Шульгін С. О.,
старший слідчий в особливо важливих справах
Головної військової прокуратури
Генеральної прокуратури України

ПРОВОКАЦІЯ (ПІДБУРЮВАННЯ) ОСОБИ НА ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ ПРАЦІВНИКАМИ ПРАВООХОРОННОГО ОРГАНУ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ЗАКРИТТЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ АБО ПОСТАНОВЛЕННЯ ВИПРАВДУВАЛЬНОГО ВИРОКУ

У статті здійснено аналіз кримінального процесуального законодавства України та практики Європейського суду з прав людини щодо можливості використання у доказуванні матеріалів, отриманих в результаті провокації (підбурювання) на скоєння злочину, вчиненої працівниками правоохоронного органу, та запропоновано доповнення до національного законодавства, спрямовані на його вдосконалення.

Ключові слова: *провокація (підбурювання) на вчинення злочину правоохоронними органами, допустимість доказів.*

В статье осуществлен анализ уголовного процессуального законодательства Украины и практики Европейского суда по правам человека о возможности использования в доказывании материалов, полученных в результате провокации (подстрекательства) на совершение преступления, осуществленной сотрудниками правоохранительных органов, и предложены дополнения в национальное законодательство, направленные на его совершенствование.

Ключевые слова: *провокация (подстрекательство) на совершение преступления правоохранительными органами, допустимость доказательств.*

Прийняття Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) стало одним із ключових етапів здійснення реформи кримінальної юстиції України.

У Кримінальному процесуальному кодексі України поєднано позитивний досвід європейських країн, країн англосаксонської правової сім'ї й ті надбання, що на цей час мала Україна, і запропоновано ту модель криміналь-

ного провадження, яка найбільшою мірою відповідає не лише європейським і міжнародним стандартам у галузі кримінального судочинства, практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), а й нормам Конституції України [1 с. 8].

Однак, не зважаючи на високі оцінки КПК України міжнародною спільною, на практиці трапляються випадки порушення його вимог, зокрема вчинення провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину (далі за текстом – провокації), вчинюваної працівниками правоохоронних органів.

Дослідженню поняття провокації злочину, в тому числі вчиненої працівниками правоохоронних органів, свої праці присвятили О. Альошина, Ю. Гродецький, П. Загодіренко, О. Мансуров, А. Мастерков, С. Радачинський, М. Трубецкой, С. Фомін та інші вчені та юристи-практики, однак вказаними науковцями провокація злочину більшою мірою досліджувалася в межах матеріальних кримінально-правових норм.

Питанню провокації злочину в площині кримінального процесу приділили увагу О. Дроздов і М. Погорецький.

Незважаючи на приділення певної уваги проблемі провокації злочину, за межами наукового дослідження та правового регулювання залишилося поняття самої провокації злочину, можливості використання результатів провокації злочину в доказуванні, і найважливіше – критерії відмежування провокації злочину від фіксації у встановленому законом порядку самого злочину.

На сьогоднішній день нормативне визначення провокації злочину відсутнє.

У науковій літературі існують різні дефініції провокації злочину. Так, на думку С. Радачинського, провокація – це умисна одностороння діяльність винного, спрямована на моделювання такої поведінки іншої особи, яка мала б усі зовнішні ознаки злочину з метою дискредитації, шантажу або створення штучних доказів обвинувачення [2, с. 12]. О. Мансуров зазначає, що провокація злочину – це умисна одностороння діяльність винного, спрямована на моделювання такої поведінки іншої особи, яка мала б усі зовнішні ознаки злочину з метою дискредитації, шантажу або створення штучних доказів обвинувачення, якщо при цьому діяння провокованого фактично не містить ознак винуватості [3, с. 40]. На думку О. Альошиної, під провокацією злочину розуміється створення особою обстановки, що виключає вчинення іншою особою злочину, або співучасть у такому злочині, з метою її викриття, шантажу або заподіяння іншої матеріальної чи нематеріальної шкоди такій особі [4, с. 4].

Заслуговує на увагу визначення провокації злочину правоохоронними органами, сформульоване ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви», від 05 лютого 2008 року, у якому зазначено, що поліцейська провокація має місце тоді, коли задіяні службові особи, які являються працівниками органів безпеки, або особами, котрі діють за їх вказівкою, не обмежують свої дії тільки розслідуванням кримінальної справи по суті прихованим способом, а впливають на суб'єкт з метою спровокувати його вчинити злочин, який в іншому випадку не було б вчинено, з метою виявлення злочину, тобто отримати докази та порушити кримінальну справу [12, с. 610]. Подібне визначення провокації ЄСПЛ дав у справі «Сепіл проти Туреччини» від 12 листопада 2013 року [12, с. 666].

