

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНАЛІСТИКА

АНТОНОВ К. В.,
заступник завідувача кафедри
кримінального права, кримінального
процесу та криміналістики
(Національна академія
Служби безпеки України)

ІВАСИШИН Т. М.,
кандидат біологічних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального
права, кримінального процесу та
криміналістики
(Національна академія
Служби безпеки України)

УДК 343.9

DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736-2019-3-1-33>

**ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ
ЩОДО ВИЗНАННЯ В СУДІ ДОПУСТИМИМИ ДОКАЗАМИ МАТЕРІАЛІВ
КОНТРОЛЮ ЗА ВЧИНЕННЯМ ЗЛОЧИНУ**

У статті аналізуються проблеми визнання в суді допустимими доказами матеріалів контролю за вчиненням злочину, наводяться рішення Європейського суду з прав людини щодо таких питань, розроблено пропозиції про внесення в кримінальне процесуальне законодавство відповідних змін та доповнень із метою врегулювання цих питань.

Ключові слова: рішення Європейського суду з прав людини, контроль за вчиненням злочину, провокація, підбурювання, негласні слідчі (розшукові) дії, досудове розслідування, докази.

В статье анализируются проблемы признания в суде допустимыми доказательствами материалов контроля за совершением преступления, приводятся примеры решений Европейского суда по правам человека по данным вопросам, разработаны предложения по внесению в уголовное процессуальное законодательство соответствующих изменений и дополнений с целью урегулирования этих вопросов.

Ключевые слова: решения Европейского суда по правам человека, контроль за совершением преступления, провокация, подстрекательство, негласные следственные (розыскные) действия, досудебное расследование, доказательства.

The article deals with the problems of recognizing judicial admissibility of evidence regarding the control of interference, such as those that require resolution of the issue of introducing into the criminal procedure the legislation of the relevant changes and auxiliary legislation in addressing these issues.

Key words: decision of the European Court of Human Rights, control over the commission of a crime, provocation, incitement, secret investigative (search) actions, pre-trial investigation, evidence.



Вступ. Актуальність дослідження зумовлюється наявністю на практиці деяких проблем визнання в суді допустимими доказами матеріалів контролю за вчиненням злочину.

Однією з актуальних проблем, яка набула важливого практичного значення з набуттям у 2012 році чинності Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), є проблема здійснення захисту від провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину. Особливо проблемні питання із цього приводу виникають під час надання судами оцінки доказам, отриманим за результатами такого виду негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину. У частині 3 статті 271 КПК встановлено, що під час підготовки та проведення заходів із 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, як би слідчий цьому не сприяв, або із цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті в такий спосіб речі й документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні.

Проблеми у сфері кримінального процесуального судочинства, пов'язані з визнанням у суді належними та допустимими доказами матеріалів негласних слідчих (розшукових) дій, розглядали науковці, зокрема: В.Г. Гончаренко, О.М. Дроздов, В.А. Колесник, С.С. Кудунов, В.Т. Нора, М.А. Погорельський, С.Б. Фомін, М.Є. Шумило та інші.

Водночас, констатуємо певний внесок учених у розроблення означеної проблеми, низка важливих питань щодо визнання в суді належними та допустимими доказами матеріалів контролю за вчиненням злочину у кримінальному процесі України залишається невирішеними.

Постановка завдання. Узагальнити практику Європейського суду з прав людини щодо визнання в суді допустимими доказами матеріалів контролю за вчиненням злочину, визначити шляхи вдосконалення кримінального процесуального законодавства з питань оцінювання та визнання в суді допустимими доказами матеріалів контролю за вчиненням злочину як одного з видів негласних слідчих (розшукових) дій.

Результати дослідження. Відповідно до ст. 271 КПК одним із видів негласних слідчих (розшукових) дій є контроль за вчиненням злочину. Контроль за вчиненням злочину може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин, та проводиться в таких формах: контрольована поставка; контрольована й оперативна закупка; спеціальний слідчий експеримент; імітування обстановки злочину. Контроль за вчиненням злочину не проводиться, якщо внаслідок таких дій неможливо повністю запобігти: посяганням на життя або заподіянням особі (особам) тяжких тілесних ушкоджень; поширенню речовин, небезпечних для життя багатьох людей; втечі осіб, які вчинили тяжкі або особливо тяжкі злочини; екологічній або техногенній катастрофі. У частині 3 статті 271 КПК вказано, що під час підготовки та проведення заходів із 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, як би слідчий цьому не сприяв, або із цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті в такий спосіб речі й документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні. Відповідно до ст. 8 КПК принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), а кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ (ст. 9 КПК) [1].

