



*Дроздов О. М.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, адвокат,
Голова Вищої кваліфікаційно-
дисциплінарної комісії адвокатури,
Перший проректор Вищої школи адвокатури,
магістр державної служби*

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗДІЙСНЕННЯ ЗАХИСТУ ВІД ПРОВОКАЦІЇ (ПІДБУРЮВАННЯ) ОСОБИ НА ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ У СВІТЛІ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Стаття присвячена дослідженню на підставі практики Європейського суду з прав людини системи критеріїв відмежування провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину під час негласних заходів від законних форм розслідування. З урахуванням практики національних судів доводиться необхідність доказування у кримінальному провадженні факту реальності тих правовідносин, з приводу яких пропонувалась, вимагалась, отримувалась неправомірна вигода під час проведення негласних заходів.

Ключові слова: рішення Європейського суду з прав людини, справедливий судовий розгляд, провокація, підбурювання, негласні слідчі (розшукові) дії, досудове розслідування, оперативно-розшукова діяльність, докази, доказування.

Статья посвящена исследованию на основании практики Европейского суда по правам человека системы критериев ограничения провокации (подстрекательство) лица на совершение преступления во время негласных мероприятий от законных форм расследования. С учетом практики национальных судов обосновывается необходимость доказывания в уголовном производстве факта реальности тех правоотношений, по поводу которых предлагалась, требовалась, получалась неправомерная выгода при проведении негласных мероприятий.

Ключевые слова: решение Европейского суда по правам человека, справедливое судебное разбирательство, провокация, подстрекательство, негласные следственные (розыскные) действия, досудебное расследование, оперативно-розыскная деятельность, доказательства, доказывание.

Знабанням у 2012 році чинності Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК) однією з актуальних проблем, яка має важливе практичне значення є проблема здійснення захисту від провокації (підбурювання) особи на вчинення зло-

чину. Адже ст. 271 (Контроль за вчиненням злочину) КПК встановлено, що під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допо-

магаючи особі вчинити злочин, який вона би не вчинила, як би слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобути в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні (ч. 3). Однак, зважаючи на те, що відповідно до ст. 8 КПК принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), а кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ (ст. 9 КПК), то так би мовити регулятивний ефект ч. 3 ст. 271 КПК виходить далеко за межі не лише унормування даної негласної слідчої (розшукової) дії, але й загалом інституту слід (розшукових) дій. Наведене дає підстави стверджувати, що заборона провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину під час проведення негласних заходів (негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів) має у кримінальному провадженні наскрізний характер. З цього випливає, що адвокат, який бере участь у кримінальному провадженні та в якому постало питання вчинення провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину, задля забезпечення здійснення ефективного захисту повинен мати відповідні знання щодо системи критеріїв відмежування провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину під час негласних заходів від законних форм розслідування та знати особливості доказування у наведеній категорії справ.

Зазначимо, що заборона провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину міститься і у кримінальному праві. Так, наприклад, ст. 370 Кримінального кодексу України (далі – КК) встановлено кримінальну відповідальність за провокацію підкупу.

Крім того, означені питання були неодноразово предметом розгляду у ЄСПЛ в контексті ст. 6 Конвенції про захист

прав людини та основоположних свобод (далі – КЗПЛ) щодо забезпечення права на справедливий суд у кримінальному провадженні.

Отже можна зробити висновок, що інститут провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину є за своєю природою міжгалузевим.

Серед основних проблем останнім часом на практиці гострої актуальності набули питання необхідності доказування у кримінальному провадженні факту реальності тих правовідносин, з приводу яких пропонувалась, вимагалась, отримувалась неправомірна вигода. Та, як наслідок, виникає потреба у з'ясуванні того, яким чином впливає факт не доведення таких обставин на наявність в діях особи, яка отримала неправомірну вигоду, складу злочину (за відсутності ознак провокації з боку заявника). А також, з огляду на латентність корупційних злочинів, слід визначити, яким має бути характер дій прокурора та інших правоохоронних органів, спрямованих на їх виявлення, з урахуванням рішень ЄСПЛ щодо «необхідності проводити слідство у пасивній манері».

У галузі кримінального права інститут провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину досліджувався у наукових працях таких вчених, як О. Альошина, Н. Артеменко, О. Арутюнов, О. Бантишев, С. Кузьмін, В. Борков, Б. Волженкін, О. Грудзур, А. Енгельгардт, С. Кугушева, М. Мельник, В. Навроцького, О. Ус та ін.

Не залишено це питання поза увагою і у галузі оперативно-розшукової діяльності. Так проблемам заборони провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину присвячені, зокрема, роботи В. Алфьорова, С. Єрмакова, С. Кандаурова, М. Кондратьєва, С. Ударцева та ін.

В сфері сучасного кримінального судочинства слід виділити наукову працю М. Погорецького [1], у якій досліджуються проблемні питання правомірності застосування провокації в ході негласних розслідувань вітчизняних та зару-

біжних правоохоронних органів. Також науковий інтерес становить і стаття С. Фоміна, яка присвячена дослідженню критеріїв розмежування законної діяльності правоохоронних органів і провокації [2].

Метою цієї роботи є формулювання на теоретичному рівні з урахуванням, перш за все, практики ЄСПЛ, концептуальної моделі системи критеріїв відмежування провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину від законних форм розслідування, що задовольняло б критеріям науковості, повноти і несуперечності.