Аналізуючи практику ЄСПЛ, О. Дроздов зазначає, що провокація має місце, коли співробітники правоохоронних органів не обмежуються переважно пасивним встановлення обставин можливого вчинення особою злочину з метою збору відповідних доказів і, при наявності на те підстав, притягнення її до відповідальності, а підбурюють цю особу до вчинення злочину. Також вчений пропонує два фактори для визначення того, чи обмежилися співробітники правоохоронних органів переважно па-

сивним спостереженням, зокрема: 1) наявність підстав для проведення відповідних заходів; 2) роль співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину [5, с. 36].

В Україні заборона провокації особи на вчинення злочину міститься лише у частині третій ст. 271 КПК України, в якій зазначено, 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, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона б не вчинила, як би слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем.

При цьому КПК України вказує, що здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні. Вказівки на неможливість використання доказів, здобутих у результаті провокації злочину, закон не містить.

У той же час, у своєму рішенні у справі «Ваньян проти Росії» від 15 грудня 2005 року ЄСПЛ вказав на неможливість використання доказів, отриманих у результаті провокації поліції [6]. Аналогічну правову позицію ЄСПЛ висловив у справі «Тейшейра Де Кастро» проти Португалії від 09 червня 1998 року [7].

Вважаємо, що під час розгляду кримінального провадження по суті, докази винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення, отримані в результаті провокації злочину службовими особами правоохоронних органів, суд зобов'язаний визнати недопустимими, такими, що отримані з порушенням вимог закону, та у разі відсутності інших доказів, що вказують на винуватість особи в інкримінованому правопорушенні, ухвалити виправдувальний вирок.

Крім того положення п. 3 частини першої ст. 2 Закону України «Про Національну поліцію» [8], частина друга ст. 2 Закону України «Про Службу безпеки України» [9] покладають на правоохоронні органи обов'язок попередження, виявлення та припинення кримінальних правопорушень (злочинів), а не їх провокацію (підбурювання), тобто умисне, штучне створення. Як слушно зазначає з даного приводу Ю. Гродецький, суспільна небезпечність провокації злочину – це реальна можливість заподіяти істотну шкоду фізичній або юридичній особі, суспільству чи державі шляхом створення особою обставин та умов, що зумовлюють учинення злочину [10, с. 171].

У науці висловлено думку про те, що у кримінальних справах (провадженнях), в яких у якості доказів використовуються матеріали за результатами проведення оперативних заходів (негласних слідчих (розшукових) дій) до предмета доказування повинно входити також доведення факту «відсутності провокації» [11]. З даного приводу також є позиція ЄСПЛ у вищевказаній справі «Раманаускас проти Литви» від 05 лютого 2008 року, де Суд зазначив, що обов'язок доводити, що провокації не було, за умови, що доводи обвинуваченого не є абсолютно необґрунтованими, покладається на органи, що здійснювали розслідування. За відсутності таких доказів судові органи мають дослідити фактичні обставини справи і вжити необхідних заходів для виявлення істини, з тим щоб вирішити, чи мала місце провокація. У випадку якщо вони прийдуть до того висновку, що провокація мала місце, вони зобов'язані зробити відповідні висновки відповідно до Конвенції [12, с. 615].

Не можна погодитись з твердженням А. Яковенка про те, що українські суди фактично відмовляються у наданні можливості дослідити питання наявності/відсутності провокації з боку правоохоронних органів [15], оскільки у Єдиному державному реєстрі судових рішень є досить багато виправдувальних вироків, ухвалених саме у зв'язку з провокацією злочину правоохоронними органами. Прикладом цього є ухвала Апеляційного суду Київської області від 01 грудня

2014 року (справа № 369/7691/13-к), якою суд, скасовуючи вирок Києво-Святошинського районного суду Київської області від 16 червня 2014 року, окрім іншого, зазначив, що суду першої інстанції необхідно було з'ясувати питання про те, чи мали місце провокації з боку міліції при проведенні оперативних заходів, пов'язаних із виявленням і фіксацією збуту засудженими наркотичних засобів, і залежно від встановлених результатів вирішити питання про можливість притягнення засуджених до кримінальної відповідальності [17].