З огляду на практику судового розгляду кримінальних справ, де в ролі доказів надані матеріали контролю за вчиненням злочину, гострої актуальності набули питання необхідності доказування факту реальності тих правовідносин, з приводу яких проводився контроль за вчиненням злочину (наприклад, пропонувалась, вимагалась, отримувалась неправомірною вигода). Тобто виникає потреба у з'ясуванні того, яким чином впливає факт недоведення таких обставин на наявність у діях особи, яка отримала неправомірну вигоду, складу злочину (за відсутності ознак провокації з боку заявника).



Також ЄСПЛ зазначив, що використання особливих слідчих методів – зокрема, агентурних методів – саме по собі не порушує права на справедливий судовий розгляд. Однак, зважаючи на ризик підбурювання з боку поліції під час використання таких методів, їх використання повинно бути обмежено чіткими рамками. Таке використання допустимо, тільки якщо є належні й достатні гарантії проти зловживання, зокрема чітка і передбачувана процедура видачі дозволу, застосування та контролю таких слідчих методів. Хоча використання секретних агентів може допускатися (за умови, що така діяльність регулюється чіткими обмеженнями й гарантіями), публічний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих у результаті підбурювання з боку правоохоронних органів, оскільки це спричинило б ризик із самого початку, позбавивши обвинуваченого права на справедливий судовий розгляд. Якщо дії агента, незалежно від того, був він найнятий державою або приватною особою, що надає допомогу органам влади, представляють провокацію і доказ, отриманий у результаті таких дій, було використано проти заявника в кримінальному провадженні, ЄСПЛ визнає порушення п. 1 ст. 6 КЗПЛ [2]. ЄСПЛ визначив підбурювання до вчинення злочину (слід мати на увазі, що терміни «провокація», «підбурювання з боку поліції» і «провокатори-агенти» є взаємозамінними в практиці ЄСПЛ) на протигагу законному розслідуванню під прикриттям як ситуацію, коли співробітники поліції або сил безпеки або інші особи, що діють на підставі наданих їм вказівок, не обмежуються тільки розслідуванням кримінальних діянь переважно в «пасивній формі», але впливають на суб'єкт із метою спровокувати вчинення правопорушення, яке не могло бути вчинено в інакшому разі, з метою встановити можливість здійснення правопорушення і, таким чином, надати докази й почати кримінальне переслідування [2]. ЄСПЛ підкреслив, що правоохоронні органи мають право діяти під прикриттям, але не підбурювати до злочину [3].

Що стосується органу, який здійснює контроль за операціями, що виконуються під прикриттям, то ЄСПЛ вважає, що, хоча судовий нагляд був би найбільш доречним, можуть використовуватися й інші заходи, за умови, що введені в дію належні процедури та гарантії, такі як нагляд з боку прокуратури. Отже, для того, щоб переконатися, чи було реалізовано право на справедливий судовий розгляд у справі за участю секретних агентів, ЄСПЛ насамперед розглядає, чи була провокація («тест підбурювання по суті») і, в разі позитивної відповіді, чи міг заявник отримати захист від провокацій у національних судах [5].

Під час вирішення, чи було розслідування «по суті пасивним», ЄСПЛ розглядає причини проведення операції під прикриттям і поведінку органів влади, які проводять її. Зокрема, ЄСПЛ визначає, чи була об'єктивною підозра, що заявник брав участь у злочинній діяльності або був схильний до вчинення кримінального правопорушення [5]. Під час здійснення такої оцінки ЄСПЛ бере до уваги низку факторів. Наприклад, у рішенні ЄСПЛ у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» ЄСПЛ взяв до уваги, зокрема, той факт, що заявник не мав раніше судимостей, що стосовно нього не було розпочато розслідування, він був невідомий співробітникам поліції, у його будинку не було знайдено наркотики та кількість наркотиків, знайдених у нього під час арешту, не перевищувала кількості, яку запросили співробітники поліції, які працювали під прикриттям. ЄСПЛ постановив, що дії агентів виходили за рамки діяльності таємних агентів, оскільки вони підбурювали до вчинення правопорушення, і ніщо не говорило про те, що без їхнього втручання було б вчинено цей злочин [4]. Колишня судимість сама по собі не вказує на схильність до вчинення кримінального правопорушення [6]. Однак той факт, що заявник знав поточні ціни на наркотики і міг легко дістати наркотики, в поєднанні з тим, що він не відмовився від угоди, незважаючи на безліч можливостей для цього, розглядалося ЄСПЛ як свідчення раніше існуючої злочинної діяльності або наміру [7].

