

В. Є. Макода, кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
Навчально-наукового інституту права
Київського університету імені Тараса Шевченка

ВІДМЕЖУВАННЯ ПРОВОКУВАННЯ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ, ВІД ДОЗВОЛЕНОЇ ПОВЕДІНКИ ПІД ЧАС ЗАКОННИХ ТАЄМНИХ МЕТОДІВ У КРИМІНАЛЬНИХ РОЗСЛІДУВАННЯХ

Питання провокації злочину вже багато років турбує, як сторони захисту і обвинувачення, так і суди, які керують в першу чергу практикою ЄСПЛ встигли напрацювати власні критерії оцінки дій правоохоронних органів та залучених ними до проведення НС(Р)Д осіб, які фактично дуже часто перебувають під їх контролем, але довести цей факт, можливо не завжди. Сьогодні в Україні проводиться робота над новою редакцією КПК України та КК України, зокрема це пов'язано і з військовою агресією російської федерації відносно України. У зв'язку з цим є актуальним питання, щодо більш детального визначення підстав встановлення або відсутності вчинення провокації відповідними суб'єктами кримінальних правовідносин, яке потребує більш детального визначення та закріплення його у відповідних статтях КПК України.

Під час проведення дослідження, були підняті питання, які пов'язані з належною перевіркою вчинення провокації злочину під час проведення досудового розслідування у кримінальних провадженнях, зокрема опираючись на практику Європейського суду з прав людини та судовою практикою, яка побудована на рішеннях національних судів України. Також, було звернено увагу, що судова практика є різною, а тому суд повинен ретельно перевіряти заяви сторони захисту або обвинуваченого про вчинення провокації злочину правоохоронними органами або особою, яка перебувала під їх контролем(заявником). Також, були наведені у роботі критерії, згідно яких суд, повинен встановити наявність провокації або її відсутність. Зокрема, автором було зазначено, що у разі відсутності у матеріалах кримінального провадження доказів того, що органи досудового розслідування розпочали документування злочину не на стадії його підготовки, а ще до початку вчинення, може свідчити про провокацію злочину.

Ключові слова: провокація, кримінальне провадження, допустимі докази, активні дії, обвинувачений, досудове розслідування, агент.

V. Ye. Makoda. The exclusion of the prosecution of a crime from permitted behavior during legitimate secret methods in criminal investigations

The issue of the provocation of the crime has been concerned for many years, both the parties to the defense and prosecution, and the courts, which, in the first place, managed to develop their own criteria for evaluating the actions of law-enforcement bodies and the persons involved in the conduct of the NS(R)D, who are actually very often under their control, but to prove this fact, perhaps not always. Today in Ukraine is working on a new version of the CPC of Ukraine and the CC of Ukraine, in particular, it is connected with military aggression of the Russian Federation against Ukraine. In this regard, it is an actual issue, as to more detailed definition of the grounds for establishment or absence of provocation by the corresponding subjects of criminal legal relations, Which requires a more detailed definition and its fixing in the relevant articles of the CPC of Ukraine.

During the investigation, questions related to the proper investigation of the provocation of the crime during the pre-trial investigation in criminal proceedings were raised, in particular, based on the practice of the European Court of Human Rights and judicial practice, which was based on the decisions of the national courts of Ukraine. Also, it was noted that judicial practice is different, Therefore, the court must thoroughly check the statements of the defense party or accused of committing a crime by law enforcement bodies or the person under their control (applicant).also, were cited in the work of the criteria according to which the court should establish the presence of provocation or its absence. In particular, the author noted that in the absence of evidence in the materials of criminal proceedings that the pre-trial investigation authorities have begun documenting the crime not at the stage of its preparation, but before the beginning of the act, can testify to the provocation of the crime.

Key words: Provocation, criminal proceedings, admissible evidence, active actions, accused, pre-trial investigation, agent.

Сьогодні майже у всіх кримінальних провадженнях, сторона захисту або обвинувачений під час розгляду справи по суті заявляють клопотання про вчинення провокації злочину відносно обвинуваченого зі сторони правоохоронного органу або особи, яка перебувала під їх контролем та виконувала їх вказівки під час проведення НС(Р)Д. У більшості випадків, це справи щодо, прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою. Слід зазначити, що у ст. 216 КПК України визначено підслідність правоохоронних органів, які мають повноваження здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень, які визначені відповідними статтями КК України.

