

виклики воєнного стану в Україні : матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 5 трав. 2022 р. / упоряд. та заг. ред.: Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого ; Нац. шк. суддів України ; Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права» ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса. Харків : Право, 2022. С. 268-272

7. Киричко В.М. Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги (ст. 201-2 КК): проблеми системного тлумачення та практичного застосування і шляхи їх вирішення. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2023. № 1(19). С. 150-181

8. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua>

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-395-1-84>

ДО ПИТАННЯ ПРОВОКАЦІЇ ПІД ЧАС ПРОВАДЖЕННЯ КОНТРОЛЮ ЗА ВЧИНЕННЯМ ЗЛОЧИНУ

Кучеров Дмитро Сергійович

*аспірант кафедри криміналістики, детективної
та оперативно-розшукової діяльності*

*Національного університету «Одеська юридична академія»,
м. Одеса, Україна*

Одним з найбільш вразливих особливостей проведення контролю за вчиненням злочину є ризик провокації під час реалізації відповідної негласної слідчої (розшукової) дії. Оскільки, не має значення скільки доказів винуватості особи наявно, скільки процесуальних ресурсів було витрачено на проведення контролю за вчиненням злочину – наявність провокації свідчатиме про явну недопустимість зібраних доказів: «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, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні (ч. 3 ст. 271 КПК)» [1], та в окремих випадках про можливу кримінальну відповідальність за вчинення провокації злочину. З огляду на це

вважаємо за доцільне визначитись із загальними характеристиками провокації, її ознаками, діями які можуть кваліфікуватись як провокація та розмежуванням провокації та законних процесуальних дій.

Перш за все, варто вказати на те, що вітчизняні суди, навіть зважаючи на суспільну необхідність подолання окремих видів злочинів, вказують на недопустимості провокації (незважаючи на інститут крайньої необхідності): «з огляду на серйозність породжуваних корупцією проблем і загроз для стабільності й безпеки суспільства, що підриває демократичні інститути й цінності, етичні цінності й справедливість та завдає шкоди сталому розвитку України й принципу верховенства права, очевидно є важливість заходів боротьби з корупцією, запроваджених в Україні. Незважаючи на це, право на справедливе правосуддя, закріплене у ч. 1 ст. 6 Конвенції все ж посідає настільки чільне місце, що ним не можна пожертвувати заради доцільності... слідчі органи за жодних умов не повинні перевіряти здатність особи протистояти спокусі вчинити злочин, у т.ч. корупційний, якщо така можливість їй пропонується. Вільне волевиявлення особи не повинно піддаватись маніпуляціям з боку правоохоронців. Водночас, людина не може нести відповідальність за дії, вчинені нею під впливом правоохоронних органів. Слідчі методи і тактики, зокрема таємні можуть застосовуватись виключно для розкриття вже вчиненого кримінального правопорушення, а не для створення злочину, який би особа не вчинила, якби її до цього не підштовхнули правоохоронні органи» [1].

Усі повідомлення про можливу провокацію працівників правоохоронних органів під час провадження контролю за вчиненням злочину мають змістовно досліджуватись судами: «якщо обвинувачений стверджує, що його спровокували на скоєння правопорушення, то суди, котрі розглядають кримінальну справу, повинні уважно вивчити матеріали справи, оскільки для того, щоб судовий розгляд був справедливим у розумінні статті 6 § 1 Конвенції, усі докази, отримані внаслідок поліцейської провокації, повинні бути відхилені» [3]. Важливим підґрунтям для відповідної позиції суду є рішення ЄСПЛ, які направлені на виявлення та протидію провокаціям: «у такій системі судовий розгляд скарги на підбурювання є єдиним ефективним засобом перевірки обґрунтованості причин негласного заходу та з'ясування того, чи діяли агенти під час цих операцій «в основному пасивним чином» [5]; «також необхідно, щоб рішення національних судів, які відхиляли скаргу заявника на провокування, були достатньо обґрунтовані» [8; 9].

Варто також вказати на те, що для розгляду самого факту провокації сторона захисту має визнати факт вчинення протиправних дій обвинуваченим: «захист проти провокації обов'язково передбачає, що обвинувачений визнає, що діяння, у вчиненні якого його звинувачують, було вчинено, але стверджує, що це відбулось внаслідок незаконного підбурювання зі сторони поліції» [5].

Європейський суд з прав людини пропонує два критерії, які дозволять визначитись із наявністю провокації: матеріальний та процесуальний [6,7]. Матеріальний критерій направлений на перевірку підстав проведення процесуальних дій щодо особи, а також наявність злочинних дій особи до проведення правоохоронними особами процесуальних дій: «Суд буде з'ясовувати, як перший крок, чи мали органи влади вагомі підстави для початку таємної операції. Зокрема, вони повинні продемонструвати, що вони володіли конкретними, об'єктивними та перевіреними доказами, які свідчать про початкові кроки для вчинення дій, які складають злочин, а також те, що злочинні дії були вже вчинено під час втручання поліції» [9].