1. Як вже зазначалося, заборона провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину впливає зі змісту ст. 6 КЗПЛ, який розкрито крізь призму практики ЄСПЛ. Далі, задля наочності, наведемо короткий огляд відповідних положень нормативно-правових актів та правових позицій ЄСПЛ з вказаних питань.

По-перше, заборона провокації злочину відноситься до загальних гарантій встановлених ст. 6 КЗПЛ та є невід'ємною складовою справедливості судового провадження. Проте іноді наведені питання ЄСПЛ розглядає в контексті дотримання вимог змагального процесу. Так, наприклад, у рішенні по справі «Едвардс і Льюїс проти Сполученого Королівства» заявникам було відмовлено в допуску до доказів, і, відповідно, їх представники не могли повною мірою аргументувати свою позицію у справі про провокацію. ЄСПЛ визнав порушення п. 1 ст. 6 КЗПЛ, так як процедура, застосована для визначення питань розкриття доказів і провокації, не відповідала вимогам про забезпечення змагального провадження і рівноправності сторін, а також не включала належні гарантії захисту інтересів обвинуваченого [3].

По-друге, згідно ст. 9 КПК, під час кримінального провадження суд та службові особи органів державної влади, які мають відношення до здійснення кримінального провадження, повинні неухильно дотримуватися вимог Конституції

України, КПК, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, вимог інших законодавчих актів законодавства. Доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження (ч. 2 ст. 91 КПК). Натомість обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні зазначені у ч. 1 ст. 91 КПК.

По-третє, ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом. Підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи (ст. 17 КПК).

По-четверте, ст. 13 (Закінчений та незакінчений злочини) КК встановлено, що закінченим злочином визнається діяння, яке містить усі ознаки складу злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини КК. В свою чергу, незакінченим злочином є готування до злочину та замах на злочин. Готуванням до злочину є підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення злочину, усунення перешкод, а також інше умисне створення умов для вчинення злочину (ч. 1 ст. 14 КК).

2. Далі висловимо загальні міркування щодо відповідних правових позицій ЄСПЛ. Так ЄСПЛ визнав, що органам влади необхідно використовувати особливі слідчі методи, особливо в справах, що стосуються організованої злочинності і корупції. У зв'язку з цим ЄСПЛ постановив, що використання особливих слідчих методів – зокрема, агентурних методів – саме по собі не порушує права на справедливий судовий розгляд. Однак зважаючи на ризик підбурювання з боку поліції при використанні таких методів їх використання повинно бути об-

межено чіткими рамками [4]. В той час як зростання організованої злочинності вимагає від держав прийняття відповідних заходів, право на справедливий суд, з якого логічно випливає вимога належного забезпечення правопорядку, має застосовуватися щодо всіх злочинів – від простих до найскладніших, у тому числі й злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (див. Розділ XVII КК). Право на справедливий суд займає настільки тверду позицію в демократичному суспільстві, що їм не можна жертвувати заради. У зв'язку з цим ЄСПЛ підкреслив, що правоохоронні органи мають право діяти під прикриттям, але не підбурювати до злочину [5]. Крім того, хоча КЗПЛ не виключає використання на стадії досудового розслідування (як і в інших випадках, де це може вимагатися з огляду на характер правопорушення) таких джерел інформації, як анонімні інформатори, подальше використання таких джерел судом, який розглядає справу, для визнання звинувачення є іншим питанням [6]. Таке використання допустимо, тільки якщо є належні і достатні гарантії проти зловживання, зокрема чітка і передбачувана процедура видачі дозволу, застосування і контролю таких слідчих методів [4]. Що стосується органу, який здійснює контроль за операціями, що виконуються під прикриттям, ЄСПЛ вважає, що, хоча судовий нагляд був би найбільш доречним, можуть використовуватися і інші заходи, за умови, що введені в дію належні процедури та гарантії, такі як нагляд з боку прокуратури [7]. Хоча використання секретних агентів може допускатися (за умови, що така діяльність регулюється чіткими обмеженнями і гарантіями), публічний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих в результаті підбурювання з боку правоохоронних органів, так як це піддало б обвинуваченого ризику з самого початку виразно позбутися права на справедливий судовий розгляд [4].

Отже, для того щоб переконатися, чи було реалізовано право на справедливий судовий розгляд у справі за участю секретних агентів, ЄСПЛ в першу чергу розглядає, чи мала місце провокація («тест підбурювання по суті») і, в разі позитивної відповіді, чи міг заявник отримати захист від провокацій в національних судах [7]. Якщо дії агента, незалежно від того, був він найнятий державою або приватною особою, що надає допомогу органам влади, представляють провокацію і доказ, отриманий в результаті таких дій, було використано проти заявника в кримінальному провадженні, ЄСПЛ визнає порушення п. 1 ст. 6 КЗПЛ [п4]. Ураховуючи, що ЄСПЛ напрацьовано значну практику щодо заборони провокації вчинення злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, розглянемо, зокрема, на прикладах таких рішень ЄСПЛ питання незалежної оцінки факту підбурювання до вчинення злочину.

3. Стосовно незалежної оцінки факту підбурювання (провокації) до вчинення злочину, то ЄСПЛ визначив підбурювання до вчинення злочину (слід мати на увазі, що терміни «провокація», «підбурювання з боку поліції» і «провокатори-агенти» є взаємозамінними в практиці ЄСПЛ) на протипагу законному розслідуванню під прикриттям як ситуацію, коли співробітники поліції або сил безпеки або інші особи, діючи на підставі наданих їм вказівок, не обмежуються тільки розслідуванням кримінальних діянь переважно в «пасивній формі», але впливають на суб'єкт з метою спровокувати вчинення правопорушення, яке не могло бути вчинено в інакшому разі, з метою встановити можливість здійснення правопорушення і, таким чином, надати докази і почати кримінальне переслідування [4].