Метою статті є відображення критеріїв визначення провокації та різної судової практики, які виникають під час перевірки судом вчинення провокації злочину.

Слід зазначити, що у Постанові Верховного суду від 12.05.2021р (справа № 750/10362/17)колегія суддів зазначила, що при розгляді справи по суті має ретельно перевірити доводи сторін з урахуванням позицій, напрацьованих ЄСПЛ стосовно відмежування провокування вчинення злочину, яке суперечить ст. 6 Конвенції, від дозволеної поведінки під час законних таємних методів у кримінальних розслідуваннях (справи «Баннікова проти Російської Федерації» від 04 листопада 2010 року, «Веселов та інші проти Російської Федерації» від 02 жовтня 2010 року, «Матановіч проти Хорватії» від 04 квітня 2017 року, «Раманаускас проти Литви» від 20 лютого 2018 року тощо), а саме:

- чи існували об'єктивні підозри в тому, що обвинувачені були причетними до злочинної діяльності або схильними до вчинення кримінального правопорушення;

- у який момент була залучена особа до конфіденційного співробітництва: до першої зустрічі з посадовцями (що може свідчити про провокацію) або після того, як посадові особи висунули їй вимоги щодо отримання неправомірної вигоди;

- хто був ініціатором зустрічей – першої та подальших;

- чи носили дії органів правопорядку пасивний характер коли відповідні працівники правоохоронних органів або особи, які діяли за їхніми вказівками, з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів протиправної діяльності, впливали на суб'єкта, схилиючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений;

- чи була особа, яка залучена до конфіденційного співробітництва, залежною від правоохоронних органів [1].

Також, суд повинен перевірити, активними чи пасивними були дії правоохоронних органів та осіб, які перебували під їх контролем під час проведення НС(Р)Д. Слід зазначити, що для належної перевірки наявності або відсутності провокації, сторона обвинувачення повинна надати суду належні та допустимі докази, які підтверджують про її відсутність, і що правоохоронні органи діяли відповідно до вимог кримінально-процесуального закону. У зв'язку з цим, суд повинен мати доступ, а сторона обвинувачення повинна його надати суду, до аудіо-відео матеріалів, які відображають першу зустріч між обвинуваченим та особою, яка була залучена слідчим або прокурором, згідно ч. 6 ст. 246 КПК України до конфіденційної співпраці з правоохоронними органами та надала згоду на участь у проведенні НС(Р)Д. При цьому слід зазначити, що докази, які отримані до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань про вчинення кримінального правопорушення особою, визнаються недопустимими.

Відсутність матеріалів, які відображають першу зустріч між заявником та обвинуваченим ускладнюють належну перевірку судом вчинення провокації, а також дій правоохоронних органів.

Також, є актуальним питання, чи перебувала особа(заявник) під час першої зустрічі з обвинуваченим під контролем правоохоронних органів, зокрема у кримінальних провадженнях, які пов'язані або непов'язані з обвинуваченим. Для цього, стороні захисту необхідно звернутися з адвокатським запитом до Офісу Генерального прокурора про надання інформації, чи особа(заявник) проходила у кримінальних провадженнях, як потерпіла, заявник, обвинувачена. Відповідно до Положення про порядок ведення ЄРДР, який затверджений наказом №139 від 06.04.2016 р. Генеральної прокуратури України, зокрема в Розділі 4(Надання відомостей з Реєстру) зазначено, що держателем Реєстру є Генеральна прокуратура України (Офіс Генерального прокурора),також зазначено, що відомості з Реєстру надаються у вигляді витягу в порядку, встановленому КПК України, за формою, наведеною у додатку 6 до цього Положення. Уразі ненадання такої інформації, сторона захисту(адвокат) може звернутися до адміністративного суду про ненадання інформації або звернутися до суду з клопотанням про витребування від Офіса Генерального прокурора, як держателя ЄРДР необхідну інформацію. Як правило, суд просить надати стороні захисту докази, що вона не може отримати таку інформацію самостійно, а тому вищезазначені дії адвоката є необхідними. Також, є непоодинокі випадки, коли під час проведення досудового розслідування, сторона захисту або обвинувачений звертаються до правоохоронних органів з заявою про вчинення провокації злочину, відповідальність за яке передбачено ст. 370КК України. При цьому слід зауважити, що КПК не передбачає обов'язкової вимоги щодо дотримання правил підслідності при внесенні відомостей до ЄРДР. Стаття 214 КПК не містить вказівки і на можливість не вносити відомості, якщо кримінальне правопорушення не підслідне відповідному органу розслідування.

