

4. Постанова Верховного Суду від 01.07.2020, справа № 643/10749/14-к,
Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90202735>
5. Вирок Орджонікідзевський районний суд м. Запоріжжя від 27.12.2019,
справа № 334/2797/17, Режим доступу:
<https://reyestr.court.gov.ua/Review/86674646>
6. Ухвала Запорізького апеляційного суду від 26.01.2021 р., справа №
334/2797/17, Режим доступу:
<https://reyestr.court.gov.ua/Review/94618570>

Шульгін Сергій Олександрович

кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права, процесу і криміналістики Київського інституту інтелектуальної власності та права Національного університету «Одеська юридична академія»

ПОНЯТТЯ ТА КРИТЕРІЇ НЕПРЯМОЇ (ОПОСЕРЕДКОВАНОЇ) ПРОВОКАЦІЇ НА ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ

Однією з ознак правовою держави є наявність законодавства, яке окрім створення належних умов для протидії злочинності органами правопорядку, гарантує належну систему процесуальних запобіжників для недопущення зловживань з їх боку, або доведення перед незалежним та неупередженим судом уже допущеного порушення. Саме такою є конструкція контролю за вчиненням злочину визначена у ст. 271 КПК України. Так, ч. 1 цієї статті визначає умови та форми проведення цієї негласної слідчої дії, а ч. 3 вказує, що під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення злочину з метою її подальшого викриття.

При цьому варто відзначити, що законодавець не навів ані поняття провокації, ані будь-якого переліку обставин, що можуть вказувати на неї. Вважаємо, що вказаний підхід не є упушенням, а навпаки свідомим підходом,

оскільки провокація злочину є досить складним поняттям. Наведення законодавцем переліку обставин, які можуть свідчити про провокацію злочину вказує на те, що відсутність однієї з них вказує на відсутність провокації. Тому враховуючи положення ч. 2 ст. 8 КПК України про те, що принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ, для з'ясування питання провокації є можливість застосовувати акти інтерпретації міжнародної судової установи, за результатами розгляду аналогічних правових ситуацій. Такий підхід повністю відповідає вимогам Конвенції та дозволяє у повній мірі реалізовувати судову дискрецію під якою слід розуміти надані суду державою можливості, обирати між альтернативами, кожна з яких є законною, інтелектуально-вольову владну діяльність суду з вирішення у визначених законом випадках спірних правових питань, виходячи із цілей та принципів права, загальних засад судочинства конкретних обставин кримінального провадження.⁴

Прецедентною практикою ЄСПЛ⁵, сформульовано поняття провокації злочину та виділено окремі її критерії. Варто відзначити, що під впливом практики міжнародної судової установи Верховний Суд вдосконалив окремі критерії провокації злочину⁶ з урахуванням національного законодавства та його правозастосування.

⁴ Постанова Верховного Суду від 17.05.2018 (справа № 727/5268/17) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74158416>; (дата звернення 18.10.2021); Постанова ВС від 22.02.2021 (справа № 441/881/20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95067330>; (дата звернення 18.10.2021); Постанова Верховного Суду Постанова ВС від 20.07.2021 (справа № 206/3917/20) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98454373>; (дата звернення 18.10.2021);

⁵ Рішення ЄСПЛ «Тейшейра де Кастро проти Португалії» (№ 44/1997/828/1034) від 09.06.1998 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58193>; (дата звернення 18.10.2021); Рішення ЄСПЛ «Раманаускас проти Литви» (№ 74420/01) від 05.02.2008 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-126069> (дата звернення 17.10.2021); Рішення ЄСПЛ «Баннікова проти Росії» (№ 18757/06) від 04.11.2010 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-152842> (дата звернення 17.10.2021); Рішення ЄСПЛ «Сепіл проти Туреччини» (№ 17711/07) від 12.10.2013 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-128037> (дата звернення 17.10.2021); Рішення ЄСПЛ «Ваньян проти Росії» (№ 53203/99) від 15.12.2005 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-150458> (дата звернення 17.10.2021);