Аналізуючи практику національних судів, можна помітити, що у більшості кримінальних правопорушень, у яких проводилась негласна слідча (розшукова) дія у вигляді контролю за вчиненням злочину, сторона захисту досить часто заявляє про провокацію щодо неї злочину з боку працівників правоохоронних органів. Перевірку таких клопотань судом ускладнює відсутність чіткого критерію, за яким можна розмежувати провокацію (підбурювання) особи на вчинення злочину та допустиму (правомірну) поведінку правоохоронних органів.

З метою відмежування провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину від допустимої поведінки правоохоронних органів було проаналізовано рішення ЄСПЛ, який у своїх рішеннях виробив низку необхідних критеріїв, зокрема у справі «Баннікова проти Російської Федерації» від 04 листопада 2010 року; «Веселов та інші проти Російської Федерації» від 02 жовтня 2012 року; «Ваньян проти Росії» від 15 грудня 2005 року [13, с. 505–669], а саме: змістовний та процесуальний критерій.

Під змістовним критерієм слід розуміти наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів, а під процесуальним – наявність в суду можливості перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання з дотриманням принципів рівності перед законом і судом та змагальності сторін й свобода в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості.

Розкриваючи змістовний критерій, ЄСПЛ відзначає, держава повинна мати у своєму розпорядженні конкретні та об'єктивні свідчення, що підтверджують вчинення обвинуваченим конкретних кроків на вчинення діяння, за яке він у подальшому переслідується. При цьому відповідно до вимог ЄСПЛ будь-яка інформація, що стосується існуючого наміру вчинити злочин або вчинюваного злочину, має бути такою, що може бути перевіреною, та публічне обвинувачення повинно мати змогу продемонструвати на будь-якій стадії, що в його розпорядженні наявні достатні підстави для проведення оперативного заходу.

Крім того, як зазначає ЄСПЛ стосовно змістовного критерію, будь-яка інформація, отримана внаслідок негласної діяльності, має відповідати вимозі щодо того, що слідство має проводитись у цілому у пасивній манері. Таке виключає, зокрема, будь-які дії, що можуть бути розтлумачені, як вплив на обвинуваченого з метою вчинення ним злочину, як то – прояв ініціативи в контактах, повторна пропозиція, наполегливі нагадування тощо. Слушну думку з даного приводу висловив М. Погорецький, який зазначає, що ЄСПЛ не вбачає порушень у використанні у кримінальному провадженні доказів, отриманих у результаті проведення негласних (слідчих) дій, наприклад операцій під прикриттям. Проте ЄСПЛ вважає такими, що не відповідають Конвенції використання судами доказів, отриманих в результаті провокації, здійсненої правоохоронцями [18, с. 40].

Слід відмітити, що під впливом судової практики ЄСПЛ в Україні почала активно формуватися національна судова практика щодо постановлення виправдувальних вироків у зв'язку з наданням судам доказів винуватості особи у вчиненні злочину, отриманих в результаті провокації злочину.

Так, Деснянський районний суд міста Києва вироком від 15 вересня 2016 р.,

виправдовуючи ОСОБА_1 у вчинення злочинів, передбачених частиною першою ст. 307, частиною другою ст. 311, частиною першою ст. 321, частиною другою ст. 307, частиною третьою ст. 321, частиною першою ст. 263 КК України, в мотивувальній частині рішення зазначив, що протоколи за результатами контролю за вчиненням злочину здобуті з порушенням порядку, встановленого КПК України, оскільки отримані внаслідок провокації, тому, відповідно до вимог ст. 86 КПК України, є недопустимими доказами [13].

Залишаючи в силі виправдувальний вирок Коростенського міськрайонного суду Житомирської області 07 червня 2013 року в своїй ухвалі колегія суддів апеляційного суду Житомирської області від 30 вересня 2014 року вказала, що контрольна закупка, яка покладена в основу обвинувачення, носить нелегітимний характер, оскільки проведена з порушенням чинного законодавства. Крім того, контрольна закупка була проведена працівниками міліції, що судом було розцінено, як провокація злочину [14].

