



*Погорецький М. А.,
доктор юридичних наук, професор,
Заслужений діяч науки і техніки України,
завідувач кафедри правосуддя
юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка*

ЗАСТОСУВАННЯ ПРОВОКАЦІЇ В ХОДІ НЕГЛАСНИХ РОЗСЛІДУВАНЬ: ПИТАННЯ ПРАВОМІРНОСТІ

У статті досліджуються проблемні питання правомірності застосування провокації в ході негласних розслідувань вітчизняних та зарубіжних правоохоронних органів. В історичній ретроспективі досліджується генезис поняття та сутності провокації, встановлення кримінальної відповідальності за її вчинення в кримінальному законодавстві України. Аналізується вплив практики Європейського суду з прав людини на розвиток вітчизняного законодавства та правозастосовну практику щодо використання провокації в ході негласних розслідувань.

Ключові слова: провокація, підбурювання, негласні слідчі (розшукові) дії, оперативно-розшукові заходи, досудове розслідування, оперативно-розшукова діяльність, докази.

В статье исследуются проблемные вопросы правомерности применения провокации в ходе проведения негласных расследований отечественных и зарубежных правоохранительных органов. В исторической ретроспективе исследуется генезис понятия и сущности провокации, установление ответственности за ее совершение в уголовном законодательстве Украины. Анализируется влияние практики Европейского суда по правам человека на развитие отечественного законодательства и правоприменительной практики по использованию провокации в ходе проведения негласных расследований.

Ключевые слова: провокация, подстрекательство, негласные следственные (розыскные) действия, оперативно-розыскные мероприятия, досудебное расследование, оперативно-розыскная деятельность, доказательства.

Негласні засоби досудових розслідувань займають провідне місце у світовій практиці правоохоронних органів, оскільки саме завдяки їм розкривається та розслідується понад 85% тяжких та особливо тяжких злочинів. Результати більшості негласних засобів досудового розслідування визнаються судами західних країн судовими доказами (у США, на-

приклад, до 95%). Завдяки негласним засобам розслідування досягається мета та вирішуються завдання кримінального провадження. Проте, як свідчить понад 3-х річна практика застосування норм чинного КПК України, результати негласних слідчих (розшукових) дій (НСРД) лише до 5% визнаються доказами у суді. Із введенням у вітчизняний кримінальний процес інституту НСРД

(гл. 21 КПК) результати оперативно-розшукової діяльності (ОРД) як докази майже не використовуються. Велика кількість цінних доказових матеріалів, які отримуються із застосуванням негласних засобів розслідування та значних матеріально-технічних, людських, часових, процесуальних ресурсів невикористано не використовуються для отримання доказів у суді, що негативно впливає на досягнення мети та вирішення завдань кримінального провадження. Окрім цього, значна кількість результатів НСРД та ОРД не використовуються у доказуванні у зв'язку з тим, що не містить доказової інформації, що свідчить про безпідставність проведення НСРД й ОРД, неналежний прокурорський нагляд та відомчий і судовий контроль за їх проведенням, а окремі результати НСРД та ОРД не визнаються доказами у суді, оскільки отримуються з порушенням чинного законодавства, у тому числі, й із застосуванням провокації.

Питання правомірності застосування провокації при проведенні окремих НСРД та оперативно-розшукових заходів (ОРЗ), не дивлячись на те, що, на наш погляд, воно вже вирішено у чинному КПК України, КК України та у практиці Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), продовжує залишатися дискусійним як серед науковців, так і серед правозастосовців та політиків. Особливої актуальності воно набуло в останні роки у зв'язку зі зростанням в Україні корупційних злочинів, злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків, зброї тощо та необхідністю посилення заходів протидії цим злочинам.

Окремі проблемні питання застосування провокації у протидії злочинності були предметом дослідження вітчизняних та зарубіжних фахівців у галузі кримінального права, кримінального процесу, криміналістики та ОРД до прийняття нового кримінального процесуального законодавства 2012 року В.П. Бахіна, Л.С. Белогриц-Котляревського, Ф.Г. Бурчака, А.Ф. Возного, Геп-

пи, Гласера, К.К. Горяїнова, В.Д. Іванова, В.Ф. Кириченка, А.Ф. Кистяківського, І.П. Козаченка, О.Д. Назарова, А.А. Піонтківського, В.С. Позднишева, С.М. Радачинського, М.С. Таганцева В.Д. Спасовича, І.Я. Хейфец, І.Я. Фойницького, С.О. Якубова та ін.