⁶ Постанова Верховного Суду від 08.04.2020 (справа № 164/104/18) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88749774>; (дата звернення 18.10.2021); Постанова Верховного Суду від 02.04.2019 (справа № 734/2421/17) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89289935>; (дата звернення 18.10.2021); Постанова Верховного Суду від 10.09.2019 (справа № 357/3524/16-к) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84449778>; (дата звернення 18.10.2021); Постанова Верховного Суду від 06.11.2019 (справа № 748/3070/15-к) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85541582>; (дата звернення 18.10.2021); Постанова Верховного Суду від 11.02.2020 (справа № 266/3474/15-к) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87902035>; (дата звернення 18.10.2021); Постанова Верховного Суду від 05.12.2019 (справа № 462/5338/14к) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86310202> (дата звернення 18.10.2021);

Проблемам провокації злочину приділено чималу увагу як практиків так науковців, однак вважаємо найбільш ґрунтовно до дослідження провокації злочину підійшли М.В. Багрій, І.В. Гловюк, О.М. Дроздов, В.В. Навроцька, М.А. Погорецький, А.В. Панова, О. Комарницька та Є.В. Попков та інші. Разом з тим, продовжуючи вирішувати скарги щодо можливого порушення Конвенції у частині вчинення провокації злочину, ЄСПЛ сформулював поняття непрямої (опосередкованої) провокації, яка на сьогоднішній день практично залишається недослідженою на науковому рівні⁷. Варто відзначити, що її практичне застосування також ще не набуло активного поширення, оскільки у Єдиному реєстрі судових рішень нам вдалось відшукати тільки 3 ухвали судів апеляційної інстанції, у яких проведено аналіз непрямої провокації. Вказані судові рішення були використані як емпіричний матеріал при написанні цього дослідження, метою якого є дослідження аналіз нормативного регулювання непрямої провокації, з'ясування її критеріїв та можливості практичного застосування. При цьому через установлені тісні вимоги до об'єму тексту роботи нажалі ми не можемо приділити уваги прямій провокації.

Так у рішеннях «Акбай та інші проти Німеччини» від 15.10.2020 (№ 40495/15) [2] та «Лалас проти Литви» від 01.03.2011 (№ 13109/04) [3], ЄСПЛ визнав, що особа може бути спровокована у тому випадку, якщо вона не безпосередньо контактувала з поліцейськими, які працюють під прикриттям, але була залучена до правопорушення співучасником, якого безпосередньо спонукала до вчинення правопорушення поліція, а також Суд навів тест для оцінки непрямої провокації: **(а)** чи було передбачуваним для поліції, що особа, безпосередньо схиляється до вчинення злочину, буде контактувати з іншими особами для участі у злочині; **(б)** чи визначалася діяльність цих осіб також поведінкою поліцейських **(с)** чи розглядали національні суди цих осіб як співучасників злочину.

⁷ Єдиним науковим джерелом з цього приводу, яке нам вдалось відшукати з цього приводу: Дроздов О.М. Непряма провокація вчинення кримінального правопорушення: кримінальний процесуальний аспект // Кримінальна юстиція в Україні: реалії та перспективи: матеріали круглого столу (м. Львів, 11 червня 2021 р.). Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ., 2021. С. 189-197.

Досить детально проаналізовано ситуацію в ухвалі Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 27.04.2021(справа № 758/5744/17) [4] у якій суд не встановив непрямої провокації навівши наступні мотиви: *«111.Незважаючи на те, що агент держави ОСОБА_4 у подальшому безпосередньо контактував з ОСОБА_1 , проте Суд має дослідити, чи становило попередньо здійснене ним підбурювання ОСОБА_2 непряму (опосередковану) провокацію ОСОБА_1 ще до першої зустрічі з ним зазначеного агента держави. Таку перевірку Суд здійснить за тестом, виробленим практикою ЄСПЛ.*

113.Обвинуваченого ОСОБА_1 сторона обвинувачення вважає співучасником злочину.

