



**Андрій Штерн,**

аспірант кафедри кримінального права  
і процесу

Ужгородського національного університету

УДК 343.35(477):343.14

## **Провокаційна діяльність правоохоронних органів та її відмінність від правомірних заходів контролю за вчиненням злочину**

Відносно новим для вітчизняної системи кримінального процесуального права є введення негласних слідчих (розшукових) дій як окремого інституту процесуальних дій, що проводяться під час досудового розслідування злочинів. Завдяки негласним засобам розслідування злочинів повинні досягатися завдання кримінального провадження, які передбачені ст. 2 чинного КПК України. Щоправда, як свідчить практика застосування норм КПК України, результати негласних слідчих (розшукових) дій лише до 5% визнаються доказами в судді, хоча в іноземних країнах (зокрема, в США) цей показник доходить до 95%. [1, 33] Для підвищення якості доказової бази органи досудового розслідування під час здійснення негласних слідчих (розшукових) дій нерідко допускають порушення чинного законодавства, зокрема застосування провокації злочину. Все це в подальшому призводить до визнання судом доказів, які отримані в результаті про-

вакації, недопустимими на підставі ч. 1 ст. 87 КПК України.

Щодо правомірності застосування провокації злочину під час здійснення негласних слідчих (розшукових) дій нерідко дискутують вітчизняні та зарубіжні науковці, експерти та політики. Хоча це питання частково й врегульовано нормами чинного КПК України та правовими позиціями Європейського суду з прав людини, в українському судочинстві зустрічається суперечлива практика в кримінальних справах в яких мала місце провокація злочину. Тому метою цієї статті є дослідження тих чітких “меж”, при яких негласні слідчі (розшукові дії) залишаються правомірними і не перетворюються в ініціювання правоохоронними органами вчинення особою злочину.

Серед вчених, роботи яких присвячені дослідженню кримінальній відповідальності за провокацію злочинів, можна виділити: О. І. Альшину, С. А. Бабич, Б. В. Волженкіна, О. В. Говорухіну, Н. Єгорову,

О. О. Мастеркова, М. І. Мельника, В. О. Навроцького, О. В. Побризгаєву, С. М. Радачинського, О. О. Рижову, А. Я. Светлова, М. С. Таганцева та інших.

За новим кримінальним процесуальним законодавством окремі проблемні питання застосування провокації під час здійснення негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів були предметом дослідження таких фахівців як О. А. Білічак, В. О. Глушков, К. П. Задоя, В. В. Навроцька, С. С. Чернявський.

В правничій літературі нерідко зустрічаються думки про те, що у зв'язку з розгулом злочинності, недовістю інших заходів, провокаційно-підбурювальна діяльність цілком може бути виправдана кінцевою метою – викриттям тих, хто бажає вчинити або вчиняє злочини та притягненням їх до відповідальності. Таку думку в різні часи підтримувало чимало науковців.

Наприклад, група вчених, у яку входили Глазер, Колер, Лист [2], Шютце [3], Гейер, Каценштейн [4], Зінгвальд [5] та інші, вважала обґрунтованим застосування провокації на тій підставі, що агент-провокатор сам не зацікавлений у вчиненні самого злочину, а лише бажає попередити його шляхом передачі злочинця в руки правосуддя, тому його діяльність правомірна і некарана.

Проте, інші дослідники (Гепп, Борхерт [6], Брейденбах, Гейльборн [7], Біндінг [8], М. С. Таганцев, Л. С. Белогриць-Котляревський та інші [9-10]), навпаки, доводили аморальність та караність будь-якої провокаційної діяльності, у тому числі яка використовувалась з метою викриття злочинців [11].

Ініціювання незаконних дій посадовими чи іншими особами за чинним законодавством однозначно є протиправним, хоча в деяких країнах (зокрема, в США, ФРН) застосування провокації злочину є законним (щоправда, з чіткою регламента-

цією та поділом провокації на правомірну й неправомірну).