За новим кримінальним процесуальним законодавством окремі проблемні питання застосування провокації у протидії злочинності були предметом дослідження як у відкритих, так і закритих науково-практичних джерелах провідних вітчизняних фахівців О.А. Білічак, В.О. Глушкова, М.Л. Грібова, К.П. Задой, А.Є. Матюхіна, Д.Б. Сергєєвої, С.С. Чернявського та ін. Проте, результати аналізу 3-х річної правозастосовної вітчизняної практики, здійснюваної в умовах росту злочинності, реформування правоохоронних та судових органів, посилення боротьби зі злочинністю і, зокрема, з корупційними злочинами, зі злочинами у сфері незаконного обігу наркотиків, зброї тощо актуалізують дослідження правомірності застосування провокації при проведенні окремих НСРД та оперативно-розшукових заходів (ОРЗ) з огляду на правову позицію ЄСПЛ з цього питання, що і є метою цієї статті.

Передусім зазначимо, що результати аналізу наукових джерел свідчать про те, що питання щодо поняття, змісту провокації, а також щодо її застосування у боротьбі зі злочинністю завжди були дискусійними в теорії та практиці впродовж майже двох століть і не лише серед вітчизняних, а й серед зарубіжних фахівців та продовжують бути дискусійними й у наш час. Так, не дивлячись на позицію ЄСПЛ щодо правомірності застосування провокації у протидії злочинності, все частіше, у тому числі й серед вищого політичного керівництва України, висловлюються думки щодо доцільності застосування провокації у протидії корупційним злочинам [1].

Слід звернути увагу на те, що провокація як явище зародилося ще у стародавньому світі і застосовувалося спочат-

ку в політиці та військовій справі. Проте наукова розробка провокації як злочину, доцільності й правомірності її застосування у протидії злочинності найбільш продуктивно почалася лише у середині XIX ст., коли у 1844 р. німецький криміналіст Брейденбах (Breidenbach) вперше провів кримінально-правовий аналіз провокації на основі сформованої в кінці XVII ст. у Франції практики використання методів провокації за допомогою засилання поліцейських агентів у злочинний світ (що, до речі, послуговувало підставою для визнання цієї держави багатьма вченими світу батьківщиною агентурної роботи та провокації), надавши цьому поняттю виключно політичне значення. Він вважав, що провокацію становить діяльність таємної агентури, а саме таких суб'єктів, яких уряд скеровує на штучне збудження заворушень для того, щоб, використовуючи їх, мати можливість (привід) організувати державні перевороти або вдаватися до надзвичайних заходів управління, які неможливі в мирний час. З урахуванням зазначеної мети діяльності агентів поліції Брейденбах для відображення специфіки її смислового значення до слова «агент» додав додаток «провокатор». Поєднання слів «агент-провокатор» стало вживатися у відповідних наукових дослідженнях XIX–XX ст., незважаючи на те, що в розумінні діяльності агента-провокатора вченими вкладався різний зміст. Таким чином, метою агента-провокатора, як зазначав Бренденбах, була не передача злочинців у руки правосуддя, а створення умов для здійснення «революції згори» та розправа з небажаними уряду особами неправовими методами, за допомогою створення надзвичайної обстановки [2, с. 114].

У подальшому у працях зарубіжних та вітчизняних криміналістів того часу провокації, у зв'язку з розширенням сфери застосування таємних агентів, надавалася як політична спрямованість [3, с. 306], так і кримінальна [4, с. 33; 5, с. 769; 6, с. 215; 7, с. 389].

Австрійський криміналіст Глазер (Glaser) зазначав, що агент-провокатор – це особа, яка «підбурює іншу до вчинення злочину виключно з тією метою, щоб підбурюваний був застигнутий на місці злочину і покараний» [4, с. 33].

М.С. Таганцев визначав провокатора як такого, «хто спонукав до злочину з метою передати виконавця правосуддю і піддати його відповідальності» [5, с. 769]. Аналогічної думки дотримувалися й інші тогочасні фахівці у галузі кримінального права [6, с. 215].

У зв'язку з відсутністю законодавчої регламентації провокації у той час, більшістю правників вона кваліфікувалася як підбурювання. З цією метою в науковий обіг був введений термін «підбурювання через третю особу» [8, с. 113].

Розглядаючи провокацію в якості особливого виду підбурювання, Н.С. Таганцев викладав свою позицію так: «Чи буде підбурювачем той, хто порушував до злочину з метою передати виконавця правосуддю і піддати його відповідальності? Випадки цього роду, на жаль, зустрічаються в судовій практиці всіх країн. Такого роду підбурювачем можуть бути і приватні особи, але все частіше в цій ролі є нижчі агенти поліцейської влади, сищики, виконуючи роль так званих *agent provocateurs*. Чи можна застосувати до цих осіб поняття підбурювання при наявності, зрозуміло, всіх спільних умов такого? ... Навіть і в тих випадках, коли підбурювач керується не особистими мотивами, а своєрідним розумінням обов'язків служби або інтересами суспільними, подібне посилення недостатнє для визнання підбурювання безкарним. Посилання на службові обов'язки самі по собі неспроможні вже тому, що ніякий закон не згадує і не може уповноважити кого-небудь на подібну діяльність. Обов'язок поліції полягає в розкритті вчинених злочинних діянь або в попередженні тих, які готуються; але і в тому, і в іншому випадку ця діяльність не має нічого спільного зі створенням нових злочинів або злочинних

спроб. Таке посилення непробачливе не тільки тоді, коли даний агент зі свого почину вдався до подібної способи викриття злочину, але і тоді, коли він діяв за наказом начальника, так як подібний наказ є незаконним» [5, с. 769].