Разом з тим Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ жодних роз'яснень з приводу використання у доказуванні матеріалів, отриманих у результаті провокації правоохоронними органами, не надає. Застарілою з приводу провокації злочину є позиція Верховного Суду України, висловлена у п. 23 Постанови Пленуму «Про судову практику у справах про хабарництво» № 5 від 26 квітня 2002 року [16], яка не змінювалась майже 15 років.

Слід відмітити той факт, що у вітчизняній науці кримінального процесу не приділено достатньої уваги дослідженню доказів, отриманих у результаті провокації злочину, на стадії досудового розслідування. На практиці проведення негласних слідчих (розшукових) дій, у тому числі контролю за вчиненням злочину, доручається працівникам оперативних підрозділів. У такому випадку слідчий і прокурор повною мірою не володіють інформацією про обстановку проведення слідчої дії та її результатами, в тому числі можливої провокації та, як наслідок, одразу не можуть оцінити отримані докази з точки зору їх допустимості. Разом з тим під час ознайомлення сторони захисту з матеріалами досудового розслідування, оцінивши сукупність зібраних доказів і встановивши, що частина з них здобуті в результаті провокації, прокурор, розуміючи відсутність «судової перспективи» в такому кримінальному провадженні, та за наявності на те законних підстав, у межах його повноважень може закрити кримінальне провадження.

Актуальною з даного приводу є думка Р. Бєлкіна, який зазначає, що важливим критерієм оцінки результатів слідчої дії є їх законність, яка означає, що: 1) слідча дія проведена законно, тобто можливість її проведення передбачена законом; 2) її результати отримані за умов, які визначені законом до цієї слідчої дії [20, с. 266].

Підсумувати викладене вище, вважаємо, що під провокацією (підбурюванням) особи на скоєння злочину, вчиненою правоохоронними органами, слід розуміти активні дії службової особи правоохоронного органу, або іншої особи, що була залучена до проведення оперативно-розшукового заходу або негласної слідчої (розшукової) дії, яка, не обмежуючись своїми правомірними діями під час досудового розслідування кримінального провадження, користуючись тим, що особа, яку провокують (підбурюють) на вчинення цього злочину, не знає про проведення щодо неї відповідних передбачених законом заходів впливає на неї таким чином, щоб спонукати таку особу вчинити кримінальне правопорушення, яке в іншому випадку не було б вчинене, не маючи іншої мети, окрім як подальшого викриття особи, створення доказів її винуватості та притягнення до кримінальної відповідальності.

З метою вдосконалення кримінального процесуального законодавства

щодо використання доказів, отриманих у результаті провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину, пропонуємо ст. 87 КПК України доповнити положенням про те, що суд зобов'язаний визнати доказ недопустимим у разі його отримання в результаті провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину службовими особами правоохоронних органів. Також ст. 91 КПК України слід доповнити положенням про те, що у кримінальному провадженні підлягають доказуванню відсутність провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину службовими особами правоохоронного органу, а ст. 368 КПК України доповнити положенням про те, що, ухвалюючи вирок, суд повинен вирішити питання про те, чи мала місце провокація (підбурювання) особи на вчинення злочину службовими особами правоохоронних органів. При цьому зазначені законодавчі положення повинні застосуватись виключно у разі, якщо підозрюваний (обвинувачений) будуть стверджувати про наявність факту провокації (підбурювання) на вчинення злочину.