При вирішенні, чи було розслідування «по суті пасивним», ЄСПЛ розглядає причини проведення операції під прикриттям і поведінку органів влади, які проводять її. Зокрема, ЄСПЛ визначає, чи була об'єктивною підозра, що

заявник брав участь у злочинній діяльності або був схильний до вчинення кримінального правопорушення [7].

При здійсненні такої оцінки ЄСПЛ бере до уваги ряд факторів. Наприклад, в раніше наведеному рішенні ЄСПЛ у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» ЄСПЛ взяв до уваги, зокрема, той факт, що заявник не мав раніше судимостей, що стосовно нього не було розпочато розслідування, він був невідомий співробітникам поліції, у його будинку не було знайдено наркотики та кількість наркотиків, знайдених у нього при арешті, не перевищувало кількості, яку запросили співробітники поліції, які працювали під прикриттям. ЄСПЛ постановив, що дії агентів виходили за рамки діяльності таємних агентів, так як вони підбурювали до вчинення правопорушення, і ніщо не говорило про те, що без їх втручання було б вчинено цей злочин [6].

Колишня судимість сама по собі не вказує на схильність до вчинення кримінального правопорушення [8]. Однак той факт, що заявник знав поточні ціни на наркотики і міг легко дістати наркотики, в поєднанні з тим, що він не відмовився від угоди, незважаючи на безліч можливостей для цього, розглядалося ЄСПЛ як свідчення раніше існуючої злочинної діяльності або наміру [9].

Інший фактор, який необхідно брати до уваги, стосується того, чи змусили заявника вчинити розслідуваний злочин. Прояв ініціативи у встановленні контактів із особою за відсутності будь-яких об'єктивних підозр, що заявник брав участь у злочинній діяльності або виявляв схильність до вчинення кримінального правопорушення [10], повторення пропозиції, незважаючи на початкову відмову заявника, наполегливе підбурювання [4], підвищення ціни вище середньої [11] і звернення до співчуття заявника за допомогою згадки симптомів наркотичної абстиненції [12] було визнано ЄСПЛ, як поведінка, яку можна вважати примусом особи до вчинення

даного злочину, незалежно від того, чи був відповідний агент співробітником органів правопорядку або приватною особою, яка діяла за вказівкою таких органів.

Наступним значущим питанням є те, чи можуть представники держави вважатися такими, що «приєдналися» або «проникли» в злочинну діяльність, а не ініціювали таку. У зазначеній нижче справі дія залишається в рамках роботи під прикриттям. У рішенні по справі «Малінінас проти Литви» ЄСПЛ порадив, що, хоча поліція вплинула на хід подій, зокрема, надавши технічне обладнання приватній особі для запису розмов і підтримавши пропозицію про фінансові стимули для заявника, її дії були розцінені як «приєднання» до злочинної діяльності, а не як її ініціювання, так як ініціативу взяла на себе приватна особа. Остання поскаржилася в поліцію, що заявник вимагає хабар для отримання сприятливого результату по його справі, і тільки після отримання цієї скарги було дано дозвіл на проведення операції, контроль за якою здійснював заступник Генерального прокурора, з метою підтвердити скаргу [11]. До речі аналогічні міркування викладені в рішеннях ЄСПЛ у справах «Секвейра проти Португалії» та «Компанія «Єврофінаком» проти Франції».

Спосіб, яким була розпочата і здійснена поліцейська операція під прикриттям, має значення при оцінці, чи мала місце провокація проти особи. Відсутність чіткої та передбачуваної процедури видачі дозволу, використання і контролю застосування розглянутого слідчого методу сприяє висновку про те, що зазначені дії являють собою провокацію, де ЄСПЛ відзначив той факт, що втручання агентів, що працюють під прикриттям, яке не здійснювалося як частина офіційної операції по боротьбі з торгівлею наркотиками, яку контролював суддя [6]; у рішенні ЄСПЛ по справі «Раманаскас проти Литви», зазначалось, що не було вказано, які причини або осо-

бисті мотиви змусили таємного агента увійти в контакт із заявником з власної ініціативи, не повідомивши про це вищому керівникові [п. 64; 4]; у рішенні по справі «Ваньян проти Росії» ЄСПЛ зазначив, що поліцейська операція була санкціонована лише адміністративним рішенням органу, який пізніше проводив цю операцію, що в рішенні містилося дуже мало інформації про причини і цілі планованої контрольної закупівлі і що стосовно даної операції не здійснювався ні судовий, а-ні будь-який інший незалежний нагляд [12]. У зв'язку з цим метод «контрольної закупівлі», використаний російськими органами влади, був детально розглянутий в справі «Веселов і інші проти Росії», де ЄСПЛ ухвалив, що розглянута процедура мала недоліки і що з огляду на її використання особи піддавалися довільних дій з боку поліції і це негативно вплинуло на справедливість кримінального провадження проти них. ЄСПЛ також постановив, що національні суди також не змогли належним чином вивчити аргументи заявників про провокацію і, зокрема, проаналізувати причини для проведення контрольної закупівлі, поведінки поліції і її інформаторів щодо цих осіб [13].