Так, під провокацією у ФРН розуміється не схилення законослухняного громадянина до скоєння злочину, а прагнення змусити особу, яка готується до вчинення злочину діяти в невідповідних для себе умовах і тим самим полегшити задачу затримання і викриття правопорушника. Німецькі юристи виходять з того, що агент за вчинення провокаційних дій не підлягає покаранню, так як він прагне не до кінцевого результату злочину, а лише до його спроби та з метою запобігання більш небезпечним наслідкам [12, с. 168].

Модельний Кримінальний кодекс США рекомендує в кримінальних кодексах кожного зі штатів передбачити норму такого змісту: "Публічна посадова особа, яка здійснює виконання закону, або особа, що діє у співпраці з такою посадовою особою, здійснює провокацію, якщо з метою отримання доказів вчинення посягання вона спонукає або заохочує іншу особу до поведінки, що становить це посягання, ... шляхом застосування методів переконання або спонукання, що створюють істотний ризик того, що таке посягання буде скоєно іншими особами, окрім тих, які готові його вчинити" [13, с. 27].

Чинним Кримінальним кодексом України передбачена окрема стаття (370), якою провокація підкупу вважається кримінально караним діянням. Доцільність введення відповідальності не тільки за провокацію підкупу, а й за провокацію інших злочинів піднімалась автором в одній з попередніх публікацій. [14, 79]

Крім того, статтею 271 КПК України визначено, 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 би не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку

насильством, погрозами, шантажем. Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні. [15, 88]

Чітких меж правомірності негласних слідчих дій в українському законодавстві не визначено. Втім, неможливо сформулювати всі випадки, при яких правоохоронні органи виходять за межі своїх повноважень та провокують особу на вчинення того чи іншого злочину. Тому суди, під час встановлення факту наявності провокації злочину, в кожному індивідуальному випадку беруть до уваги різні критерії. На думку автора, яка ґрунтується на аналізі практики вітчизняних судів та ЄСПЛ, в ході судового розгляду кримінальної справи, в якій може міститись провокація злочину, суд повинен знайти відповіді на наступні питання:

- чи було викликано поведінкою правоохоронних органів вчинення обвинуваченим злочину;

- чи були в органу досудового розслідування реальні підстави вважати, що обвинувачений вчинить злочин та чи була у правоохоронних органів інформація про систематичність вчинення обвинуваченим подібних злочинів;

- чи був у обвинуваченого до вчинення провокації намір вчинити злочин, у разі, якщо з'явиться для цього можливість;

- чи були в діях правоохоронців ознаки настирливості, вмовлянь, пропозицій винагороди, інших стимулів, які призвели до появи в обвинуваченого наміру вчинити злочин.

Необхідність чіткої законодавчої регламентації тактики здійснення провокації злочину закріплена і в Міжнародних правових актах, у яких піддається критиці діяльність поліції з тривалих провокаційних заходів з метою виявлення корупційних та інших злочинів й зазначається, що "хоча існує мало згоди щодо того, як в процедурному плані повинні встановлюватися ці обмеження або навіть як їх слід визначати, широко визна-

ється, що така тактика повинна регламентуватися чіткими директивами". [16].

