

УДК 343.1 : 343.23

Зубко Тетяна Олександрівна –

студентка

Факультету адвокатури

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Tetiana O. Zubko –

student of the

Barristers' Faculty

Yaroslav Mudryi National Law University

## **Провокування (підбурювання) особи на вчинення злочину під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій: кримінальні процесуальні та кримінально-правові наслідки**

*У статті проаналізовано норми Кримінального процесуального кодексу щодо провокації злочинів. Автор звертає увагу як на доктринальні тлумачення цієї правової категорії, так і відповідну практику ЄСПЛ. В статті наводяться критерії, визначені ЄСПЛ, щодо яких має оцінюватися діяльність правоохоронних органів в контексті провокації злочинів. Автор також звертає увагу на схожість ознак особи провокатора та підбурювача. Також стаття містить посилання на національну судову практику з окресленого питання.*

**Ключові слова:** провокація, підбурювач, практика ЄСПЛ, критерії оцінки провокації.

*В статье проанализированы нормы Уголовного процессуального кодекса относительно провокации преступлений. Автор обращает внимание как на доктринальные толкования этой правовой категории, так и на соответствующую практику ЕСПЧ. В статье приводятся критерии, определенные ЕСПЧ, по которым должна оцениваться деятельность правоохранительных органов в контексте провокации преступлений. Автор также обращает внимание на сходство признаков лица провокатора и подстрекателя. Также статья содержит ссылки на национальную судебную практику в этом вопросе.*

**Ключевые слова:** провокация, подстрекатель, практика ЕСПЧ, критерии оценки провокации.

### **T.O. Zubko Provocation (Incitement) of Person to Commit Crime During Under Cover Investigative (Operative) Activities: Criminal Procedural and Criminal Legal Consequences**

*The article analyzes the norms of the Criminal Procedure Code of Ukraine regarding the provocation of crimes, which prohibits this type of activity. The author also emphasizes that all evidence obtained through provocation, as information and other evidence obtained on their basis, are considered inadmissible. The author draws attention to both the doctrinal interpretations of the legal category of the provocation of crimes and the relevant practice of the ECHR (in particular, the cases of Ramanauskas v. Lithuania, Ramanauskas v. Lithuania No2, Matanovich v. Croatia). The article presents the material and procedural criteria defined by the ECHR, which should be evaluated by the activities of law enforcement agencies in the context of the provocation of crimes. The author underlines that both criteria, first of all, are aimed at assessing the "passivity level" of law enforcement agencies in carrying out secret investigative. The author also pays attention to the similarity of the signs of the person of the provocateur and the instigator, as he also persuades, bribes, threats, coercion, or otherwise leads another accomplice to commit a crime. The article also contains references to national court practice about the above-mentioned problem (in particular, some examples when particular actions of law enforcement agencies are recognized as a crime).*

**Keywords:** provocation, instigator, practice of the ECHR, criteria for estimating provocations.

**Постановка проблеми.** До основних завдань кримінального провадження, відповідно

до ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), належить забезпечення

швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду. Поряд з ним не менш важливою є і охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження. Питання доцільності, обґрунтованості та співмірності обмеження прав і свобод особи неминує виникає під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД), зокрема, і в рамках контролю за вчиненням злочину, зважаючи на підвищений ступінь втручання в гарантовані права та свободи особи. Водночас, доводить констатувати, що непоодинокими у правозастосовній практиці є випадки, коли намір щодо вчинення злочину певною особою виникає не самостійно, а під впливом активних дій співробітників правоохоронних органів. Так, аналіз матеріалів Єдиного державного реєстру судових рішень свідчить про те, що провокація має місце найчастіше при вчиненні таких суспільно небезпечних діянь як незаконний обіг наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів, розповсюдження порнографії, отримання неправомірної вигоди, тобто такі злочини, що відповідають середній тяжкості або є тяжкими, а кваліфіковані склади яких визнаються тяжкими та особливо тяжкими злочинами. Ураховуючи це, важливого значення, на наш погляд, набуває з'ясування кримінальних процесуальних і кримінально-правових наслідків дій осіб, що мають ознаки провокування (підбурювання) особи на вчинення злочину під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Дослідженням проблеми провокації злочину займалися як вітчизняні, так і зарубіжні дослідники, зокрема, О. І. Альошина, С. А. Бабич, Б. В. Волженкін, О. В. Говорухіна, О. М. Дроздов, Н. Єгорова, О. О. Мастерков, М. І. Мельник, В. О. Навроцький, А. В. Панова, О. В. Побризгаєва, С. М. Радачинський, О. О. Рижова та багато інших.