Слід зазначити, що на початкових етапах розслідування відомості про подію злочину є фрагментарними, а комплексність умов норм КПК, якими визначається підслідність кримінальних проваджень, зокрема підслідність НАБУ, іноді унеможливує точне та беззаперечне встановлення належного органу досудового розслідування одразу на початку розслідування з огляду на недостатність необхідних фактичних даних (постанова Верховного Суду від 24.03.2021 року(справа № 520/2989/16-к).Уразі проведення досудового розслідування у такому кримінальному провадженні, слідчий(детектив) може звернутися до Офісу Генерального прокурора про надання інформації, чи особа (заявник) проходила у кримінальних провадженнях, як потерпіла, заявник, обвинувачена. Як показує практика, необхідну інформацію слідчий отримує і уразі, якщо у цьому кримінальному провадженні заявник отримує статус потерпілого, він може ознайомитися

з матеріалами кримінального провадження та використати їх при захисті своїх прав та інтересів. Також необхідно зазначити, що згідно пункту третього частини п'ятої ст.216 КПК України у разі встановлення підрозділом внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України кримінальних правопорушень, передбачених статтями 354, 364-370 Кримінального кодексу України, які були вчинені службовою особою Національного антикорупційного бюро України (крім Директора Національного антикорупційного бюро України, його першого заступника та заступника), такі кримінальні правопорушення розслідуються детективами зазначеного підрозділу.

Як правило, слідчі(детективи) у таких провадженнях, виносять постанови про закриття кримінального провадження на підставі відсутності події або складу злочину у діях правоохоронних органів.

Поряд з цим, є випадки, коли суд скасовує такі постанови слідчого у зв'язку з не проведенням повного, об'єктивного та всебічного досудового розслідування, зокрема це підтверджується ухвалою Соломянського районного суду м. Києва від 31.01.2019р(справа № 760/14503/19),ухвалою Соломянського районного суду м. Києва від 03.03.2020 р (справа № 760/1140/20) та ухвалою Соломянського районного суду м. Києва від 23.09.2022 р. (справа № 760/18685/20).

Заслуговує на увагу, правова позиція, яка була зазначена у Постанові Верховного суду від 06.07.2022 (справа № 454/2576/17) у якій колегія суддів зазначила: аби встановити, чи було розслідування «суто пасивним», Суд вивчає мотиви, що виправдовували операцію проникнення, і поведінку державних органів, які її здійснювали. Зокрема, Суд установлює, чи існували об'єктивні сумніви в тому, що заявника втягнули у злочинну діяльність або схилили скоїти кримінальне правопорушення. Під час ретельної перевірки цих обставин суди не встановили ознак провокації, що, на думку Суду, цілком обгрунтовано. У свою чергу суд апеляційної інстанції, спростовуючи доводи щодо наявності в діях працівників правоохоронних органів ознак провокації, звернув увагу на пояснення допитаного в судовому засіданні ОСОБА_1 про те, що він одержав гроші від ОСОБА_2 для сплати за нього адміністративного штрафу, тобто засуджений особисто заперечував провокацію злочину, оскільки, як він стверджував, не отримував коштів як неправомірну вигоду за вплив на іншого суддю.

Істотна суперечність позиції захисту виключає сумніви у відсутності провокації злочину. Наведене відповідає практиці ЄСПЛ, який визнає необгрунтованими та не розглядає по суті заяви щодо провокації злочину, коли заявник заперечує факт вчинення ним злочину та одночасно заявляє про провокацію на його вчинення (рішення у справі «Берлізев проти України» від 08 липня 2021 року) [2]. Згідно з рекомендаціями ЄСПЛ з метою перевірки дотримання права на справедливий судовий розгляд у випадку використання таємних агентів Суд насамперед перевіряє, чи влаштовувались пастки (те, що зазвичай називається «матеріальним критерієм провокації»), і якщо так, то чи міг заявник у національному суді скористатися цим для свого захисту («процесуальний критерій провокації»; пункти 37, 51 рішення у справі «Баннікова проти Росії» від 04 листопада 2010 року).

