

Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність

УДК 343.5

О.В. Мазур
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри державно-правових дисциплін,
ВНЗ «Університет економіки та права «КРОК»,
адвокат

Неприпустимість провокації злочину в діяльності правоохоронних органів

У статті автор аналізує процесуальні питання відмежування законної негласної діяльності правоохоронних органів від провокації злочину. Аналізується судова практика визнання недопустимими доказів, одержаних унаслідок провокації злочину. Запропоновано доповнити предмет доказування нормою про перевірку відсутності факту провокації злочину.

Ключові слова: провокація злочину, негласні слідчі (розшукові) дії, спеціальний технічний засіб.

А.В. Мазур
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедри державно-правових дисциплін,
ВУЗ «Університет економіки та права «КРОК»,
адвокат

Недопустимость провокации преступления в деятельности правоохранительных органов

В статье автор анализирует процессуальные вопросы разграничения законной негласной деятельности правоохранительных органов от провокации преступления. Анализируется судебная практика признания недопустимыми доказательств, полученных вследствие провокации преступления. Предложено дополнить предмет доказывания нормой о проверке отсутствия факта провокации преступления.

Ключевые слова: провокация преступления, негласные следственные (розыскные) действия, специальное техническое средство.

О. Mazur
Ph.D., assistant professor,
Assistant Professor of Department of State and legal disciplines
«KROK» University, lawyer

The inadmissibility of provocation of crime in the activities of law enforcement agencies

Impermissibility of provocation of crime is in activity of law enforcement authorities. An author analyses the judicial questions of differentiation of legal secret activity of law enforcement authorities from provocation of crime in the article. Judicial practice of confession is analysed by impermissible the proofs got because of provocation of crime. It is suggested to complement the article of proving a norm about verification of absence of fact of provocation of crime.

Keywords: *provocation of crime, secret inquisitorial (search) actions, special hardware.*

Постановка проблеми

Коментуючи хід досудового розслідування, захисники доволі часто заявляють про те, що стосовно їх клієнта мала місце провокація злочину. Найчастіше про факти провокації можна почути у справах про отримання незаконної винагороди (хабара), збут наркотичних засобів та психотропних речовин, зброї, спеціальних технічних засобів, контрабанди тощо. Але провокація злочину може мати місце у будь-якому умисному злочині. Водночас, перевірка заяв сторони захисту про факти провокації злочину сьогодні не входить до предмету доказування по кримінальній справі. Це призводить до порушення прав осіб на справедливий судовий розгляд, про що неодноразово зазначав Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Аналіз останніх досліджень і публікацій

Незважаючи на велику практичну значущість питань провокації злочинів, дослідження їх відбувалося здебільшого з погляду кримінально-правової відповідальності осіб, винуватих у їх вчиненні. Розробці процесуальних питань доказового значення матеріалів, отриманих внаслідок провокації злочину, присвячені роботи лише О. Дроздова [1], Загодіренка П. О. [2], Погорецького М. А. [3] та Фоміна С. Б. [4]. Отже, процесуальні аспекти відмежування законних слідчо-розшукових

дій від провокації злочину залишаються й досі малодослідженими.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми

Правова невизначеність поняття «провокація злочину» і відсутність у суду процесуального обов'язку вжиття вичерпних заходів, спрямованих на перевірку інформації про провокацію злочину, призводить до високого рівня латентності таких злочинів. Формальний судовий нагляд за законністю проведення негласних слідчо-розшукових дій у поєднанні зі слабким прокурорським наглядом за досудовим розслідуванням призводять до численних провокацій з боку правоохоронних органів, створення штучної статистики розкриття злочинів, що має наслідком засудження невинуватих осіб.

Формулювання цілей статті

Метою статті є дослідження процесуальних питань відмежування законної діяльності правоохоронних органів від провокації злочину та внесення пропозицій, які стосуватимуться вдосконалення норм КПК України щодо посилення гарантій забезпечення прав особи на справедливий судовий розгляд.

Виклад основного матеріалу дослідження

Специфіка корупційних та інших тяжких злочинів полягає в тому, що більшість з них вчиняється за умов неочевидності.

З метою їх розкриття та притягнення до кримінальної відповідальності усіх співучасників правоохоронні органи мають право проводити оперативно-розшукові заходи та негласні слідчі (розшукові) дії. Але слід чітко відмежовувати проведення негласних заходів з метою виявлення і припинення злочину від дій, спрямованих на спонукання особи до вчинення злочину. Останні й є провокацією злочину, оскільки спрямовані не на протидію злочинності, а на штучне створення нових злочинів, що суперечить самій ідеї функціонування органів розслідування.