Таким чином коротко підсумовуючи викладене слід зазначити, що при визначенні того, чи мало місце порушення п. 1 ст. 6 КЗПЛ у зв'язку з провокацією злочину, ЄСПЛ оцінює ситуацію на предмет, по-перше, наявності ознак підбурювання особи до вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів (матеріальний аспект) і, по-друге, дотримання позитивних зобов'язань держави розглянути належним чином заяву особи про схиляння його до вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів (процесуальний аспект). На думку ЄСПЛ, провокація злочину по суті має місце, коли співробітники правоохоронних органів не обмежуються переважно пасивним встановленням обставин можливого вчинення особою злочину з метою збору відповідних до-

казів і, при наявності на те підстав, притягнення його до відповідальності, а підбурюють цю особу до вчинення злочину. При визначенні того, обмежилися співробітники правоохоронних органів переважно пасивним встановленням обставин можливого вчинення злочину, ЄСПЛ розглядає два фактори: 1) наявність підстав для проведення відповідних заходів та 2) роль співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину. Належними підставами здійснення названих вище заходів ЄСПЛ визнає конкретні і достатні фактичні дані, що вказують на можливе вчинення особою злочину. Що стосується ролі співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину, то ЄСПЛ розглядає момент початку здійснення ними відповідного заходу, щоб визначити, «приєдналися» вони до злочину, який особа вже почала здійснювати без будь-якої участі з їхнього боку. За відсутності у сторони обвинувачення явних доказів того, що провокація по суті не мала місця, обов'язок розглянути заяву особи про здійснену відносно нього провокацію, встановити відповідні фактичні обставини справи і з'ясувати, чи вбачаються її ознаки, покладається на національний суд. Таким чином, провокація злочину в сенсі, в якому вона заборонена п. 1 ст. 6 КЗПЛ, має місце, коли відсутні підстави для проведення відповідних заходів, співробітники правоохоронних органів не обмежуються пасивним розслідуванням або національні суди нехтують зазначеними вище позитивними зобов'язаннями.

Так, наприклад у справі «Сепіл проти Туреччини» ЄСПЛ, по-перше, відмовився приймати у якості запропонованого турецькою владою докази наявності підстав для проведення щодо заявника перевіркою закупівлі той факт, що раніше він вже притягувався до відповідальності за зберігання, використання та збут наркотичних засобів та на момент проведення негласного заходу щодо нього навіть було рішення про взяття під варту в зв'язку з визнанням його вироком суду

винним у використанні незаконних наркотичних засобів. ЄСПЛ прийняв таке рішення, оскільки все це стало відомо турецькій владі вже після затримання заявника за результатами проведеної щодо нього негласної операції і, відповідно, не могло бути покладено в основу прийняття рішення про її проведення [14]. Цей аспект рішення ЄСПЛ досить важливий, оскільки притягнення раніше до кримінальної відповідальності за вчинення аналогічних злочинів в принципі побічно називалося їм раніше в числі обставин, якими може бути виправдано розумна підозра в вчиненні особою злочину, перевірка якого може здійснюватися в рамках негласного заходу [6; 10].

4. Крім того ЄСПЛ значну увагу приділяє питанням здійснення судового контролю за захистом від провокації. У справах, в яких зачіпаються питання провокації, ст. 6 КЗПЛ буде дотримана тільки в тому випадку, якщо заявник в ході судового розгляду фактично був в стані підняти питання перед судом про підбурювання шляхом заперечення або іншим чином.

Недостатньо дотримуватися одних тільки загальні гарантій – наприклад, рівність сторін або право на захист. У таких справах ЄСПЛ вказав, що докази відсутності підбурювання повинні бути надані стороною обвинувачення, якщо тільки твердження підсудного не є абсолютно неправдоподібними. За відсутності таких доказів в обов'язки судових органів входить розгляд обставин справи і прийняття необхідних заходів по встановленню того, чи мало насправді місце підбурювання. Якщо вони приходять до позитивної відповіді на це питання, вони повинні зробити висновки відповідно до положень КЗПЛ. Більш того, заява про визнання вини в національному законодавстві підсудними кримінальні звинувачення не звільняє суд першої інстанції від обов'язку вивчити твердження про підбурювання у вчиненні злочину [4].

В зв'язку з цим ЄСПЛ перевіряє, чи представляє первинна скарга на прово-

кацію істотний захист згідно з національним законодавством, чи є вона підставою для виключення доказу або веде до подібних наслідків. Хоча рішення про те, яка процедура є належною при розгляді заяви про провокацію злочину, відноситься до компетенції національних органів, ЄСПЛ вимагає, щоб ця процедура була змагальною, детальною, всебічною та остаточною у вирішенні питання про провокацію вчинення злочину. Більш того, в контексті нерозкриття інформації слідчими органами ЄСПЛ приділяє особливу увагу дотриманню принципів змагального провадження і рівноправності сторін [7].