**Невирішені раніше проблеми.** В статті звертається увага на те, що провокатор хоча і діє від імені держави (як співробітник правоохоронних органів чи залучена ними особа), проти цієї особою вчиняється правопорушення, що має виокремлюватися в окремий склад злочину.

**Метою** статті є встановлення кримінальних процесуальних і кримінально-правових наслідків дій осіб, що мають ознаки провокування (підбурювання) особи на вчинення злочину під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій; а також оцінка перспективи притягнення співробітників правоохоронних органів та залучених ними осіб до кримінальної відповідальності за вчинюване ними діяння.

**Виклад основного матеріалу.** Прийняття нового КПК у 2012 р. підняло якість проведення досудового розслідування на вищій щабель, адже в ньому враховано не тільки переваги та недоліки попередньої правозастосовної національної практики, а й позитивний досвід європейських держав, світові стандарти здійснення кримінального процесу. Проте наразі гостро стоїть питання щодо значних порушень прав людини, зокрема, під час проведення такої НСРД, як контроль за вчиненням злочину.

Аналіз нормативного змісту правового припису, закріпленого у ст. 271 КПК свідчить про те, що контроль за вчиненням злочину може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин. Однак 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 [1].

Легального тлумачення поняття «провокація злочину» ані кримінальне, ані кримінальне процесуальне законодавство не містить. Доктринальні тлумачення різняться, зокрема, наведемо окремі із них:

- 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].

- провокація – 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 [3, с. 4].

У рішеннях Європейського Суду з прав людини сформульовано тлумачення поняття «провокація злочину» та виокремлено її критерії. Так, зокрема, роз'яснюється, 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» (див. рішення ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви» від 05 лютого 2008 р.) [4, с. 610].

До того ж у рішенні «Раманаускас проти Литви (№2)» Суд наголошує на наявності двох критеріїв для відмежування провокації, що порушує пункт 1 статті 6 Конвенції, від допустимої поведінки при використанні законних таємних методів під час кримінальних проваджень: матеріального та процесуального [5].

Матеріальна перевірка підбурювання полягає у необхідності Суду встановити на підставі наявного матеріалу, чи було б вчинено злочин без втручання влади, тобто чи слідство було "по суті пасивним". Вирішуючи, чи було розслідування "суттєво пасивним", ЄСПЛ звертає увагу на причини, що лежать в основі таємної операції, зокрема, чи існують об'єктивні підозри про те, що заявник був залучений до кримінальної діяльності або був схильний до вчинення злочину та поведінку органів, які здійснюють це, зокрема, чи вплинула влада на заявника таким чином, як підбурювання до вчинення злочину, якого взагалі не було б вчинено, з метою встановлення правопорушення, тобто надання доказів та порушення кримінальної справи.

Процедурна перевірка підбурювання полягає в тому, ЄСПЛ повинен пересвідчитися у потенційній спроможності національних судів розглядати таку скаргу у спосіб, сумісний із правом на справедливий судовий розгляд. Тому він повинен перевірити, чи є обґрунтована скарга заявника про підбурювання розумним захистом відповідно до національного законодавства або

дає підстави для вилучення доказів або призводить до подібних наслідків. Незважаючи на те, що ЄСПЛ, як правило, залишає внутрішнім органам влади вирішувати, якої процедури має дотримуватися суддя при отриманні заяви про провокацію вчинення злочину, він вимагає, щоб така процедура була змагальною, ретельною, вичерпною та остаточною з питання провокації злочину з метою його викриття [6, с. 22-23].

Узагальнюючи правові позиції ЄСПЛ з цього питання, О. М. Дроздов звертає увагу на те, що провокація має місце, коли співробітники правоохоронних органів не обмежуються «переважно пасивною» формою ведення розслідування та встановлення обставин можливого вчинення особою злочину, але й впливають на суб'єкт з метою спровокувати вчинення правопорушення, яке не могло бути вчинено в інакшому разі, з метою встановити можливість здійснення правопорушення і, таким чином, надати докази і почати кримінальне переслідування. Він також пропонує виокремити два фактори для визначення того, чи обмежилися співробітники правоохоронних органів переважно пасивним спостереженням, зокрема: 1) наявність підстав для проведення відповідних заходів; 2) роль співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину [7, с. 36].