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 (п. 55 рішення у справі «Раманаускас проти Литви» від 05 лютого 2008 року).

Цілком згоден з думкою Панової А.В., яка зазначає, що до ознак, які дозволяють кваліфікувати дії прокурора, слідчого або співробітників правоохоронних підрозділів як провокацію вчинення злочину, слід віднести: «1) мету, що полягає у заохоченні особи до вчинення злочину; 2) активну форму поведінки вказаних осіб, що полягає у здійсненні впливу на особу, умовлянні, спонуканні її до вчинення злочину; 3) відсутність схильності та бажання особи до вчинення злочину за наявності реальної можливості його вчинити; 4) наявність достатніх даних про те, що за відсутності ініціативної діяльності вищевказаних осіб злочин не було би вчинено [3, с. 20].

Заслуговує на увагу, висновок суду про наявність провокації, який був зазначений у Постанові Верховного суду від 07.06.2018 р. (справа № 1622/16159/2012).Зокрема залишаючи виправдувальний вирок без змін, суд зазначив, що, для підтвердження провокації, стороною захисту було проведено експертизу підпису заявника (особи, що заявила про злочин) у журналі обліку відвідувачів та запрошених в адмінбудівлю правоохоронного органу, якою встановлено, що підпис у журналі виконано не заявником, що свідчить про те, що ним заява про вчинення злочину не подавалась [4].

Слід зазначити, що докази є очевидно недопустимими у випадку порушення заборони провокації злочину при проведенні контролю за вчиненням злочину, оскільки під час її проведення забороняється підбурювати(провокувати) особу на вчинення злочину. Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні (ч. 3 ст. 271 КПК). При цьому, як зазначає Дроздов О.М. керуючись рішеннями ЄСПЛ, що навіть зізнання у злочині, вчиненому внаслідок провокації, не може нівелювати ані факт провокації, ані її наслідки та не звільняє суд від обов'язку перевірити відомості про провокацію [5, с. 251].

Не можна не погодитися з думкою Шевчука М.І., порушення судом питання про визнання судом доказів недопустимими з власної ініціативи відповідає ролі суду, яка йому відведена у змагальному процесі, при

цьому суд не стає на сторону а ні обвинувачення, а ні захисту. Він виконує свій конституційний обов'язок, який полягає у недопущенні використання доказів, отриманих із порушенням закону, забезпечуючи при цьому відновлення законності, справедливості, змагальності та рівноправності сторін [6, с. 212].

Висновок. Під час проведення оперативно-розшукових заходів, працівники правоохоронних органів не можуть виходити за межі пасивного розслідування за відсутності тиску на заявника для вчинення ним злочину за рахунок таких дій, як прийняття на себе ініціативи в контактах (зокрема, неодноразово телефонувати особі, підбурюючи її до дій), наполегливе спонукання, обіцянка фінансової вигоди або звернення до почуття жалю до заявника.

Список використаних джерел:

1. Постанова Верховного суду від 12.05.2021р (справа № 750/10362/17):<https://reyestr.court.gov.ua/Review/96933490>
2. Постанова Верховного суду від 06.07.2022(справа № 454/2576/17)URL:<https://reyestr.court.gov.ua/Review/105218405>
3. Панова А.В. Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні:автореф.дисертація. канд.юрид.наук.12.00.09.Нац.юрид.унів-т ім. Ярослава Мудрого. Харків. 2016. С. 20
4. Постанова Верховного суду від 07.06.2018р. (справа №1622/16159 2012) URL:<http://reyestr.court.gov.ua/Review/57706192>
5. Дроздов О.М. Актуальні питання заборони провокації злочину(за матеріалами практики ЄСПЛ) Правове-забезпечення оперативно-службової діяльності: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення. Харків, 2016. Випуск 7. С. 251
6. Шевчук М.І. Визнання доказів недопустимими: право суду чи його обов'язок? «Право і суспільство». № 4 частина 2. 2017. С. 212.