Інший фактор, який необхідно брати до уваги, стосується того, чи змусили заявника вчинити розслідуваний злочин. Прояв ініціативи у встановленні контактів із особою за відсутності будь-яких об'єктивних підозр, що заявник брав участь у злочинній діяльності або виявляв схильність до вчинення кримінального правопорушення [8], повторення пропозиції, незважаючи на початкову відмову заявника, наполегливе під-



бурювання [2], підвищення ціни вище середньої [9] і звернення до співчуття заявника за допомогою згадки симптомів наркотичної абстиненції [10] було визнано ЄСПЛ як поведінка, яку можна вважати примусом особи до вчинення цього злочину, незалежно від того, чи був відповідний агент співробітником органів правопорядку або приватною особою, яка діяла за вказівкою таких органів.

Наступним важливим питанням є те, чи можуть представники держави вважатися такими, що «приєдналися» або «проникли» у злочинну діяльність, а не ініціювали таку. У зазначеній нижче справі дія залишається в межах роботи під прикриттям. У рішенні у справі «Малінінас проти Литви» ЄСПЛ визначив, що, хоча поліція вплинула на перебіг подій, зокрема надавши технічне обладнання приватній особі для запису розмов і підтримавши пропозицію про фінансові стимули для заявника, її дії були розцінені як «приєднання» до злочинної діяльності, а не як її ініціювання, оскільки ініціативу взяла на себе приватна особа. Остання поскаржилася в поліцію, що заявник вимагає хабар для отримання сприятливого результату у його справі, і тільки після отримання цієї скарги було дано дозвіл на проведення операції, контроль за якою здійснював заступник Генерального прокурора, з метою підтвердити скаргу [9].

У справі «Веселов і інші проти Росії» ЄСПЛ детально розглянув метод «контрольної закупівлі», використаний російськими органами влади. У цій справі ЄСПЛ ухвалив, що розглянута процедура мала недоліки, а саме особи піддавалися впливу довільних дій з боку поліції, і це негативно вплинуло на справедливість кримінального провадження проти них. ЄСПЛ також постановив, що національні суди також не змогли належним чином вивчити аргументи заявників про провокацію і, зокрема, проаналізувати причини для проведення контрольної закупівлі, поведінки поліції та її інформаторів щодо цих осіб [11].

Таким чином, слід зазначити, що у процесі визначення того, чи було порушення п. 1 ст. 6 КЗПЛ у зв'язку з провокацією злочину під час здійснення контролю за вчиненням злочину, ЄСПЛ оцінює ситуацію на предмет, по-перше, наявності ознак підбурювання особи до вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів (матеріальний аспект) і, по-друге, дотримання позитивних зобов'язань держави розглянути належним чином заяву особи про схилення його до вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів (процесуальний аспект). На думку ЄСПЛ, провокація злочину наявна, коли співробітники правоохоронних органів не обмежуються переважно пасивним встановленням обставин можливого вчинення особою злочину з метою збору відповідних доказів і, за наявності на те підстав, притягнення її до відповідальності, а підбурюють цю особу до вчинення злочину. Під час визначення того, чи обмежилися співробітники правоохоронних органів переважно пасивним встановленням обставин можливого вчинення злочину, ЄСПЛ розглядає два фактори: 1) наявність підстав для проведення відповідних заходів; 2) роль співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину. Належними підставами здійснення названих вище заходів ЄСПЛ визнає конкретні та достатні фактичні дані, що вказують на можливе вчинення особою злочину.

Що стосується ролі співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину, то ЄСПЛ розглядає момент початку здійснення ними відповідного заходу, щоб визначити, «приєдналися» вони до злочину, який особа вже почала здійснювати без будь-якої участі з їхнього боку. За відсутності у сторони обвинувачення явних доказів того, що провокація не мала місця, обов'язок розглянути заяву особи про здійснену стосовно неї провокацію, встановити відповідні фактичні обставини справи і з'ясувати, чи вбачаються її ознаки, покладається на національний суд. Таким чином, провокація злочину в сенсі, в якому вона заборонена п. 1 ст. 6 КЗПЛ, наявна, коли відсутні підстави для проведення відповідних заходів, співробітники правоохоронних органів не обмежуються пасивним розслідуванням або національні суди нехтують зазначеними вище позитивними зобов'язаннями.

Так, наприклад, у справі «Сепіл проти Туреччини» ЄСПЛ, по-перше, відмовився приймати докази про наявність підстав для проведення щодо заявника перевіркою закупівлі



той факт, що раніше він вже притягувався до відповідальності за зберігання, використання та збут наркотичних засобів, та на момент проведення негласного заходу щодо нього навіть було рішення про взяття під варту у зв'язку з визнанням його вироком суду винним у використанні незаконних наркотичних засобів. ЄСПЛ прийняв таке рішення, оскільки все це стало відомо турецькій владі вже після затримання заявника за результатами проведеної щодо нього негласної операції і, відповідно, не могло бути покладено в основу прийняття рішення про її проведення [12].