Виходячи з наведених положень в рамках з'ясування кримінально-правових наслідків провокації, на наш погляд, можна виділити такі ознаки провокатора як суб'єкта кримінального процесу: (1) є або був співробітником правоохоронних органів чи залучений ними (найчастіше має попередній злочинний досвід); (2) бере участь у скоєнні злочинної діяльності; (3) характер дій особи з високим ступенем вірогідності свідчить про те, що без її участі злочин не відбувся б, адже до відповідних дій провокатора особа не мала наміру вчинити злочин; (4) своїми діями може також сприяти вчиненню протиправного діяння, проте фактично не виконує будь-яких дій, що складають об'єктивну сторону злочинного діяння; (5) метою такої діяльності є викриття певної особи та/або створення штучних доказів проти неї.

Аналіз виокремлених ознак дозволяє зробити висновок, що провокатор є співучасником злочину, оскільки, як видається, дії провокатора підпадають під характеристику

діяльності підбурювача злочину, адже, виходячи з нормативних положень Кримінального кодексу України, він так само умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схиляє іншого співучасника до вчинення злочину [8].

При цьому характеристика діяльності підбурювача може бути надана шляхом розкриття таких основних ознак: по-перше, його роль обмежується схилянням іншої особи (зазвичай виконавця) до вчинення суспільно небезпечного діяння шляхом впливу на психіку виконавця; по-друге, діяльність підбурювача характеризується активною формою здійснення (умовляння, підкуп, погроза тощо); по-третє, підбурювач самостійно не виконує об'єктивну сторону злочину, а покладає виконання на суб'єкта злочину.

*De facto*, можна вважати, що ознаки, притаманні підбурювачу злочину, так само є й рисами провокатора. Проте, *de jure*, важливим є той факт, що провокатором зазвичай виступає спеціальний суб'єкт – співробітник правоохоронних органів (діючий або колишній, штатний або позаштатний) або особа, уповноважена на здійснення такої діяльності. Тому, як убачається, є необґрунтованим та недоцільним прирівнювання провокатора до ролі підбурювача, адже правоохоронні органи здійснюють одну з основних функцій держави, а тому на них покладається тягар додаткової відповідальності. До того ж немає підстав стверджувати, що у такому разі має місце співучасть у вчиненні злочину, оскільки очевидно, що безпосередній суб'єкт, який своїми діями виконує об'єктивну сторону кримінального правопорушення, усвідомлює, що діє умисно спільно разом з іншою особою. Таким чином, видається доцільним у перспективі надання у кримінальному законодавстві дефініції поняття «провокація», а також виділення провокації злочину в окрему статтю КК України, зважаючи на те, що за кримінальним процесуальним законодавством це вже визнається протиправним діянням, а поширеність такого явища свідчить про суспільну небезпечність, а отже, і необхідність введення відповідальності. При цьому відмітимо, що на наш погляд, діяння такої особи не може бути кваліфіковане за ч. 1 ст. 369 КК України, оскільки відповідно до змісту вказаної норми, йдеться про пропозицію чи обіцянку службовій

особі надати їй або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди за вчинення чи невчинення службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. Водночас цей правовий припис не враховує специфічну мету дій провокатора – викриття певної особи та/або створення штучних доказів проти неї.

До того ж варто звернути увагу, що відповідно до ст. 86 КПК доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом [1]. Так як інформація, яку було отримано внаслідок провокації злочину, є збіраною з порушенням відповідних приписів КПК, то такі докази мають визнаватися недопустимими. Недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посылатися суд при ухваленні судового рішення [1]. А також, відповідно до положень інституту «плодів отруйного дерева», визнаються недопустимими доказами усі відомості та інші засоби доказування, добуті в наслідок використання інформації, отриманої внаслідок здійсненої провокації злочину.

Підкреслимо також, що в національній правовій системі вже склалася позитивна судова практика з цього питання. Наприклад, в рішенні Запорізького апеляційного суду від 29.10.2018 р. провокацією було визнане те, що особою одночасно була і заявником по справі, і також здійснювала оперативну закупку наркотичних речовин. До того ж саме за ініціативи цієї особи, яка співпрацювала з правоохоронними органами, суб'єкт вчинив злочин [9].

Подібна позиція викладена і в рішенні Полтавського апеляційного суду від 18.03.2018 р., який звернув увагу на те, що в такому разі особа діяла не за власним волевиявленням [10].

**Висновки.** Проведення НСРД може бути пов'язано із провокацією злочину, що прямо забороняється нормами КПК. Проте зважаючи на поширеність цього явища в судовій практиці існує необхідність застосування в такому разі не лише кримінальної процесуальної відповідальності, яка полягатиме у визнанні інформації, отриманої у такий спосіб недопустимою як доказ, але й притягнення провокаторів до кримінальної відповідальності.