Якщо обвинувачений стверджує, що його підбурювали до вчинення злочину, кримінальні суди повинні провести ретельне вивчення матеріалів справи, оскільки в цілях проведення справедливого розгляду за змістом п. 1 ст. 6 КЗПЛ всі докази, отримані в результаті підбурювання з боку поліції, повинні бути вилучені зі справи. Цей висновок є особливо актуальним, якщо операція правоохоронних органів здійснюється без достатнього правового регулювання та належних гарантій [п. 60; 4]. Якщо наявна інформація не дозволяє ЄСПЛ зробити висновок про те, чи був заявник об'єктом провокації, судовий нагляд за заявою про провокацію вчинення злочину набуває вирішального значення [3; 15]. У зв'язку з цим доречним буде нагадати про рішення ЄСПЛ у справах «Худобін проти Росії», де національні суди не проаналізували відповідні фактичні та правові елементи з метою відмежувати провокацію від законних форм розслідування [5]; «В. проти Фінляндії», де заявник не мав можливості звернутися до захисту від провокації [16]; «Шеннон проти Сполученого Королівства», де виверт, використаний приватною особою, став предметом детального розгляду національними судами, які визнали твердження про провокацію необґрунтованим [9].

В наведеному контексті більш детально розглянемо основні аспекти спра-

ви «Лагутін та інші проти Росії» [17], яка була розглянута та вирішена ЄСПЛ у 2014 році. Адже наведена справа значно відрізняється від справи «Веселов і інші проти Росії». У справі «Веселов і інші проти Росії» підстави проведення перевірок закупівель були очевидні: джерелами відповідної інформації були особи, які виступили потім в якості закупних, мови не йшло про те, що будь-яка інформація, що стосувалася підстав проведення негласних заходів, не була розкрита. У справі ж «Лагутін та інші проти Росії» органи влади посилалися на «оперативну інформацію», отриману з неназваних джерел. Ні відгук російської влади, ні матеріали кримінальних справ заявників не містили відомостей, які дозволили б судити про те, чи існувала така інформація, яке її зміст і значення з точки зору проведених перевірок закупівель. Тому ЄСПЛ не зміг оцінити, чи були підстави для проведення негласних заходів і чи не чинився на заявників тиск з метою схилити їх до вчинення злочинів. За відсутності – як в цих випадках – явних доказів того, що провокація по суті не мала місця, обов'язок розглянути заяву особи про здійснену відносно нього провокацію, встановити відповідні фактичні обставини справи і з'ясувати чи вбачаються її ознаки, лягає на національний суд. Це – процесуальний аспект провокації. До речі, ЄСПЛ вже визнавав стосовно Росії, що проведення перевірок закупівель та оперативних експериментів знаходиться під повним контролем виключно органів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, і це свідчить про системну проблему відсутності гарантій проти провокації. Тому судова перевірка заяв про провокації є єдиний ефективний спосіб контролю над обґрунтованістю рішень про проведення негласних заходів і встановлення того, чи були співробітники правоохоронних органів і особи, що діють під їх контролем, в достатній мірі пасивні, не схилили вони підсудного до вчинення злочину. Беручи до уваги

практику ЄСПЛ, вирішення питання про допустимість використання в якості доказів матеріалів перевірок закупівель, зокрема, через можливу провокацію, вимагає встановлення в змагальному процесі підстав проведення негласних заходів, ролі в їх проведенні співробітників правоохоронних органів і сутності будь-якого тиску, якому піддалися заявники. Щоб ефективно розглянути заяву про провокації, суди повинні, зокрема, визначити, які документи повинні бути для цього долучені до матеріалів справи. Так, за всіма кримінальними справами, про які йде мова у рішенні ЄСПЛ «Лагутін та інші проти Росії», співробітники Федеральної служби контролю за обігом наркотиків (далі – ФСКН) посилалися на секретну інформацію про причетність заявників до збуту наркотичних засобів, отриману з неназваних джерел. Це вимагало перевірки судами факту існування такої інформації до першого контакту заявників з закупними, оцінки її змісту та прийняття рішення про те, чи може вона бути надана стороні захисту. Аргументи про провокації не могли бути перевірені без витребування всієї належної інформації, що стосується імовірно існуючих до проведення негласних заходів «оперативних даних», що свідчать про вчинення заявниками злочинів, а також допиту співробітників ФСКН про обставини отримання ними такої інформації. Однак суди не вжили жодних спроб перевірити заяви співробітників ФСКН і погодилися з їх нічим не підтвердженими твердженнями про наявність підстав підозрювати заявників. Суди відхилили аргументи заявників про провокації в порушення процесуальних вимог, сформульованих в практиці ЄСПЛ. За подібних справ питання про наявність провокації є невіддільним від питання про винуватість особи у вчиненні злочину, і відмова розглянути належним чином відповідні аргументи неоправно порочить висновки суду по суті розгляду кримінальної справи. Це також суперечить основним гарантіям справедливого судового роз-

гляду, зокрема, принципам змагальності і рівності сторін. Суди не переконалися в тому, що сторона обвинувачення обґрунтувала належним чином відсутність провокації, необґрунтовано переклавши тягар доведення її наявності на сторону захисту. Оскільки «оперативна інформація» не була розкрита, заявники були позбавлені можливості оскаржувати її зміст і належність. Відповідно, заявники були поставлені в нерівне становище щодо сторони обвинувачення, і нічого не було зроблено, щоб збалансувати обмеження прав сторони захисту, відновити рівність сторін і досягти загальної справедливості судового розгляду. Беручи до уваги все це, по відношенню до всіх п'яти заявників було порушення пункту 1 статті 6 КЗПЛ.