У той час правники не однозначно ставилися до оцінки дій агента-провокатора та щодо його карності [9]. С. В. Позднішев вважав, що «поліція повинна попереджати і припиняти злочини, а не створювати їх сама; провокація суперечить меті поліцейської діяльності, і як засіб брудна і така, що не відповідає закону, не повинна бути допущеною і дозволеною. Таким чином, якщо метою діяльності підбурювача є викриття підбурюваного у скоєнні злочину або спробі його вчинення, то подібна «благородна» мета не виключає притягнення його до кримінальної відповідальності за провокацію злочину» [10, с. 589].

Вперше правове регулювання провокації було здійснено у правових актах поліції та жандармерії Російської Імперії. Слід зазначити, що відомчі правові акти поліції Російської Імперії забороняли використовувати провокацію як метод боротьби з загально-кримінальними і політичними злочинами. Так, у § 4 Інструкції з організації та ведення внутрішнього (агентурного) спостереження встановлювалося, що «особи, які видають розшуком, повинні твердо пам'ятати, що «співпраця» від «провокаторства» відокремлюються досить тонкої рисою, яку дуже легко перейти. Вони повинні знати, що в умінні не переходити цю межу і полягає мистецтво ведення успішного політичного розшуку. Досягається це, безумовно, чесним ставленням до справи і розумінням цілей розшуку, а не гонитвою за викриттям і арештом окремих засобів пропаганди (друкарня, склади зброї, вибухові речовини та ін.)». У § 8 цієї Інструкції зазначалося, що, «перебуваючи членами революційних організацій, секретні співробітники ні в якому разі не повинні займатися так званім «провокаторством», тобто самі ство-

рювати злочинні діяння і підводити під відповідальність за скоєне ними інших осіб, які відіграють у цій справі вторинну роль» [11].

У циркулярі Департаменту поліції від 19 жовтня 1908 р. № 140193 зазначалося: «Начальникам районних охоронних Відділень, губернського жандармського управління і охоронних відділень ... Поряд із цим Департамент знову підтверджує вказівку, яка вже робилася їм неодноразово з приводу так званої «провокації». ... Співробітники категорично повинні бути попереджені, що при повній забезпеченості конспірації їх коректних послуг розшуку, всяка провокаційна діяльність неодмінно буде викрита як шляхом агентури, так і особливо в ході формальних розслідувань і на суді, і що за таке порушення своїх обов'язків вони будуть віддаватися неухильно в руки правосуддя без будь-якої надії на поблажливості, причому, звичайно, будуть прийматися всі заходи до захисту їх у тих випадках, коли обвинувачення їх у провокації буде зводитися на них завідомо неправдиво» [12].

У § 64 Інструкції чинам розшукових відділень зазначалося, що «Начальники розшукових відділень зобов'язані суворо спостерігати: ... 2) щоб негласні агенти не проявляли ініціативи в злочинних підприємствах, не схиляли інших осіб до вступу на протизаконний шлях і не брали ні в якому разі участі в злочинних посяганнях» [13].

На відміну від правових актів Російської Імперії, окремі правові акти Радянської республіки прямо проголошували провокацію як метод боротьби з ворогами Радянської влади. Так, Інструкція по боротьбі зі спекуляцією ВНК зазначала: «... Для цього є необхідність сповіщати як населення, так і суспільно демократичні організації про існування такої розвідки, щоб останні зробили б їм сприяння при виконанні ними своїх обов'язків, для успішної роботи розвідувальної частини необхідний один із методів, до якого ми не можемо ставитися без почуття огиди.

Говорячи відкрито, метод цей – боротьба за допомогою фікції, просто кажучи, боротьба за допомогою провокації. Люди, призначені для цієї мети, повинні бути обов'язково і безумовно бездоганної чесності, віддані справі боротьби за народні інтереси, цілком підготовлені до справи розшуку, добре грамотні і знайомі з торговим світом і всіма витівками спекулятивного світу» [14].

У законодавстві того періоду лише в Кримінальному кодексі РРФСР 1922 р. вперше в історії вітчизняного законодавства в ст. 115 передбачалася відповідальність за провокацію хабара, яка визначалася як «явне створення службовою особою обстановки і умов, що викликають пропонування хабара, з метою подальшого викриття особи, яка дає хабар».