Варто зазначити, що хоча діяльність провокатора за об'єктивними ознаками і є майже тотожною із виконанням ролі підбурювача, проте в такому разі йдеться про діяльність спеціально уповноваженого суб'єкта держави. Тому як перспективний напрямок наукових пошуків слід визначити подальше дослідження питання розподілу ролей у разі залучення

правоохоронними органами іншої особи до вчинення провокації злочину.

### Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : закон України від 13.04.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
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 ; Нижегородская академия МВД России. – Нижний Новгород, 2011. – 367 с.
3. Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження) : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.08 / О. І. Альошина ; Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ. – Д., 2007. – 18 с.
4. Прийма С. В. Збірник судових рішень у справах щодо провокації злочину працівниками правоохоронних органів / С. В. Прийма, С. О. Шульгін. – Х. : Право, 2015. – 608 с.
5. Рішення ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви No2» (заява № 55146/14) від 20 лютого 2018 р. / пер. О. Дроздова, О. Дроздової [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2018/03/f5ef3ba52c4849ecd3ac\\_file.pdf](https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2018/03/f5ef3ba52c4849ecd3ac_file.pdf).
6. Рішення ЄСПЛ у справі «Матанович проти Хорватії» (Заява № 2742/12) від 04 квітня 2017 р. / пер. О. Дроздова, О. Дроздової. – 37 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad\\_rishennya\\_evr\\_sudu\\_13072017.pdf](http://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad_rishennya_evr_sudu_13072017.pdf).
7. 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.
8. Кримінальний кодекс України: закон України від 05.04.2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
9. Рішення Запорізького апеляційного суду від 29.10.2018 Справа № 321/1009/16-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77519548>.
10. Рішення Полтавського апеляційного суду від 18.03.2018 р. справа № 530/1208/17 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80675515>.

### References:

1. Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy : zakon Ukrainy vid 13.04.2012 [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
2. S. N. Radachynskiy, Provokatsiya prestupleniya kak kompleksnyi ynstitut uholovnoho prava: problemy teoryy u praktyku : dyss. ... dokt. yuryd. nauk : 12.00.08 / S. N. Radachynskiy ; Nyzhehorodskaiia akademyia MVD Rossyyu. – Nyzhnyi Novhorod, 2011. – 367 p.
3. O. I. Alosyna, Provokatsiia zlochyну (kryminalno-pravove doslidzhennia) : avtoref. dys... kand. yuryd. nauk : 12.00.08 / O. I. Alosyna ; Dnipropetr. derzh. un-t vnutr. sprav. – D., 2007. – 18 p.
4. S. V. Pryima, Zbirnyk sudovykh rishen u spravakh shchodo provokatsii zlochyну pratsivnykamy pravookhoronnykh orhaniv / S. V. Pryima, S. O. Shulhin. – Kh. : Pravo, 2015. – 608 p.
5. Rishennia YeSPL u spravi “Ramanauskas proty Lytvy No2” (zaiava No. 55146/14) vid 20 liutoho 2018 r. / per. O. Drozdova, O. Drozdovoi [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu : [https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2018/03/f5ef3ba52c4849ecd3ac\\_file.pdf](https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2018/03/f5ef3ba52c4849ecd3ac_file.pdf).

6. Rishennia YeSPL u spravi “Matanovich proty Khorvatii” (Zaiava No. 2742/12) vid 04 kvitnia 2017 r. / per. O. Drozdova, O. Drozdovoi. – 37 p. [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu : [http://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad\\_rishennya\\_evr\\_sudu\\_13072017.pdf](http://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad_rishennya_evr_sudu_13072017.pdf).
7. O. M. Drozdov, Aktualni pytannia zdiisnennia zakhystu vid provokatsii (pidburiuvannia) osoby na vchynennia zlochynu u svitli praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny / O. M. Drozdov // Visnyk Kryminalnoho sudochynstva. – 2016. – № 2. – S. 31–44.
8. Kryminalnyi kodeks Ukrainy: zakon Ukrainy vid 05.04.2001 [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
9. Rishennia Zaporizkoho apeliatsiinoho sudu vid 29.10.2018 Sprava No. 321/1009/16-k [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77519548>.
10. Rishennia Poltavskoho apeliatsiinoho sudu vid 18.03.2018 r. sprava No. 530/1208/17 [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80675515>.