Вважаємо, що таке правове регулювання не створюватиме жодних передумов для провокації злочину, здобуті в результаті провокації злочину докази будуть визнані недопустимими, що, своєю чергою, не призведе до незаконного притягнення особи до кримінальної відповідальності та сприятиме виконанню завдань кримінального провадження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. *Удалова Л.Д.* Деякі проблемні питання правозастосування кримінального процесуального законодавства / Л. Д. Удалова // Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України: зб. матер. міжвуз. наук. конф. (Київ, 26 квіт. 2013 р.) / Національна академія прокуратури України. – К.: Правова єдність, 2013. – С. 33–44.
2. *Радачинский С.Н.* Провокация преступления как комплексный институт уголовного права: проблемы теории и практики: дисс. … докт. юрид. наук: 12.00.08 / С.Н. Радачинский. – Нижний Новгород, 2011. – 367 с.
3. *Мансуров О.А.* Уголовно-правовые меры борьбы с провокацией взятки либо коммерческого подкупа: дисс. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / О.А. Мансуров. – Москва, 2001. – 215 с.
4. *Альошина О.І.* Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): автореф. дис… канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / О.І. Альошина; Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ. – Д., 2007. – 18 с.
5. *Дроздов О.М.* Актуальні питання здійснення захисту від провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину у світлі практики Європейського суду з прав людини / О.М. Дроздов // Вісник Кримінального судочинства. – 2016. – № 2. – С. 31–44.
6. Решение Европейского суда по правам человека от 15 дек. 2005 г. «Ваньян против России» (жалоба № 53203/99) / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.srji.org/resources/search/27/.
7. Решение Европейского суда по правам человека от 09 июня 1998 г. «Тейшейра Де Кастро против Португалии» (жалоба № 44/1997/828/1034) / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: sergeinasonov.narod.ru/Kastro.doc.
8. Про Національну поліцію: Закон України від 02 лип. 2015 р. № 580-VIII / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/580–19/conv/print1478415216022–206.
9. Про Службу безпеки України: Закон України від 25 берез. 1992 р. № 2229-XII / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2229–12/conv/print1389885870855237.
10. *Гродецький Ю.В.* Суспільна небезпечність провокації злочину / Ю.В. Гродецький // Проблеми законності. – 2009. – № 102. – С. 164–172.
11. *Трубецкой Н.А.* Провокация преступлений правоохранительными органами несовместима с принципами международного права [Электронный ресурс] / *Н.А. Трубецкой.* – Режим доступа: http://www.palatask.ru/article-all/trubetskoy/provocation.html.
12. Збірник судових рішень у справах щодо провокації злочину працівниками правоохоронних органів / С.В. Прийма, С.О. Шульгін. – Х.: Право, 2015–608 с.
13. Вирок Деснянського районного суду м. Києва від 15 верес. 2016 р. (справа № 754/12820/15-к) / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61529306.

14. Ухвала колегії суддів у кримінальних справах Апеляційного суду Житомирської області від 30 верес. 2014 р. (справа № 279/941/13-к) / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40752764.

15. *Яковенко А. О.* Провокація злочину як підстава для звільнення особи від кримінальної відповідальності [Електронний ресурс] / А. О. Яковенко. – Режим доступу: https://www.facebook.com/Judicial.Truth/photos/a.424078624452162.1073741828.419463694913655/445524392307585/?type=3&__mref=message_bubble;

16. Про судову практику у справах про хабарництво [Електронний ресурс]: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26 квіт. 2002 р. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0005700–02.

17. Ухвала Апеляційного суду Київської області від 01 груд. 2014 р. (справа № 369/7691/13-к) / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr. – court.gov.ua/Review/41891362.

18. *Погорецький М. А.* Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності / М. А. Погорецький // Вісник Кримінального судочинства. – 2016. – № 1. – С. 33–43.

19. *Белкин Р. С.* Собирание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы // Р. С. Белкин. – М.: Наука, 1966. – 295 с.

Shulgin S. Provocation (incitement) the person in committing the crime by law enforcement bodies as a basis for termination of criminal proceedings or acquittal

The article presents the analysis of Ukrainian legislation and practice of the ECHR regarding the possible use in evidence of material obtained as a result of provocation crimes committed by law enforcement officials on proposed additions to the legislation aimed at its improvement.

Under provocation (incitement) of the person for the offence committed by the law enforcement agencies should understand the active actions of officials of law enforcement Agency or other person that was involved in carrying out of operatively-search actions or covert investigative (search) actions, beyond its lawful actions during pre-trial investigation of criminal proceedings, using the fact that the person who provoke (incite) for committing the crime is unaware of the conduct in respect of the appropriate prescribed by law, measures affects her so to induce a person to commit a criminal offence, which otherwise would not be committed, and having no other purpose than as a further proof of the face, creating evidence of her guilt and criminal responsibility.

With the aim of improving criminal procedural legislation regarding the use of evidence obtained as a result of provocation of the crime offered by article 87 of the code of criminal procedure be supplemented with a provision that the court must admit evidence inadmissible in case it is received as a result of provocation of a crime, article 91 of the code of criminal procedure be supplemented with a provision that in criminal proceedings subject to proof of absence of provocation of crime, and art. 368 code of criminal procedure be supplemented with a provision that in passing sentence, the court must decide the question of whether there was a provocation of the crime if the suspect (defendant) will argue about the existence of provocation (incitement) to commit a crime.

Keywords: *provocation (incitement) to commit a crime by law enforcement, the admissibility of evidence.*

Стаття надійшла до редакції журналу 15.03.2017 р.