Кримінальні кодекси союзних республік, які діяли до 1960–1962 рр., також містили склад провокації хабара. На відміну від КК РРФСР, КК Української РСР 1927 р. (ст. 107), Узбецької РСР 1926 р. (ст. 151), Таджикицької РСР 1935 р. (ст. 144) містили відповідальність виключно за провокацію дачі хабара, а КК інших республік – за провокацію як дачі, так і отримання хабара [14]. Незважаючи на схожість основних понять, ст. 107 КК УРСР за своєю структурою і змістом істотно відрізнялася від ст. 119 КК РРФСР. Відмінності між ними полягали в наступному. КК РРФСР 1926 р. містив новелу, яка зводилася до того, що кримінальному переслідуванню підлягає не тільки пропонування хабара, але також і провокація отримання хабара, тобто коли прохач переконає посадовця прийняти від нього хабар, а потім викриває його в цьому прийнятті хабара. В останньому випадку малося на увазі, що вже в момент умовлянь й інших форм пропозицій суб'єкт переслідував єдину мету – викриття особи. КК УРСР у своїй редакції 1927 р. не сприйняв нововведення, яке прийнято було в редакції КК РРФСР 1926 р.

У наступні роки, ґрунтуючись на тому, що в практиці провокація хабара, який вчиняється з використанням

службового становища винного, стала зустрічатися вкрай рідко, законодавець дану норму виключив із тексту КК РРФСР. Цьому прикладу наслідували і всі інші союзні республіки за винятком УРСР, яка до того ж ще і доповнила цю статтю поняттям провокації отримання хабара.

Подальше правозастосування даної норми зумовило українських вчених дійти до висновку, що «провокації хабара в судовій практиці УРСР не зустрічається. Тому слід іти шляхом кримінального законодавства інших союзних республік і виключити даний склад злочину з КК УРСР. Якщо коли-небудь виникне подібна ситуація, то дії винного можна буде кваліфікувати як підбурювання до дачі або отримання хабара» [16, с. 240].

Така позиція ґрунтувалася й на судовій практиці. В декількох визначеннях судової колегії з кримінальних справ колишнього Верховного Суду СРСР містилося тлумачення питання кримінальної відповідальності провокатора: 1) «які б не були мотиви, що спонукали особу вдатися до провокації злочину, вона вчиняє кримінальну дію, так як сам спосіб викриття, що полягає в підбурюванні до скоєння злочину, є суспільно небезпечним і тому повинен спричинити кримінальну відповідальність особи, яка до нього вдалася»; 2) «особа, що спровокувала іншу на вчинення злочину, хоча б з метою подальшого викриття, має відповідати як за підбурювання до злочину» [17, с. 11–14].

У КК України 1960 р. передбачалась кримінальна відповідальність за провокацію хабара (поряд з підбурюванням у хабарництві) в окремій самостійній нормі: (ст. 169 – .. Посередництво у хабарництві, ст. 171 – провокація хабара). Закон визначав провокацію хабара як явне створення службовою особою обстановки і умов, що викликають пропонування або одержання хабара, з метою подальшого викриття особи, яка дала або отримала хабар.

Слід зазначити, що у радянський період у закритих наукових та спеціалі-

зованих навчальних джерел, а також відомчих правових акта провокація вихначалася як один із ефективних способів протидії злочинності та іноземних розвідок, як один із важливих та дієвих методів оперативно-розшукової та контррозвідувальної діяльності. Проте межі її застосування, в залежності від виду злочину та її спрямованості, були різними.

На подальше вирішення питання щодо правомірності застосування провокації у протидії злочинності у вітчизняному законодавстві незалежної України мав вплив міжнародних правових актів, законодавство та правозастосовна практика зарубіжних країн й ЄСПЛ.

Слід зазначити, що провокація як метод діяльності поліції та спецслужб зарубіжних країн широко застосовується в їх професійній сфері, проте з певними обмеженнями.

Під провокацією у ФРН розуміється не схилення законслухняного громадянина до скоєння злочину, а прагнення змусити особу, яка готується до вчинення злочину діяти в невідгідних для себе умовах і тим самим полегшити задачу затримання і викриття правопорушника. Німецькі юристи виходять з того, що агент за вчинення провокаційних дій не підлягає покаранню, так як він прагне не до кінцевого результату злочину, а лише до його спроби та з метою запобігання більш небезпечним наслідкам [18, с.168].

У Японії провокація позначається терміном «дінання з приманкою» і визначається як «спосіб дінання, коли співробітник правозастосовної системи, виступаючи в якості «приманки», викликає злочинне діяння, чекає його вчинення і здійснює затримання» [19, с. 19–20].

В Англії провокація позначається словом entrapment (пастка). Провокація відбувається, коли агент держави – зазвичай співробітник правоохоронних органів або інформатор, яким керують, – змушує когось вчинити злочин, щоб переслідувати його у суді. В англійському прецедентному праві на сьогодні склалися критерії допустимості меж прово-

кації та визнання її результатів доказами у кримінальному процесі [20].

