, что в ряде случаев такие специальные методы могут применяться лишь как крайнее средство, когда использование других на практике оказывается неэффективным.

В настоящем документе также был приведен обзор соответствующей практики ЕСПЧ в данной сфере, из которой явно следует, что законность операций под прикрытием определяется рядом четких факторов. В частности, в решениях ЕСПЧ подчеркивается важность гарантии того, что при отсутствии «вмешательства» соответствующее правонарушение все равно было бы совершено и до «вмешательства» уже были предприняты начальные шаги к его совершению. Важно также, что для обеспечения справедливости судебного разбирательства, а следовательно, соблюдения права на эффективные средства правовой защиты, прокурор должен доказать отсутствие «подстрекательства» и то, что правонарушение было бы совершено вне зависимости от «провокации» как таковой.

Во второй части документа рассматривалась проблема неразрешенного конфликта интересов и того, как осуществляется уголовное преследование за использование служебных полномочий ради личной выгоды в данном контексте в качестве вида коррупции. В документе отмечено, что, несмотря на неоднократно предпринимавшиеся попытки дать определение конфликта интересов, очевидно, что данное явление весьма многоаспектно и развивается со временем. И хотя вследствие этого представляется сложным четко выделить набор объективных и жестко фиксированных элементов состава конфликта интересов, отметить некоторые основные элементы возможно. В частности, важно установить умысел должностного лица на совершение действий, т. е. что должностное лицо, принимая определенное решение в рамках должностных полномочий, добровольно или нет, намерено содействовать осуществлению собственных личных интересов в широком смысле этих понятий. Для установления факта нарушения этических правил не важно, были ли достигнуты предполагаемые цели нарушения. Главное — преследуемая цель. В документе выделен ряд основных принципов, которым необходимо следовать в данной сфере, и все они нацелены на обеспечение прозрачности и справедливости управления в публичной сфере.

Что касается практики борьбы с неэтичным поведением в государствах — членах Совета Европы, очевидно, что в данной сфере существует широкий спектр методов, и государства, как правило, не ограничиваются законодательным регулированием вопроса, обеспечением соблюдения требований и установлением наказаний за их несоблюдение. Существует тенденция к работе по предотвращению конфликта интересов. В этой связи особенно важна Рекомендация Комитета министров Совета Европы R2000 от 11 мая 2000 г., в статье 13 которой поясняется, что такое личный интерес и каким образом может возникнуть конфликт между должностными обязанностями публичного должностного лица и его личными интересами. Такое лицо должно сознавать возможность возникновения подобного конфликта, предпринимать шаги по его предупреждению, при первой возможности информировать о нем

начальство и выполнять все соответствующие указания по его разрешению. Должностное лицо по запросу всегда должно отвечать на вопрос о наличии конфликта интересов⁴⁸.

⁴⁸ Совет Европы (2000), Пояснительная записка к Рекомендации Комитета министров Совета Европы «О кодексах поведения для публичных должностных лиц» [*Explanatory Memorandum to Recommendation Rec(2000)10 on Codes of conduct for public officials*], доступно на www.coe.int/ (по состоянию на сентябрь 2015 года).