Щодо матеріального критерію оцінки провокації злочину необхідно виділити наступні його особливості:

- повідомляти про вчинення злочину має приватна особа (не працівник правоохоронного органу), можливі приховані мотиви якої мають бути перевірені. У випадку інформування про вчинення злочину конфідентом, інформатором або працівником правоохоронного органу має ретельно перевірятись їх джерело та вчинені дії, що призвели до їх обізнаності;

- ініціатором злочину має бути особа щодо якої в подальшому буде здійснюватися розслідування;

- повідомлення про злочин має бути після вчинених дій особою направлених на реалізацію злочинного умислу (з цим корелюються наступні вимоги: для початку здійснення розслідування має бути підстава; має бути підстава для проведення негласних слідчих (розшукових) дій);

- має бути відсутність «пастки» для особи. В свою чергу: «Суд визначає пастку як ситуацію, коли задіяні агенти - працівники органів правопорядку або особи, що діють на їх прохання - не обмежуються суто пасивними спостереженнями протиправної діяльності, а здійснюють на особу, за котрою стежать, певний вплив, провокуючи її скоїти правопорушення, яке би вона в іншому випадку не вчинила, з метою зафіксувати його, тобто отримати доказ і розпочати кримінальне переслідування» [2]. Для уникнення «пастки» мають дотримуватись наступні умови: під час взаємодії з особою має бути виключені спроби підбурювання або її спонування до вчинення злочину, шляхом погроз,

примусу, вмовлянь, не має бути ініціатив у контактах з особою, повторних пропозицій, незважаючи на наявну відмову особи, пропозицій ціни вище середньої або наполегливі нагадування тощо; поведінка працівників правоохоронних органів має бути пасивною та має характеризуватись спостереженням; заборонено поставлення особи в умови, що ускладнюють задоволення її потреб законним способом.

Процесуальний критерій перевіряє наявність процесуальних засобів направлених на виявлення та надання належної правової оцінки можливій провокації: «Суд повинен розпочати процесуальний тест та перевірити, чи мав заявник можливість ефективно поставити питання про провокації поліцією його до вчинення злочину у національному провадженні» [9]. Оцінюючи процесуальний критерій, варто погодитись з тим, що «процедура перевірки заяв про провокацію КПК не передбачена. Разом із тим, кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ (ч. 5 ст. 9 КПК), якою, зокрема, вироблено критерії перевірки обґрунтованих тверджень заявників щодо провокації вчинення злочину на основі двох тестів, які дозволяють встановити відмінність провокації на вчинення злочину, що суперечить ст. 6 Конвенції, від дозволеної поведінки під час застосування законних таємних методів у кримінальних розслідуваннях» [1], по суті процесуальний критерій реалізується на стадії судового розгляду, коли у суду з'являється реальна можливість перевірити наявність провокації з дотриманням засади змагальності та рівності сторін.

Література:

1. Вирок Вищого антикорупційного суду від 01 червня 2022 року, судова справа № 991/722/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104570166>
2. Вирок Вищого антикорупційного суду від 30 липня 2021 року, судова справа № 752/7440/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98685039>
3. Постанова Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 13 листопада 2019 року, судова справа № 395/1544/14-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85743519>
4. Рішення ЄСПЛ «Берлізев проти України» від 08 липня 2021 року (заява № 43571/12). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_g82#Text
5. Рішення ЄСПЛ «Лагутін та інші проти Росії» від 24 квітня 2014 року (заява № 6228/09). URL: [https://hudoc.echr.coe.int/ukr#{%22fulltext%22:\[%22Lagutin%20and%20Others%20v.%20Russia%22\],%](https://hudoc.echr.coe.int/ukr#{%22fulltext%22:[%22Lagutin%20and%20Others%20v.%20Russia%22],%22})

22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22,%22DECISIONS%22],%22itemid%22:[%22001-142518%22]}

6. Рішення ЄСПЛ «Матановіч проти Хорватії» від 04 квітня 2017 року (заява № 2742/12). URL: <https://www.echr.com.ua/translation/sprava-matanovich-poti-horvatii-tekst-rishennya/>

7. Рішення ЄСПЛ «Раманаускас проти Литви» від 05 лютого 2008 року (заява № 31536/07). URL: <http://surl.li/ggjvij>.

8. Рішення ЄСПЛ «Санду проти Республіки Молдови» від 11 травня 2014 року (заява № 16463/8). URL: <http://surl.li/piobot>.

9. Рішення ЄСПЛ «Чохонелідзе проти Грузії» від 2 червня 2018 року (заява № 31536/07). URL: <https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2018/07/Rishennya-u-spravi-Chohonelidze-proti-Gruzii.pdf>