Англійські фахівці вважають, що суддя повинен зважити на суспільний інтерес щодо того, що осіб, які звинувачені в тяжких злочинах, потрібно судити, і конкуруючий суспільний інтерес, щоб не склалося враження, що суд приймає такий підхід, де мета виправдовує будь-які засоби. Тому підхід, виявлений в англійських справах, полягає в тому, що необхідно зрівноважити (збалансувати) конкуруючі вимоги, щоб ті, хто вчиняє злочини, були визнані винними і покарані, і не повинно бути зловживання процесом, який склав би образу суспільній свідомості.

Для здійснення цього балансування суду необхідно в кожному індивідуальному випадку брати до уваги різні критерії. Не можливо сформулювати правило, яке охопить всі випадки, які виникають, коли обвинувачена особа прагне припинити судове переслідування на тій підставі, що злочин було скоєно в результаті поведінки правоохоронних органів.

Остаточне питання повинно завжди звучати так, чи отримає погану славу відправлення правосуддя, бо суд використовується для того, щоб переслідувати по закону за злочини, які були штучно викликані правоохоронними органами. Це питання має бути вирішене після розгляду таких чотирьох критеріїв:

1. Чи викликала поведінка правоохоронних органів злочин.

2. Чи були у влади розумні підстави для того, щоб підозрювати, що обвинувачений ймовірно вчинить злочин або подібний злочин.

3. Чи було до провокації у обвинуваченого намір вчинити злочин або подібний злочин, якби з'явилася можливість.

4. Чи було злочин викликано в результаті постійної настирливості, погроз, обману, пропозицій нагород чи інших стимулів, які не будуть зазвичай зустрічатися в таких злочинах або подібних злочинах [21, с. 30].

Провокація як метод діяльності правоохоронних органів широко використо-

ується й у правозастосовній діяльності США. Вона ділиться на правомірну і неправомірну.

Кримінальний кодекс США рекомендує в кримінальних кодексах кожного зі штатів передбачити норму такого змісту: «Публічна посадова особа, яка здійснює виконання закону, або особа, що діє у співпраці з такою посадовою особою, здійснює провокацію, якщо з метою отримання доказів вчинення посягання вона спонукає або заохочує іншу особу до поведінки, що становить це посягання, ... шляхом застосування методів переконання або спонукання, що створюють істотний ризик того, що таке посягання буде скоєно іншими особами, окрім тих, які готові його вчинити» [22, с. 27].

У той же час кримінальне право США дає можливість агенту (кадровому співробітнику спецслужб) відігравати роль співучасника у низці ситуацій без побоювання бути притягнутим до кримінальної відповідальності. Для цих цілей існує інститут помилкової (уявної) співучасті.

Помилковим співучасником визнається той, хто за вказівкою поліцейського чиновника або за особистою ініціативою вдає з себе співучасника злочину, щоб розкрити злочин, що вчиняється, і надати допомогу в переслідуванні особи, яка його вчинила. Американське кримінальне право виключає відповідальність помилкового співучасника, оскільки в його діях відсутній злочинний намір, і він не є винним у вчиненні злочину. Більш того, за певних умов допускаються з боку агента провокаційні дії зі спонукання особи до вчинення злочину з метою притягнення її до кримінальної відповідальності.

Система критеріїв, що визначають правомірність провокації, дає можливість на законних підставах провокувати осіб, схильних до вчинення злочину. Якщо агент з метою порушення кримінальної переслідування спонукає об'єкта до скоєння злочину, який той не мав наміру вчинити, дії агента розглядаються як «залучення в пастку» (обмеження) і оголошуються протиправними.

Слід зазначити, що адвокату, який захищає обвинувачену особу в суді, довести факт «залучення в пастку» складно, оскільки кримінальне право США не визначає чіткої межі між провокацією і правомірними діями агента. Підставою для твердження, що мала місце неправомірною провокацією, може слугувати лише встановлений факт того, що співробітник правоохоронного органу або інформатор здійснювали незаконний вплив, спонукаючи обвинуваченого вчинити злочин. При цьому за законодавством США провокатор не підлягає кримінальній відповідальності.

У відповідності зі сформованою практикою Верховного суду США не вважаються провокацією випадки, коли особам, які мали намір вчинити злочин, надається можливість здійснити свій протиправний задум. Провокацією вважаються лише такі дії інформатора, які спрямовані на те, щоб спонукати людину, яка не мала злочинного наміру, скоїти злочин, дають поліції можливість почати кримінальне переслідування цієї людини. Разом з тим, відповідно до одного з рішень Верховного суду США провокація злочину поліцією не може бути терпима тому, що якщо задум в скоєнні злочину виникає, власне кажучи, у співробітників поліції, які збуджують відповідне бажання і готовність у невинної людини вчинити злочинне діяння і допомагають їй у цьому [23, с. 106–107].