Аналіз вітчизняної судової практики свідчить про відсутність єдиного погляду суддів на проблему застосування правоохоронними органами провокаційної діяльності під час здійснення негласних слідчих (розшукових) дій, що в свою чергу породжує в уповноважених осіб органів досудового розслідування переконання про те, що застосування провокації в ході негласних слідчих (розшукових) дій є цілком правомірним. В результаті, 56% опитаних прокурорів, 65% опитаних слідчих та 72% опитаних оперативних працівників вважають за доцільне розширення можливостей застосування провокації у правоохоронній діяльності. Більш того, відповідно до результатів опитування, поведеного Альшиною О. І., серед 120 працівників органів внутрішніх справ більше третини (43 особи – 35,8 % опитаних) вважають можливим провокувати особу на вчинення злочину з метою її подальшого викриття та притягнення до відповідальності. Майже 18 % опитаних (21 особа) у власній практиці застосовували провокаційні методи. Майже половині з опитаних працівників ОВС відомі випадки провокування осіб на вчинення злочину іншими працівниками правоохоронних органів (57 осіб – 47,5 %). [17, 118] Найбільш часто провокація злочину зустрічається під час розслідування злочинів передбачених статтями 368–369-2 КК України, хоча ст. 370 КК України передбачена кримінальна відповідальність за провокацію підкупу, а також у передбачених статтями 305–309, 311, 321, та ін. КК України.

Враховуючи вищевикладене, вважаємо за необхідне навести основні положення практики ЄСПЛ щодо правомірності застосування провокації злочину працівниками правоохоронних органів, які є обов'язковими для застосування в Україні як джерело права.

У практиці ЄСПЛ зустрічається значна кількість рішень з питань провокації злочинів, зокрема: “Тешейра де Кастро проти Португалії”; “Раманаускас проти Литви”; “Баннікова проти Російської Федерації”; “Веселов та інші проти Російської Федерації”; “Шеннон проти Сполученого Королівства”; “Худобін проти Російської Федерації”; “Секейра проти Португалії”; “Люди проти Швейцарії”; “Мілініне проти Литви”; “Гордієвський проти колишньої Югославської республіки Македонія”. Не вдаючись в детальний аналіз вищезазначених рішень, спробуємо узагальнити правову позицію ЄСПЛ з приводу правомірності провокації злочину:

1. Всі вищевказані прецедентні рішення ЄСПЛ стосуються разових злочинних епізодів, скоєних однією особою. В жодній справі не розглядалося питання про використання негласних агентів для викриття постійно діючої організованої злочинної групи або організації. При цьому у всіх вищевказаних рішеннях заявники стверджували, що вони випадково зробили разовий злочин, а ЄСПЛ акцентував свою увагу на детальному вивченні та дослідженні цього питання. Тобто зазначені обставини мали важливе значення і впливали на рішення, які в результаті приймалися ЄСПЛ.

У більшості зазначених рішень ЄСПЛ дійшов висновку, що правоохоронці не мали достатньої інформації з незалежних джерел про злочинну діяльність обвинуваченого і тому визнавали дії негласних агентів провокацією.

Однак у справі «Шеннон проти Сполученого Королівства» обізнаність підозрюваного про діючу ціну продажу наркотику і його здатність негайно знайти наркотик для продажу розглядалися ЄСПЛ як ознака його існуючої кримінальної діяльності, яка спростовувала твердження заявника про вчинення провокації щодо нього.

2. ЄСПЛ допускає, що правоохоронні органи для розкриття злочинів

мають право використовувати в роботі негласних агентів. Зокрема, застосовувати процедуру імітації злочину (контрольовану закупку, оперативну закупку ін.), проте, за умови дотримання певних застережень. Зокрема, ЄСПЛ вважає, що законодавством країни повинна бути чітко передбачена можливість використання негласних методів для розкриття злочинів, зокрема - діяльності негласних агентів і / або застосування процедури імітації злочину. Більш того, ЄСПЛ вважає, що відповідні нормативні акти повинні передбачати заходи контролю за застосуванням негласних методів як на етапі оперативно-розшукової діяльності, так і на етапі розслідування кримінальної справи, а також належним чином забезпечувати гарантії дотримання прав людини, зокрема, права на справедливий суд.

Для ЄСПЛ мають значення не тільки обставини проведення імітації злочину, а й обставини, які передували їй. Зокрема, джерело походження первинної інформації про намір певної особи вчинити злочин, на підставі якої в подальшому було прийнято рішення про імітацію злочину.