5. Далі коротко проаналізуємо особливості застосування окремих рішень ЄСПЛ національними судами. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) неодноразово висловлював свою позицію щодо неприпустимості провокації (підбурювання) особи на вчинення цього злочину. Так в своїй ухвалі від 12.06.2014 р. ВССУ наголошував, що відповідно до вимог ч. 3 ст. 62 Конституції України обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом. Органи державної влади та їх посадові особи, згідно з ч. 2 ст. 19 Основного Закону зобов'язані діяти лише в межах повноважень, на підставі та у спосіб, що передбачені Конституцією України та законами України. Даючи оцінку рішенням суду апеляційної інстанції. ВССУ зазначив, що той залишив поза увагою доводи апеляцій про те, що висновки суду першої інстанції про доведеність винуватості осіб в одержанні хабара ґрунтуються переважно на доказах, одержаних внаслідок провокації, тобто підбурювання до вчинення злочину, що відповідно до практики ЄСПЛ визнається порушенням гарантованого п. 1 ст. 6 КЗПЛ права особи на справедливий судовий розгляд. Згідно з визна-

ченням, закріпленим у Рішенні ЄСПЛ «Тейксейра де Кастро проти Португалії», підбурювання з боку правоохоронних органів має місце тоді, коли працівники таких органів або особи, які діють за їх вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб'єкта, схиляючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений. У справі «Раманускас проти Литви», в якій заявника було засуджено за одержання хабара від особи, що співпрацювала з поліцією як таємний агент, ЄСПЛ зауважив, що оскільки доводи заявника про провокацію злочину, які він висловлював протягом усього провадження у справі, не були повністю необґрунтованими, саме прокуратура мала довести, що факту підбурювання не було. У разі відсутності таких доказів національні суди зобов'язані були проаналізувати факти у справі та вжити відповідних заходів, щоб встановити істину, а також з'ясувати, чи мало місце підбурювання. ЄСПЛ констатував, що національний суд не вжив відповідних заходів, зокрема, навіть не намагався з'ясувати роль кожного з головних дійових осіб, наприклад, причини особистої ініціативи особи, що дала хабар, звернутися до заявника, незважаючи на те, що обвинувальний вирок щодо останнього ґрунтувався на доказах, отриманих внаслідок оскаржуваного ним факту підбурювання. На обґрунтування своєї позиції про провокацію злочину працівниками міліції за допомогою особи, яка співпрацює з правоохоронцями (далі – агент), захисники, особи, яку було звинувачено у вчиненні злочину, передбаченого ч. 4 ст. 368 КК, в апеляціях посилалися на те, що ця особа після викриття їх підзахисних у злочинній діяльності не вживав жодних заходів для приватизації об'єкту, раніше неодноразово притягувався до кримінальної відповідальності, на момент звернення до їх підзахисних знаходився в розшуку, що може свідчити

про його залежність від правоохоронних органів, дії агента під контролем працівників міліції були підставою для порушення ще й іншої кримінальної справи щодо службової особи, що підтверджено наданими стороною захисту копіями судових рішень. З урахуванням наведеного, а також критеріїв, визначених ЄСПЛ, ВССУ дійшов висновку, що суд апеляційної інстанції не перевіряв обставин, що впливали на допустимість доказів, покладених в основу обвинувачення: яку дійсну мету переслідував агент, звертаючись до підзахисних з приводу сприяння у приватизації майна та передаючи для них гроші, чи мали дії агента і працівників ДДСБЕЗ МВС України ознаки провокації злочину, тобто цілеспрямованого схиляння засуджених до одержання хабара з метою порушення кримінальної справи та отримання доказів, і чи вчинили б засуджені такий злочин в іншому випадку [18].

В іншій справі, по обвинуваченню військового комісара районного військового комісаріату у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК, ВССУ посилаючись на п. 1 ст. 6 КЗПЛ з урахування рішень ЄСПЛ у справах «Тейксейра де Кастро проти Португалії» і «Раманаускас проти Литви» та наголошуючи, що забезпечення доведеності вини, виходячи з вимог п. 3 ч. 3 ст. 129 Конституції України, є одним з основних конституційних принципів судочинства, констатував, що суди не здійснили ретельної перевірки доводів засудженого про провокацію злочину працівниками СБУ за допомогою агента, не дав на них вичерпних і переконливих відповідей, обмежившись формальною вказівкою про те, що відповідні твердження спростовуються зібраними у справі доказами. Разом з тим ВССУ зазначив, що відповідно до заяви агента про злочин та свідчень потерпілого він звернувся до УСБУ у Волинській області 3.10.2011 р. Згідно з показаннями в судовому засіданні потерпілого, свідків – працівників УСБУ раніше агент з аналогічними заявами

не звертався, з правоохоронними органами не співпрацював та від інших осіб заяв або повідомлень про злочинну діяльність засудженого, поданих і зареєстрованих у встановленому законом порядку, до 3 жовтня 2011 року до УСБУ не надходило. Разом із тим, відповідно до листа прокуратури Волинської області від 30.05.2013 р. оперативно-розшукова справа, в межах якої проведено оперативно-технічні заходи, дані яких використані як докази у кримінальній справі, була заведена до звернення агента із заявою про злочин. На час заведення такої справи відповідно до листа прокуратури Волинської області від 28.02.2014 р. в матеріалах оперативного підрозділу були відсутні конкретні відомості про факти одержання засудженим хабарів, одержані із встановлених законом джерел.

Прикметним у цій справі є й те, що дозвіл на застосування оперативно-технічних заходів було дано постановою голови Апеляційного суду Волинської області від 30.09.2011 р., тобто винесеною на 3 дні раніше звернення агента до правоохоронних органів.