Питання застосування провокації у протидії злочинності регламентуються й у Міжнародних правових актах [24 та ін.], у яких піддається критиці діяльність поліції з тривалих провокаційних заходів з метою виявлення корупційних та інших злочинів й зазначається, що «хоча існує мало згоди щодо того, як в процедурному плані повинні встановлюватися ці обмеження або навіть як їх слід визначати, широко визнається, що така тактика повинна регламентуватися чіткими директивами» [25].

Результати аналізу вітчизняної правозастосовної практики за новим кримі-

нальним та кримінально-процесуальним законодавством України свідчать про те, що у практичній діяльності правоохоронні органи України допускають провокації вчинення злочинів, особливо передбачених статтями 368–369² КК України, хоча і ст. 370 КК України передбачена кримінальна відповідальність за провокацію підкупу, а також у передбачених статтями 305–309, 311, 321, та ін. КК України.

Особливо правоохоронні органи України допускають провокації вчинення злочинів у ході такої НСРД, як контроль за вчиненням злочину (ст. 271 КПК України) та при проведенні таких ОРЗ як контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки товарів, предметів та речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форми власності з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь (п. 2 ст. 8 ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність»). При цьому звертає на себе увагу і викликає занепокоєність те, що у 56% опитаних прокурорів, 65% опитаних слідчих та 72% опитаних оперативних працівників вважають за доцільне розширення можливостей застосування провокації у правоохоронній діяльності.

З урахуванням зазначеного доцільно навести основні положення рішень ЄСПЛ щодо правомірності застосування провокації правоохоронними органами, які мають приюдиційне значення для вітчизняної правозастосовної практики, а саме рішення у справах: «Тейшейро де Кастро проти Португалії» [26] (винесення вироку засудженому за перевезення наркотиків, заснованому на показаннях двох поліцейських, котрі спровокували його до вчинення злочину); «Раманаускас проти Литви» [27] (справа щодо забезпечення справедливого судового розгляду. Заявник скаржився, що використання в кримінальній справі доказів, отриманих унаслідок підбурювання з боку поліції, порушило його право на справедливий судовий розгляд

справи щодо нього); «Баннікова проти Російської Федерації» [28] (проведення співробітниками органів федеральної служби безпеки оперативно-розшукового заходу у вигляді перевіркової закупки, котре призвело до скоєння громадянкою злочину, пов'язаного із незаконним збутом наркотичної речовини); «Веселова та інші проти Російської Федерації» [29] (порушення п. 1 ст. 6 Конвенції відносно заявників у зв'язку з визнанням їх винними у здійсненні злочинів, котрі були спровоковані); «Ваньян проти Росії» [30] (порушення п. 1 ст. 6 Конвенції відносно заявника у зв'язку з визнанням його винним у вчиненні злочинів, що були спровоковані у результаті провокації міліції).

Виходячи із результатів аналізу зазначених рішень ЄСПЛ, можна зробити такі основні висновки:

ЄСПЛ не вбачає порушень у використанні у кримінальному провадженні доказів, отриманих в результаті проведення негласних слідчих дій, наприклад, операцій під прикриттям. Проте ЄСПЛ вважає таким, що не відповідає Конвенції використання судами доказів, отриманих в результаті провокації, здійсненої правоохоронцями. Тому проведення заходів, пов'язаних, наприклад, із використанням негласних агентів, має супроводжуватися відповідними гарантіями. У цій частині ЄСПЛ виділяє дві групи гарантій. Перша стосується заходів, що вживаються безпосередньо на етапі здійснення контролю за вчиненням злочину. Друга – це процесуальні гарантії на стадії судового розгляду кримінального провадження.

Відповідно до положень вітчизняного кримінального процесуального законодавства, контроль за вчиненням злочину може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин. Він проводиться в таких формах: контрольована поставка; контрольована та оперативна закупка; спеціальний слідчий експери-

мент; імітування обстановки злочину (ст. 271 КПК України).

При цьому, 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 вона би не вчинила, як би оперативний працівник чи слідчий цьому не сприяли. Здобути в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні.

Відповідно до ч. 1 ст. 370 КК України провокація підкупу, тобто дії службової особи з підбурення особи на пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду, – карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років, та зі штрафом від двохсот п'ятдесяти до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Частиною 2 ст. 370 КК України передбачено, що те саме діяння, вчинене службовою особою правоохоронних органів, – карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років та зі штрафом від п'ятисот до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

У відповідності з ч. 4 ст. 27 КК України підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину.

Провокація (підбурювання) до вчинення злочину з боку правоохоронців, виходячи з рішень ЄСПЛ, є порушенням п. 1 ст. 6 Конвенції [31].