Проблема провокації злочину не є суто проблемою України або країн пострадянського простору. Відомий випадок, коли у Сполучених Штатах Америки правоохоронці більше двох років (!) умовляли мешканця штату Небраски Кейта Джейкобсона замовити порнографічні зображення неповнолітніх. Для цього правоохоронці зареєстрували аж п'ять підставних фірм, надсилали йому листи-пропозиції від неіснуючої «гедонічної спільноти», яка начебто пропагувала право кожного шукати задоволення без обмежень, що накладає застаріла «пуританська мораль». Урешті-решт звичайний водій шкільного автобуса Джейкобсон К. замовив один з таких журналів і у 1990 році був засуджений за звинуваченням у придбанні порнографії. Але у 1993 році Верховний суд США скасував обвинувальний вирок щодо нього, зазначивши, що схильність до вчинення злочину має виникнути в особи самостійно, а не в результаті уваги, що приділяється з боку правоохоронних органів протягом такого тривалого часу. Водночас, судове переслідування має показати «поза розумним сумнівом», що відповідач був схильним до вчинення злочину ще до будь-якого контакту з урядовими агентами [5].

Варто зазначити, що американські юристи називають цю справу першою справою про провокацію, яка не стосувалася б обігу наркотиків та отруйних речовин, що є рідкісним прикладом перемоги захисту над консервативним судом, який зазвичай стає на бік обвинувачення.

Якщо випадки відвертих провокацій злочинів трапляються у країнах розвинутої демократії, то можна лише собі уявити: що сьогодні діється в Україні. До речі, вітчизняне законодавство не передбачає кримінальної відповідальності за провокацію злочину з боку працівників правоохоронних органів – є лише відповідальність за провокацію підкупу (ст. 370 КК України). Всі ж інші провокації можна формально віднести до штучного створення доказів обвинувачення чи іншої фальсифікації доказів (ст. 373 КК України) [6]. Але офіційна статистика свідчить про вкрай низьку кількість відкритих кримінальних проваджень за заявами потерпілих від цих злочинів. Так, проведений мною аналіз статистичної інформації Генеральної прокуратури України за січень-квітень 2018 року свідчить, що кількість відкритих кримінальних проваджень за ст. 370 КК України та ст. 373 КК України становить всього 0,003-0,01% від загальної кількості зареєстрованих проваджень [7]. А пошук в Єдиному державному реєстрі судових рішень вироків за цими статтями КК України за вказаний період узагалі не дав результатів. На мою думку, це свідчить про те, що в переважній більшості випадків винувати в провокаційні злочинів правоохоронці уникають кримінальної відповідальності завдяки круговій поруці, яка існує в їх середовищі. Отже, у кожного з нас відсутні гарантії захисту проти можливих провокацій.

Чітко унормованого визначення «провокація злочину» у вітчизняному законодавстві також немає. Лише у ч. 3 ст. 271 КПК України 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, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем [8].

Водночас, кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з

урахуванням практики Європейського суду з прав людини (ч. 5 ст. 9 КПК України). Тому при оцінці дій правоохоронних органів слід виходити з визначення провокації злочину, надане ЄСПЛ по справі «Тайшера де Кастро проти Португалії» від 09.06.1998 року: коли за відсутності достатніх даних щодо того, що обвинувачена особа постійно чи періодично вчиняє злочини, і відсутності доводів, що без втручання агентів міліції даний злочин було б вчинено обвинуваченим, спонукання агентів міліції такої особи до злочину вважаються провокацією, і має місце порушення ст. 6 п. 1 Європейської Конвенції. Використання доказів, отриманих унаслідок підбурювання з боку поліції, не можна виправдати суспільним інтересом, оскільки в такому випадку обвинувачений із самого початку може бути позбавлений права на справедливий судовий розгляд справи [9].

Також, у рішенні від 05 лютого 2008 року по справі «Раманаускас проти Литви» ЄСПЛ зауважив: обов'язок доводити, що провокації не було, за умови, що доводи обвинуваченого не є абсолютно необґрунтованими, покладається на органи, які 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 дійдуть того висновку, що провокація мала місце, вони зобов'язані зробити відповідні висновки відповідно до Конвенції [10].

Таким чином, з позиції практики ЄСПЛ висновок про наявність провокації злочину і, як наслідок, порушення п. 1 ст. Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (право на справедливий суд), матиме місце за однієї з таких умов: 1) за наявності фактів підбурювання особи до вчинення злочину з боку співробітників правоохоронних органів; 2) якщо заява особи про провокацію злочину не була належним чином перевірена національними судами.