Якщо первинна інформація про намір особи вчинити злочин була отримана правоохоронцями від незалежного особи (потерпілого, журналіста та ін.), то така інформація сама по собі може розглядатися як достатня підстава для застосування процедури імітації злочину. У цьому випадку вважається, що правоохоронці “приєдналися” до скоєння злочину. Якщо ж первинна інформація про злочин надійшла від негласного агента або особи, що знаходиться під контролем правоохоронних органів, то в такому разі імітація злочину може бути визнана судом як провокація.

3. ЄСПЛ вважає, що негласні агенти і / або підконтрольні правоохоронцям особи повинні діяти пасивно і не підбурювати особу до вчинення злочину, тобто:

- вони повинні приєднуватися до злочину, який вже готується або

вчиняється, але не ініціювати злочин самостійно;

- вони не повинні якимось чином тиснути на потенційного злочинця або іншим способом спонукати його скоювати злочини (робити повторну пропозицію після отримання відмови, пропонувати більш високу ціну, ніж зазвичай, погрожувати або, навпаки, намагатися викликати співчуття до себе).

4. ЄСПЛ вважає, що національні суди зобов'язані перевіряти твердження обвинувачених про здійснення проти них провокацій, а правоохоронці зобов'язані доводити правомірність своїх дій.

Недотримання цих вимог розглядається ЄСПЛ як порушення права на справедливий суд. При цьому в багатьох випадках ЄСПЛ визнав наявність провокації злочину не тому, що дійсно встановив факт конкретних протиправних дій з боку правоохоронців, а тому, що правоохоронці не представили повної інформації про проведення агентами негласних дій, а суди ігнорували або неналежним чином перевіряли відповідні доводи та заперечення обвинувачених.

Норми українського законодавства, що регулюють діяльність негласних агентів є досить абстрактними і не містять необхідного рівня конкретики для того, щоб провести чітку межу між правомірними діями агента і провокацією. В такому разі, на нашу думку, генеральний прокурор, маючи можливість відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 9 Закону України "Про прокуратуру" видавати методичні реко-

мендації з питань застосування всіма нижчестоящими прокурорами законодавства, повинен, видати єдині методичні рекомендації, в яких визначити чіткі межі правомірності дій негласних слідчих (розшукових) дій з метою запобігання вчинення ними провокації злочинів.

Відповідні зміни мають бути внесені також і в "Інструкцію про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні", затверджену спільним наказом Генеральної прокуратури України, МВС, СБУ, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України та Міністерства юстиції України від 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5, оскільки в ній жодним чином не регламентовано межі здійснення негласних слідчих дій та заборона провокування особи на вчинення злочину.

Крім того, не піддається сумніву необхідність чіткого визначення в нормах Особливої частини Кримінального кодексу поняття провокації злочину як протиправного діяння. На нашу думку, таке визначення могло б мати наступний вигляд: Провокація злочину, тобто свідоме схиляння іншої особи до вчинення злочину, а також створення обставин і умов, які можуть викликати в особи намір до вчинення злочину, з метою подальшого викриття особи, штучного створення доказів вчинення злочину, шантажу чи з інших особистих інтересів.

#### Список використаних джерел

1. *Погорецький М. А.* Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності. – Вісник кримінального судочинства. – 2016. – № 1. – С 33-43;
2. *Liszt F.* Lehrbuch des deutschen Strefrechts. – 18 Aufl. – Leipzig: Wigand, 1911. – 233 s;
3. *Schutzte J.* Lehrbuch des Strefrechts. – 2 Aufl. – Leipzig: Volk und Welt, 1874. – 259 s;
4. *Katzenstein E.* Der agent provocateur. – Berlin: Aufbau-Verl., 1901. – 106 s;
5. *Singewald R.* Der agent provocateur. – Breslau: Teubner verl.-ges., 1908. – 78 s;