Водночас слід звернути увагу на те, що ЄСПЛ не визнав провокаційними дії правоохоронних органів у справі «Мілініне проти Литви» [32]. Зокрема, ЄСПЛ зазначив, що в цій справі відсутні

відомості про вчинення заявницею злочинів раніше, зокрема, пов'язаних з корупцією. Однак ініціатива в цій справі належала виключно приватній особі. З урахуванням того, що особа мала поліцейську підтримку, роблячи заявниці пропозицію про виплату значної суми, і була забезпечена технічними засобами для запису їхньої розмови, можна дійти висновку, що поліція чинила вплив на хід подій. Проте ЄСПЛ не знаходить, що поліція допустила зловживання, зважаючи на її обов'язок перевіряти повідомлення про вчинення злочину і важливість протидії негативного впливу судової корупції на верховенство права в демократичному суспільстві. Вирішальним фактором є не роль поліції, а поведінка вказаної особи і заявниці. Тому ЄСПЛ визнає, що в підсумку можна стверджувати, що поліція «приєдналася» до злочинної діяльності, а не ініціювала її. Дії поліції, таким чином, можна охарактеризувати як таємну роботу, але не як провокацію, яка порушувала б п. 1 ст. 6 Конвенції. Така модель боротьби була законно прийнята і застосована. Крім того, прокуратура здійснювала належний нагляд, хоча судовий контроль був би більш доречний при такій прихованій системі розслідування.

Наведене вище дає підстави дійти висновку про те, що ЄСПЛ чітко розмежував межі дозволеного під час проведення правоохоронними органами негласних слідчих дій. Тобто якщо вказані працівники, з метою штучного збільшення показників боротьби зі злочинністю, спеціально залучають для цього підготовлену особу, яка в подальшому під їхнім контролем активними діями провокує «злочинця» до вчинення кримінального правопорушення, то докази на підтвердження винуватості, здобути в ході такої провокації, суд зобов'язаний визнати як недопустимі, а особу обвинуваченого – виправдати. Разом із тим, коли представники правоохоронних органів обмежились пасивним спостереженням за злочинною поведінкою особи і в ході проведення

негласних слідчих дій мав місце судовий контроль за дотриманням прав та свобод особи, отримані докази будуть відповідати критеріям допустимості.

Підсумовуючи викладене, зазначаємо, що провокація (підбурювання) до вчинення злочину з боку правоохоронців є порушенням п. 1 ст. 6 Конвенції

й не може застосовуватися у діяльності правоохоронних органів правової держави. У правозастосовній діяльності правоохоронних органів слід відрізняти правомірний контроль за вчиненням злочину як ефективний негласний засіб негласного розслідування від провокації – незаконної дії.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Порошенко пропонує ввести процесуальну дію «провокація хабара» // Офіційний сайт Racurs.ua: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://racurs.ua/news/51584-poroshenko-predlagaet-vvesti-processualnoe-deystvie-provokaciya-vzyatki>.
2. Хейфец И. Я. Подстрекательство к преступлению / И. Я. Хейфец; Предисл.: С. В. Познышев. – М.: Изд. юрид. кн. магазина «Правоведение» И. К. Голубева, 1914. – 128 с.
3. Нерп. Neues Archiv. – 1848. – S. 306.
4. Glaser: Zum Lehre vom Dolus bei Austifter Gerichtssaal. – 1858. – S. 33.
5. Таганцев Н. С. Русское уголовное право: Лекции. Часть общая. / Таганцев Н. С. – 2-е изд., пересмотр. и доп. – С. – Пб.: Гос. Тип., 1902. – Т. 1. – 823 с.
6. Белогриц-Котляревский Л. С. Учебник русского уголовного права / Л. С. Белогриц-Котляревский. – Киев, 1904. – 618 с.
7. Познышев С. В. Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права / С. В. Познышев. – М.: Издание А. А. Карцева, 1912. – 664 с.
8. Колоколов Г. О соучастии в преступлении (О соучастии вообще и подстрекательстве в частности) / Г. Колоколов. – М, 1881. – 224 с.
9. Якубов С. Провокация преступления (постановка проблемы) / С. Якубов. – Т.: Академия МВД Республики Узбекистан, 2007. – 56 с.
10. Полный курс уголовного права: Преступление и наказание. В 5-ти томах. / Под ред.: Коробеев А. И. – С. – Пб.: Юрид. центр Пресс, 2008. – Т. 1. – 1133 с.
11. Инструкция по организации и ведению внутреннего (агентурного) наблюдения от 10.02.1907 г.: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://ord-ua.com.ua/2009/04/29/instruktsiya-po-organizatsii-i-vedeniyu-vnutrennego-agenturnogo-nablyudeniya-10021907g/>.
12. Циркуляр Департамента полиции от 19 октября 1908 г. № 140193: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.regiment.ru/Doc/B/I/17.htm>.
13. Инструкция чинам сыскных отделений от 9 августа 1910 г.: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://statehistory.ru/2087/Instruktsiya-chinam-sysknykh-otdeleniy-ot-1910-g-/>.
14. Необходимое руководство для агентов Чрезвычайных комиссий // Издание Волынской Губернской Чрезвычайной комиссии по борьбе с контрреволюцией, спекуляцией и преступлениями по должности. – 1918. – 32 с.
15. Уголовное законодательство СССР и союзных республик: Сборник (основные законодательные акты) / под редакцией профессора Д. С. Карева. – М., 1957. – 508 с.
16. Светлов А. Я. Ответственность за должностные преступления / А. Я. Светлов; Отв. ред.: И. П. Лановенко. – Киев: Наук. думка, 1978. – 303 с.
17. Судебная практика Верховного Суда СССР. – М., 1948. – 168 с.
18. Гайдук А. П. Зарубежный опыт расследования и раскрытия преступлений в сфере коррупции / А. П. Гайдук // Известия Методического центра профессионального образования и координации научных исследований. – 1996. – № 4. – С. 168–174.
19. Рюнти Х. Словарь уголовного права / Х. Рюнти и др. – Токио, 1961. – 344 с.
20. Opinions of the Lords Of Appeal for Judgment in the cause Regina v. Loosely on 25 October 2001 // Official site parliament.uk: [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd011025/loose-1.htm>.
21. Назаров А. Д. Провокации в оперативно-розыскной деятельности / А. Д. Назаров. – М.: Юрлитинформ 2010. – 152 с.
22. Волженкин Б. Провокация или оперативный эксперимент? / Б. Волженкин // Законность. – 1996. – № 6. – С. 26–30.