Судова перевірка є єдиним ефективним засобом перевірки обґрунтованості

рішень про проведення негласних заходів і встановлення того, чи були співробітники правоохоронних органів у достатній мірі пасивні у своїй діяльності та чи не спровокували вони особу на вчинення злочину. Суди повинні вживати вичерпних, а не формальних заходів для перевірки заяв про провокацію злочину і не перекладати цей обов'язок на органи розслідування чи ще гірше – на сторону захисту. Тому в кримінальних справах, де використовуються в якості доказів матеріали, складені за результатами оперативного-розшукових та/або негласних слідчих (розшукових) дій, до предмету доказування також повинно входити доведення факту відсутності провокації злочину.

Сьогодні судді здебільшого формально перевіряють заяви сторони захисту про наявність провокації злочину. Така прокурорсько-судова перевірка, як правило, обмежується встановленням наявності постанови прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину, рішення про розсекречення матеріалів та наявності доручень слідчого оперативним працівникам. Оскільки вказані матеріали формуються без участі сторони захисту та без судового контролю, сторони обвинувачення і захисту ставляться у заздалегідь нерівне становище, чим порушується принцип змагальності. Наявність «обвинувального ухилу» у проведених досудових розслідуваннях помічають і самі судді. Тому щоб не підіймати незручні питання про провокації злочинів, судді нерідко самі схиляють обвинувачених до визнання вини, пропонуючи їм скорочений порядок судового розгляду і мінімальні покарання. І, здавалося б, усі лишаться задоволеними, якщо відкинути той факт, що засуджується невинувата особа, яка сама «добровільно» визнає свою вину.

Щоб не бути голослівними, наведу приклад з власної адвокатської практики. До початку судового розгляду суддя Святошинського районного суду м. Києва у присутності прокурора та захисників запропонував обвинуваченому: у випадку визнання ним вини за ст. 359 КК України

(у незаконному збуті спеціального технічного засобу – далі СТЗ) та погоджені на скорочений порядок розгляду справи – штраф; в іншому випадку – «покарання буде значно суворішим». Обвинувачений заявив про провокацію злочину і відмовився від пропозиції судді, а суддя дотримав свого слова – призначив йому покарання у виді обмеження волі строком на 2 роки, з відстрочкою його на 2 роки [11]. При цьому суд відхилив усі мої аргументи як захисника про провокацію злочину з боку працівників СБУ.

Але в суді апеляційної інстанції сторони захисту вдалося довести, що фотознімки до протоколу огляду місця події слідчим ГУ СБУ у м. Києві та Київської області були взяті з іншого кримінального провадження, яке розслідувалося у цьому ж слідчому відділі СБУ на рік раніше. Крім того, за цими двома кримінальними провадженнями збут СТЗ відбувався в одному й тому ж офісному приміщенні, що дало підстави підозрювати СБУ у влаштуванні там пасток, таких собі «конвеєрів» з розкриття злочинів. Кидалося в очі й те, що предметом злочину в обох справах виступили СТЗ під виглядом протипожежних датчиків, що не могло бути випадковістю.

Невдовзі підозри підтвердилися – мені вдалося встановити й третю жертву таких «контрольованих закупок» (або точніше – провокацій) СБУ – це особа, яка вже через місяць після затримання мого клієнта намагалася збути СТЗ у тому самому офісному приміщенні, за що й була затримана. За дивним збігом обставин в усіх трьох справах був один і той самий прокурор, один і той самий оперуповноважений СБУ, покупцем СТЗ був агент на ім'я «Костянтин»; за двома з трьох справ розслідування проводив один слідчий ГУ СБУ у м. Києві та Київської області й двічі брав участь один і той самий понятій.

Усі вищевказані докази й були надані мною до Апеляційного суду м. Києва, який своєю ухвалою від 24.07.2017 року скасував обвинувальний вирок стосовно мого клієнта, а справу – закрит. Разом із тим, у своїй ухвалі суд апеляційної інстанції за-

значив, що «доводи сторони захисту про наявність провокації вчинення злочину колегія суддів вважає непереконливими» [12].

На мій погляд, подібні приклади відображають загальне лояльне ставлення суддів до виявлених «проступків» правоохоронців. Але в правовій державі мета протидії злочинності не може бути виправдана застосуванням незаконних засобів розслідування. Тому судді повинні мати сміливість голосно говорити про встановлені факти провокацій злочинів, а не замовчувати (приховувати) їх.