117.Враховуючи, що (1) спонукальною причиною продовжити вчинення кримінального правопорушення для ОСОБА_2 було переконування з боку ОСОБА_4 за допомогою відповідних аргументів, (2) ОСОБА_2 не передавав такі аргументи ОСОБА_4 ОСОБА_1 напряду (оскільки вони не були знайомі і не спілкувалися) чи опосередковано (оскільки ОСОБА_1 під час допиту не показував на такі обставини, а навпаки описав взаємовідносини з ОСОБА_4 щодо грошових коштів у розмірі 50 000 доларів США як взаємовідносини між адвокатом і клієнтом, а цю суму як гонорар), тобто ОСОБА_35 не чинив вплив на формування бажання ОСОБА_1 скоїти злочин, а (3) зі змісту зустрічі між ОСОБА_4 та ОСОБА_2 на АЗС 13.11.2016 вбачається, що рішучість продовжити зловживання впливом знизилася лише у ОСОБА_2 , а не у інших невстановлених осіб («керівництва» ОСОБА_2), то Суд доходить висновку, що діяльність ОСОБА_1 не визначалась у цьому контексті поведінкою агентів держави» (курсив мій, Ш.С.О.).

Подібні мотиви дослідження непрямої (опосередкованої) провокації, з посиланням на вищевказані рішення ЄСПЛ наведено в ухвалах Вінницького апеляційного суду від 12.11.2020 (справа № 140/2450/15-к) [5] та від 11.05.2021 (справа № 127/23654/17) [6].

Вважаємо, що установлення непрямої (опосередкованої) провокації є істотним порушенням прав та свобод людини і є підставою для застосування процесуальної санкції у вигляді недопустимості доказів (ст. 87 КПК).

Наведене свідчить що дослідження непрямої (опосередкованої) провокації має важливе практичне та теоретичне значення, а тому потребує поданого наукового дослідження. Такий вид провокації можливий лише за умови чинення кримінального правопорушення у співучасті та за умови, що один із співучасників не контактує безпосередньо з працівниками правоохоронного органу, або їх агентом (для зручності сприйняття виконавець № 2), а на її поведінку впливає інша особа, яка має контакт з працівниками правоохоронного органу (для зручності сприйняття виконавець № 1). Та обставини, що, особа, яка безпосередньо схиляється до вчинення злочину (виконавець № 1), буде контактувати з іншими особами для участі у злочині (виконавець № 2) повинна бути установлена на підставі будь-яких фактичних, що містяться у матеріалах провадження.

Питання про те, чи визначалася діяльність цих осіб також поведінкою поліцейських може впливати із кожної окремої ситуації та ґрунтуватись на ролі цих осіб у вчинюваному злочині, а також їх відповідних повноваженнях, які по суті, можуть бути використані для вчинення злочину (вплив підлеглого на керівника про призначення певної особи на посаду; вплив слідчого на прокурора з метою закриття кримінального провадження щодо підозрюваного. При цьому, як слушно відзначає О.М. Дроздов спокуса підбурення особи на вчинення злочину може виникати під час не тільки проведення такого виду НС(Р)Д як контроль за вчиненням злочину, а й під час проведення інших НС(Р)Д, зокрема, виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (272 КПК) [1, с. 192-2193].

Як уже зазначалось, непрямі провокація можлива виключно за умови вчинення злочину у співучасті. Дослідуючи цих осіб як співучасників злочину суди повинні з'ясувати форму співучасті, роль кожного із співучасників та їх вплив один на одного, який, на наш погляд є визначальним у цій ситуації.

Список використаних джерел:

1. Дроздов О.М. Непряма провокація вчинення кримінального правопорушення: кримінальний процесуальний аспект // Кримінальна юстиція в Україні: реалії та перспективи: матеріали круглого столу (м. Львів, 11 чевня 2021 р.). Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ., 2021. С. 189-197.
2. Рішення Європейського суду з прав людини «Акбай та інші проти Німеччини» від 15.10.2020 (№ 40495/15). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-204996> (дата звернення 16.10.2021);
3. Рішення Європейського суду з прав людини «Лалас проти Литви» від 01.03.2011 (№ 13109/04) <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-172603> (дата звернення 16.10.2021);
4. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 27.04.2021 (справа № 758/5744/17) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96838261> (дата звернення 16.10.2021);
5. Ухвала Вінницького апеляційного суду від 12.11.2020 (справа № 140/2450/15-к) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92913477> (дата звернення 19.10.2021);
6. Ухвала Вінницького апеляційного суду від від 11.05.2021 (справа № 127/23654/17) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96887369> (дата звернення 19.10.2021).