23. Мансуров О. А. Уголовно-правовые меры борьбы с провокацией взятки либо коммерческого подкупа: Дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / О. А. Мансуров. – М., 2001. – 215 с.
24. Руководство по практическим мерам борьбы с коррупцией. Подготовлено под эгидой ООН по рекомендации Комитета по предупреждению преступлений и борьбы с ними. Резолюция Экономического и Социального Совета 1990/23 от 23 мая 1990 г. – М.: Пресс, 1990. – 28 с.
25. Керівні принципи, що стосуються ролі осіб, які здійснюють судові переслідування 07.09.1990 р. // Прийняті восьмим Конгресом Організації Об'єднаних Націй з профілактики злочинності і поводження з правопорушниками, Гавана, Куба, 27 серпня – 7 вересня 1990 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_859.
26. Тейшейро де Кастро проти Португалії: Рішення Європейського Суду з прав людини від 9 червня 1998 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/SO1246.html.
27. Раманаускас проти Литви: Рішення Європейського Суду з прав людини від 5 лютого 2008 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scout.gov.ua/clients/vs.nsf/0/1EB4979A1A5E8168C2257584003B059D?OpenDocument>.
28. Баннікова проти Російської Федерації: Рішення Європейського Суду з прав людини від 25 квітня 2005 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/SO1246.html.
29. Веселов та інші проти Російської Федерації: Рішення Європейського Суду з прав людини від 02 жовтня 2012 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://european-court.ru/tag/veselov-i-drugie-protiv-rossii/>.
30. Ваньян проти Росії: Рішення Європейського Суду з прав людини від 15 грудня 2005 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.srji.org/resources/search/27/>.
31. Про захист прав людини і основоположних свобод: Конвенція Ради Європи від 04.11.1950 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
32. Мілініне проти Литви: Рішення Європейського Суду з прав людини від 24 червня 2006 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.justcite.com/Document/d7jrsUrxA0LxsKjIoZiJm0mZm3WIkVnCPnhzPngDP9MBjrMi6atF/miliniene-v-lithuania>.

Pogoretskyi M. Using provocations during covert investigations: questions of the legality.

The article deals with issues legality of using the provocation during covert investigations of domestic and foreign law enforcement agencies. In historical retrospective examines the genesis of the concept and essence of provocation, criminal liability for the commission of the criminal legislation of Ukraine. It is concluded that provocation is using since ancient times in political and military affairs. However, scientific development of provocation as a crime, appropriateness and legality of its using in combating crime most productive began only in the middle of the XIX century. At first the questions about the legality of using the provocation during covert investigations were fixed in departmental normative legal acts of the police and gendarmerie, which is strictly forbidden to use it to incite people to commit crimes. In the early days of Soviet power provocation's methods widely used in operative, investigative and counterintelligence activities. In the firsts criminal codes of most union republics criminal responsibility for provocation was assigned, but later it was canceled.

An important influence on the development of national legislation and enforcement activities to use provocations during covert investigations of law enforcement has the practice of the European Court of Human Rights. ECHR clearly delineates the limits which is permitted during the law enforcement agencies covert investigation. Taking this into account during the preparation and conduct of control measures for crimes it's prohibited provoke (incite) the person to commit the crime with the purpose of further exposure by helping the person to commit the crime, she or he would have never done, no matter how quick operative worker or investigator is not helped. Obtained in this way documents and things can not be used in criminal proceedings.

Keywords: *provocation, incitement, covert investigative (detective) actions, operative-search measures, pre-trial investigation, operative-search activity, evidence.*

Стаття надійшла до редакції журналу 18.12.2015 р.