На останок додам, що незважаючи на відкриття за мою заявою кримінального провадження № 42016110330000043 за фактами службового підроблення та притягнення до кримінальної відповідальності завідомо невинуватої особи, фігуранти усіх трьох сфабрикованих справ: слідчий СБУ, прокурор, оперуповноважений – всі вони продовжують працювати на своїх посадах, а окремі з них навіть отримали підвищення після відвідування зони проведення антитерористичної операції.

Висновки

На тлі слабого відомчого контролю та прокурорського нагляду, а також масового звільнення фахівців-практиків потреба у наповненні статистики розкриття злочинів призвела до поширеної практики провокацій злочинів. виправити ситуацію зможе запровадження обов'язкової судової перевірки заяв про факти провокації. Автором пропонується доповнити ч. 1 ст. 91 КПК України («Обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні») пунктом про необхідність доказування відсутності провокації злочину з боку службових осіб правоохоронного органу – у випадку заяв сторони захисту про факти провокації (підбурювання) на вчинення злочину. Вірю в те, що запропоновані доповнення сприятимуть виконанню завдань кримінального судочинства з тим, щоб жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений і жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу.

Література

1. Дроздов О. М. Актуальні питання здійснення захисту від провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину у світлі практики Європейського суду з прав людини / О. Дроздов // Вісник Кримінального судочинства. – 2016. – № 2. – С. 31-44.
2. Загодіренко П. О. Провокація злочину: кримінально-правовий аналіз та удосконалення діючого законодавства / П. Загодіренко // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2013. – № 6-1. – Т.2. – С. 157-159.
3. Погорецький М. А. Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності / М. Погорецький // Вісник Кримінального судочинства. – 2016. – № 1. – С. 33-43.
4. Фомін С. Б. Недопущення провокації злочину як складова частина принципу законності в оперативно-розшуковій діяльності і під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій / С. Фомін // Порівняльне аналітичне право. – 2015. – № 5. – С. 295–298.
5. Camp, Damon D. (1993). «Out of the Quagmire After *Jacobson v. United States*: Towards a More Balanced Entrapment Standard». *Journal of Criminal Law & Criminology*(Northwestern University) **83** (4): 1055–1097. DOI:10.2307/1143881/ [Електронний ресурс]. [Веб-сайт]. – Електронні дані. – Режим доступу: <http://www.jstor.org/stable/1143881>
6. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. // Відомості Верховної Ради України, 2001. – № 25-26 (29.06.2001) – Ст. 131.
7. Статистична інформація Генеральної прокуратури України про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування у 2018 році. – [Електронний ресурс] : [Веб-сайт]. – Електронні дані. – Режим доступу: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113650&libid=100820&c=edit&c=fo# (дата звернення 22.05.2018) – Назва з екрана.
8. Кримінальний процесуальний кодекс України. Верховна Рада України; Кодекс України, Закон, Кодекс від 13.04.2012 № 4651VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2013. – № 910, № 1112, № 13. – Ст.88. – [Електронний ресурс] : [Веб-сайт]. – Електронні дані.– Режим доступу: – <http://zakon2.rada.gov.ua> (дата звернення 22.05.2018) – Назва з екрана.
9. Рішення Європейського суду з прав людини від 09 червня 1998 р. по справі «Тейшейра Де Кастро проти Португалії» (скарга № 44/1997/828/1034) / [Електронний ресурс]. [Веб-сайт]. – Електронні дані. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/0A0E64CB91067973C22576C4003629D0> (дата звернення 22.05.2018) – Назва з екрана.
10. Рішення Європейського суду з прав людини від 05 лютого 2008 року по справі «Раманас-ускас проти Литви» (скарга № 55146/14) / [Електронний ресурс]. [Веб-сайт]. – Електронні дані. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/c48a563ee2b08a54c225758600379986?OpenDocument> (дата звернення 22.05.2018) – Назва з екрана.
11. Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 14.06.2016 р.; справа № 759/19880/15-к. – [Електронний ресурс]. [Веб-сайт]. – Електронні дані. – Режим доступу до документа: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58280622> (дата звернення 22.05.2018) – Назва з екрана.
12. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 24.07.2017 р.; справа № 11-кп/796/378/2017. – [Електронний ресурс]. [Веб-сайт]. – Електронні дані. – Режим доступу до документа: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68108437> (дата звернення 22.05.2018) – Назва з екрана.