Таким чином, відповідно до ч. 3 ст. 271 КПК та правових позицій, викладених у рішеннях ЄСПЛ у справах «Веселов та інші проти Росії», «Банніков проти Росії», «Раманаускас проти Литви» й інших, під час підготовки та проведення заходів із контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати, підбурювати особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який би вона не вчинила, якби правоохоронний орган цьому не сприяв, або із цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті в такий спосіб речі та документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні.

Щодо поняття провокації злочину, то наразі його нормативне визначення відсутнє. Заслугує на увагу визначення провокації, сформульоване Європейським судом із прав людини в рішенні від 5.02.2008 у справі «Раманаускас проти Литви». У ньому зазначено, що провокація поліцейських наявна тоді, коли задіяні службові особи, які є працівниками органів безпеки або особами, що діють за їх указівкою, коли правоохоронці не обмежують своїх дій тільки розслідуванням кримінальної справи прихованим способом, а впливають на суб'єкта з метою спровокувати його скоїти злочин, який в іншому випадку не відбувся б, з метою виявлення кримінального правопорушення, тобто отримати докази та порушити справу.

Відсутність чіткого критерію, за яким можна розмежувати провокацію (підбурювання) особи на скоєння злочину та допустиму (правомірну) поведінку правоохоронних органів, ускладнює перевірку таких клопотань судом.

Викладене вище дає підстави стверджувати, що під час розгляду судом матеріалів контролю за вчиненням злочину слід враховувати, чи обмежилися прокурор та співробітники правоохоронних органів переважно пасивним встановленням обставин можливого вчинення злочину, та мати на увазі такі фактори: 1) наявність дійсних та об'єктивних підстав для проведення відповідних заходів; 2) роль агента і співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину. Належними підставами здійснення названих вище заходів визнаються конкретні й достатні фактичні дані, що вказують на можливе вчинення особою злочину. Що стосується ролі агента та співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину, то необхідно розглядати момент початку здійснення ними відповідного заходу, щоб визначити, «приєдналися» вони до злочину, який особа вже почала здійснювати без будь-якої участі з їхнього боку.

Висновки. Зважаючи на зазначене, з метою виконання вимог Європейського суду з прав людини щодо визнання судом допустимими доказами матеріалів контролю за вчиненням злочину, пропонуємо внести такі доповнення до Кримінального процесуального кодексу України:

1) статтю 87 КПК доповнити вимогою щодо обов'язку суду визнати доказ недопустимим у разі його здобуття в результаті провокації (підбурювання) на скоєння злочину службовими особами правоохоронних органів;

2) статтю 91 КПК доповнити вимогами щодо необхідності доказування відсутності провокації (підбурювання) до вчинення злочину під час здійснення контролю за вчиненням злочину;

3) статтю 368 КПК доповнити положенням про те, що, ухвалюючи вирок, суд повинен вирішити питання про те, чи мала місце провокація (підбурювання) особи на скоєння злочину службовими особами правоохоронних органів під час здійснення контролю за вчиненням злочину.



При цьому зазначені законодавчі положення повинні застосуватися лише у випадку, якщо підозрюваний (обвинувачений) наполягатиме на наявності факту провокації (підбурювання). Таке правове регулювання не створюватиме жодних передумов для провокації злочину, а здобуті в результаті докази будуть визнані недопустимими. Це, у свою чергу, не призведе до незаконного притягнення особи до кримінальної відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. Київ : Юстініан, 2012. 1224 с.
2. Рішення Великої палати ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви». URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84935>.
3. Рішення ЄСПЛ у справі «Худобін проти Росії». URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77692/>.
4. Рішення ЄСПЛ у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії». URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58193>.
5. Рішення ЄСПЛ у справі «Баннікова проти Росії». URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101589>.
6. Рішення ЄСПЛ у справі «Константін і Стоян проти Румунії». URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94406>.
7. Рішення ЄСПЛ у справі «Шеннон проти Сполученого Королівства». URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70364>.
8. Рішення ЄСПЛ у справі «Барк Хун проти Туреччини». URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96228>.
9. Рішення ЄСПЛ у справі «Малінінас проти Литви». URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87223>.
10. Рішення ЄСПЛ у справі «Ваньян проти Росії». URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150458>.
11. Рішення ЄСПЛ у справі «Веселов та інші проти Росії». URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113289>.
12. Рішення ЄСПЛ у справі «Сепіл проти Туреччини». URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128037>.