Також ВССУ звернув увагу на те, що одразу в день подання агентом заяви про злочин – 3.10.2011 р. йому в приміщенні УСБУ у Волинській області з 14.05 год до 15.00 год було вручено технічні засоби для фіксації факту і змісту розмов із засудженим та кошти, оброблені спеціальною хімічною речовиною, а вже через годину – о 16 год працівниками УСБУ у Волинській області розпочато огляд місця події в приміщенні Рожищенського РВК, в результаті якого виявлено і вилучено предмет хабара. При цьому згідно з показаннями засудженого й потерпілого, в тому числі на очній ставці, агент після роз'яснення йому засудженим вимог чинного законодавства щодо порядку виконання військового обов'язку сам запропонував вирішити питання в незаконний спосіб за грошову винагороду і назвав конкретну суму.

Крім того, висновки органу досудового слідства й суду щодо мети давання хабара ґрунтуються переважно на показаннях агента про те, що він передавав гроші засудженому за невжиття останнім заходів щодо призову його на військову службу та видачу приписного посвідчення, необхідного потерпілому для працевлаштування. Однак, як зазначає ВССУ, суд не взяв до уваги, що станом на вересень-жовтень 2011 р. агент, мав дитину та вагітну дружину. Такі обставини відповідно до вимог ч. 2 ст. 17, ст. 18 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» давали потерпілому підстави для відстрочки від призову на строкову військову службу до звільнення від такого призову за віком. Із показань агента вбачалося, що він був обізнаний із відповідними положеннями законодавства, однак не вживав заходів для офіційного підтвердження наявності в нього законних підстав для відстрочки, зокрема, надання до військового комісаріату необхідних документів.

Згідно з показаннями агента на досудовому слідстві він мав намір влаштуватися на роботу в ДПП «Чернівці-теплогідроізоляція», а відповідно до його ж свідчень у судовому засіданні та даних відео-звукозапису, одержаного в результаті оперативно-технічного заходу, – у хлібопекарню в м. Луцьку. Однак відповідно до листів ДПП «Чернівці-теплогідроізоляція», ПП «Укртеплогідроізоляція», ТОВ «Волиньторгхліб» агент на ПП «Укртеплогідроізоляція» не працював із жовтня 2009 р., на ДПП «Чернівці-теплогідроізоляція» і ТОВ «Волиньторгхліб» ніколи не працював, та станом на квітень 2012 р. до відділу кадрів зазначених підприємств з питань працевлаштування не звертався.

Таким чином, з урахуванням наведеного, а також критеріїв, визначених ЄСПЛ, ВССУ дійшов висновку про те, що органи досудового слідства і суд не здійснили належної перевірки законності джерел одержання доказів, покла-

дених в основу обвинувачення, а саме, на якій правовій підставі здійснювалися оперативно-технічні заходи, що обмежували конституційні права і свободи засудженого, чи мали правоохоронні органи до звернення агента з заявою 3.10.2011 р. достатню інформацію про вчинення або підготовку до вчинення засудженим злочину, одержану у встановленому законом порядку, яка би потребувала перевірки за допомогою оперативно-розшукової діяльності, яку дійсню мету переслідував потерпілий, пропонуючи й даючи засудженому гроші, чи мали дії працівників СБУ та агента ознаки провокації злочину, тобто цілеспрямованого схиляння засудженого до одержання хабара з метою порушення кримінальної справи та отримання доказів, і чи вчинив би засуджений такий злочин в іншому випадку [19].

В іншій ухвалі ВССУ зазначив, що відповідно до ст. 17 КПК особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у порядку, передбаченому КПК, і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом. Підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи. Відповідно до ч. 3 ст. 271 КПК та правових позицій, викладених в рішеннях ЄСПЛ у справах «Веселов та інші проти Росії»; «Банніков проти Росії»; «Раманаускас проти Литви», під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати, підбурювати особу на вчинення цього злочину, з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який би вона не вчинила, якби слідчий цьому

не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті у такий спосіб речі та документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні.

Проте, наголосив у своєму рішенні ВССУ, як вбачається з матеріалів провадження, основними доказами доведеної вини обвинуваченого було визначено показання агента та дані, які містяться в протоколі про проведення оперативної закупки, протоколі огляду грошових коштів і висновках експертиз. Суд першої інстанції, оцінивши зазначені докази у сукупності з іншими, виходячи в першу чергу із показань агент, який зазначав про те, що по обом епізодах проведення оперативної закупки, саме він на прохання працівників міліції був ініціатором купівлі наркотичних засобів у обвинуваченого, прийшов до обґрунтованого висновку, що покладені в основу обвинувачення докази є недопустимими, оскільки зібрані з порушенням вимог КПК, а також про те, що в даному випадку мала місце провокація злочину. Таким чином, робить висновок ВССУ, рішення суду про необхідність виправдання обвинуваченого у зв'язку з відсутністю складу злочину є законним і обґрунтованим, а тому підстав для задоволення касаційної скарги не вбачає [20].

Вище викладене дає підстави стверджувати, що обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні про одержання неправомірної вигоди, факт реальності тих правовідносин, з приводу яких пропонувалась, вимагалась, отримувалась неправомірна вигода також підлягають доказуванню. Натомість факт не доведення таких обставин може тягнути за собою виникнення обґрунтованих сумнівів щодо доведеності вини особи у вчиненні злочину. А як відомо, усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи.