6. *Borchert K.H.H.* Die strafrechtliche Verantwortung. – Berlin: Verl. Hirschfeld, 1908. – 290 s;
7. *Heilborn A.* Der agent provocateur. – Berlin: Verl. von Rich Bong, 1901. – 147 s;
8. *Binding R. G.* Lehrbuch des Strafrechts. – Berlin: Im Insel-verl, 1892. – 462 s;
9. *Урысон И. С.* Агент-provokator по действующему уголовному праву // Право. – 1907. – № 32. – С. 2121-2129;
10. *Набоков В.* Уголовная ответственность агента-provokatora // Право. – 1909. – № 6, 7. – С. 12-14; 25-28;
11. *Хейфец И. Я.* Подстрекательство к преступлению. – М.: Правоведение И. К. Голубева, 1914. – 150 с;
12. *Гайдук А. П.* Зарубежный опыт расследования и раскрытия преступлений в сфере коррупции /А. П. Гайдук // Известия Методического центра профессионального образования и координации научных исследований. – 1996. – № 4. – С. 168–174;
13. *Волженкин Б.* Provokatsiya ili operativnyi eksperiment? / Б. Волженкин // Законность. – 1996. – № 6. – С. 26–30;
14. *Штерн А. В.* Історія запровадження та сучасний стан відповідальності за провокацію злочину в Україні та країнах СНД.- Area Nauki. – 2017.- № 3.- С.69.
15. *Кримінальний процесуальний кодекс України: Кодекс України, Закон, Кодекс від 13.04.2012 № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). - 2013. - № 9-10, № 11-12, № 13. - 88 с;*
16. *Керівні принципи, що стосуються ролі осіб, які здійснюють судове переслідування 07.09.1990 р. // Прийняті восьмим Конгресом Організації Об'єднаних Націй з профілактики злочинності і поведіння з правопорушниками, Гавана, Куба, 27 серпня – 7 вересня 1990 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995\\_859](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_859);*
17. *Альошина О. І.* Provokatsiya zlochinu (kriminalno-pravove doslidzhennya) : avtoref. dis... канд. юрид. наук: 12.00.08 / О. І. Альошина / Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ. – Д. - 2007. – 204 с.

#### **Штерн А. В. Провокаційна діяльність правоохоронних органів та її відмінність від правомірних заходів контролю за вчиненням злочину**

В роботі досліджено проблемні питання правомірності застосування провокації злочину під час негласних розслідувань вітчизняних правоохоронних органів. Аналізується вплив практики Європейського суду з прав людини на правозастосовну практику щодо використання провокації в ході негласних слідчих (розшукових) дій.

**Ключові слова:** провокація злочину, провокація підкупу, корупція, хабар, неправомірна вигода, негласні слідчі (розшукові) дії, доказове значення, контроль за вчиненням злочину.

#### **Штерн А. В. Provokatsionnaya deyatelnost pravookhranitelnykh organov i ee otlichie ot pravomernykh meropriyatiy po kontrolu za soversheniem prestupleniya**

В работе исследованы проблемные вопросы правомерности применения провокации преступления во время негласных расследований отечественных правоохранительных органов. Анализируется влияние практики Европейского суда по правам человека на правоприменительную практику относительно использования провокации в ходе негласных следственных (розыскных) действий.

**Ключевые слова:** провокация преступления, провокация подкупа, коррупция, взятка, неправомерная выгода, негласные следственные (розыскные) действия, доказательственное значение, контроль за совершением преступления.

**Shtern A. The provocative activity of law enforcement agencies and its distinction from lawful measures of control over the commission of a crime**

The paper investigates the problematic issues of the lawfulness of using the entrapment during undercover investigations of domestic law enforcement bodies. The influence of the practice of the European Court of Human Rights on the law enforcement practice on the use of entrapment in the course of undercover (search) investigations is analyzed.

**Key words:** entrapment, provocation of bribery, corruption, bribe, unlawful profit, undercover (search) investigations, evidential significance, control over the commission of a crime.