При визначенні того, чи обмежилися прокурор та співробітники правоохоронних органів переважно пасивним встановленням обставин можливого вчи-

нення злочину, захисник повинен мати на увазі наступні фактори: 1) наявність дійсних та об'єктивних підстав для проведення відповідних заходів та 2) роль агента та співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину. Належними підставами здійснення названих вище заходів ЄСПЛ визнає конкретні і достатні фактичні дані, що вказують на можливе вчинення особою злочину. Що стосується ролі агента та співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину, то ЄСПЛ розглядає момент початку здійснення ними відповідного заходу, щоб визначити, «приєдналися» вони до злочину, який особа вже почала здійснювати без будь-якої участі з їхнього боку. За відсутності у сторони обвинувачення явних доказів того, що провокація по суті не мала місця, обов'язок розглянути заяву особи про здійснену відносно нього провокацію, встановити відповідні фактичні обставини справи і з'ясувати, чи вбачаються її ознаки, покладається на національний суд. Таким чином, провокація злочину в сенсі, в якому вона заборонена п. 1 ст. 6 КЗПЛ, має місце, коли відсутні підстави для проведення відповідних заходів, співробітники правоохоронних органів не обмежуються пасивним розслідуванням або національні суди нехтують зазначеними вище позитивними зобов'язаннями. Наведені вимоги, викладені у практиці ЄСПЛ стосуються усіх стадій вчинення злочину, а отже і стадії готування до злочину. Водночас слід нагадати, що докази, отримані шляхом провокації, не можуть бути використані у судочинстві, оскільки це є, перш за все, порушенням п. 1 ст. 6 КЗПЛ.

Крім того, потреба в ретельному дослідженні наведених в питаннях обставин обумовлена й тим, що ст. 370 КК встановлено кримінальну відповідальність за провокацію підкупу. Протилежне сприймалося б як відмова відповідних правоохоронних органів реагувати на прояви провокації підкупу у ході розслідування обставин готування до вчинення корупційного злочину.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. *Погорецький М. А.* Застосування провокації в ході негласних розслідувань / М. А. Погорецький // Вісник кримінального судочинства. – 2016. – № 1. – С. 33–43.
2. *Фомін С. Б.* Недопущення провокації злочину, як складова частина принципу законності в оперативно-розшуковій діяльності і під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій / С. Б. Фомін // Порівняльне аналітичне право. – 2015. – № 5. – С. 295–298.
3. Рішення Великої палати ЄСПЛ у справі «Едвардс і Льюїс проти Сполученого Королівства» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_411/.
4. Рішення Великої палати ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84935>.
5. Рішення ЄСПЛ у справі «Худобін проти Росії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77692/>.
6. Рішення ЄСПЛ у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58193>.
7. Рішення ЄСПЛ у справі «Баннікова проти Росії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101589>.
8. Рішення ЄСПЛ у справі «Константін і Стоян проти Румунії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94406>.
9. Рішення ЄСПЛ у справі «Шеннон проти Сполученого Королівства» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70364>.
10. Рішення ЄСПЛ у справі «Барк Хун проти Туреччини» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96228>.
11. Рішення ЄСПЛ у справі «Малінінас проти Литви» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87223>.
12. Рішення ЄСПЛ у справі «Ваньян проти Росії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150458>.
13. Рішення ЄСПЛ у справі «Веселов та інші проти Росії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113289>.
14. Рішення ЄСПЛ у справі «Сепіл проти Туреччини» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128037>.
15. Рішення ЄСПЛ у справі «Алі проти Румунії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101657>.
16. Рішення ЄСПЛ у справі «В. проти Фінляндії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80209>.
17. Рішення ЄСПЛ у справі «Лагутін та інші проти Росії» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142518>.
18. Ухвала ВССУ від 12.06.2014 р. у справі 5–2169кМ14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40206564>.
19. Ухвала ВССУ від 13.03.2014 р. у справі 5–925кМ14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40206564>.
20. Ухвала ВССУ від 28.01.2016 р. у справі 5–280кМ16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55477165#>.

Drozdov O. Actual issues of the exercise protection from provocation (edition) persons to commit a crime in the light of the law of the European court of human rights.

The paper investigates the delimitation of criteria provocation (incitement) of a person to commit a crime during the covert activities of the legal form of investigation, under the law of the European Court of Human Rights.

Among the main problems in practice recently acquired acute urgency issues of the need of proof in criminal proceedings the fact of the reality of the relationship, about which being offered, was required, was obtained undue advantage. There is a need to clarify how affects fact of not prove such circumstances for the actions of a person who has received undue benefit of crime (in the absence of provocation on the part of the applicant).

The European Court of Human Rights held that authorities should use special investigative techniques, especially in cases involving organized crime and corruption. In this regard, the European Court of Human Rights ruled that the use of special investigative techniques – including surveillance of methods – by itself does not violate the right to a fair trial. However, given the risk of police incitement using such methods for their use should be limited by distinct limits. In order to ascertain whether it has been realized the right to a fair trial in a case involving secret agents, the European Court of Human Rights first consider whether there was a provocation («test incitement in fact»), and, if so, whether the applicant could receive protection from provocations in the national courts.

According to the practice of national courts we have need of proof in criminal proceedings the fact of the reality of the relationship, about which being offered, was required, was obtained undue advantage during covert action. Fact of does not prove of such circumstances can lead to the emergence of reasonable doubt as to the proof of guilt of a person committing a crime. All doubts about the proof of guilt of a person are interpreted in favor of such person.

Keywords: *judgment of the European court of human rights, fair trial, provocation, covert investigation (seach) actions, pre-trial investigation, operatively-search actions, evidence, proving.*

Стаття надійшла до редакції журналу 10 квітня 2016 р.