

НАСЛІДКИ ПРОВОКАЦІЇ ЗЛОЧИНУ ПРИ ПРОВЕДЕННІ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ ДЛЯ ДОКАЗУВАННЯ У СФЕРІ ПРАВООХОРОННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: СУДОВА ПРАКТИКА

CONSEQUENCES OF PROVOCATION OF A CRIME DURING COVERT INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS TO PROVE IN THE FIELD OF LAW ENFORCEMENT: JUDICIAL PRACTICE

Марочкін О.І., к.ю.н., доцент,
асистент кафедри кримінального процесу

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті досліджуються наслідки провокації злочину при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій для доказування у сфері правоохоронної діяльності. Наголошується, що проведення негласних слідчих (розшукових) дій та подальше використання їх результатів у доказуванні щодо окремих категорій кримінальних правопорушень має визначальне значення у сфері правоохоронної діяльності. При цьому важливо враховувати, що в основу відповідних процесуальних рішень у кримінальному провадженні можна покласти лише докази, які є допустимими. Так, як свідчить практика, найбільш ефективними у сфері протидії тяжким та особливо тяжким злочинам є ті види негласних слідчих (розшукових) дій, які передбачають контроль за протиправною діяльністю або проникнення до організованої групи чи злочинної організації. Водночас, така діяльність правоохоронних органів межує із провокацією злочину та вчиненням кримінальних правопорушень, що може мати негативні наслідки у тому числі й для допустимості отриманих доказів. Аналізуються відповідні заборони, встановлені законодавцем та наслідки у разі їх недотримання.

За результатами дослідження автор дійшов висновку, що на практиці відмежування провокації злочину від законної діяльності правоохоронних органів з його контролю може виявитися вкрай складним у тому числі через те, що у вітчизняному законодавстві зазначені категорії не знайшли детального врегулювання. Аналізуються наукові погляди та судова практика щодо критеріїв відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів.

Узагальнюються різноманітні підходи, які використовує Верховний Суд під час оцінки допустимості доказів, отриманих під час проведення контролю за вчиненням злочину. Розглядаються актуальні питання відмежування провокації злочину від допустимої поведінки правоохоронних органів та її наслідків для доказування у сфері правоохоронної діяльності у практиці Верховного Суду. Серед таких аналізуються питання стосовно: повноважень щодо перевірки наявності чи відсутності провокації; доказування у зв'язку із визначенням наявності ознак провокації; оцінки дій правоохоронних органів для визначення наявності ознак провокації; оцінки особи конфідента та його дій для визначення наявності ознак провокації; належного обґрунтування постанови про проведення контролю за вчиненням злочину; дослідження особливостей проведення процесуальних дій для визначення наявності ознак провокації злочину.

Ключові слова: правоохоронна діяльність, кримінальне процесуальне доказування, негласні слідчі (розшукові) дії, контроль за вчиненням злочину, провокація злочину, негласні заходи у правоохоронній діяльності, судова практика.

The article examines the consequences of provocation of a crime during covert investigative (search) actions to prove in the field of law enforcement. It is emphasized that the conduct of covert investigative (search) actions and the subsequent use of their results in proving certain categories of criminal offenses is of decisive importance in the field of law enforcement. At the same time, it is important to take into account that the relevant procedural decisions in criminal proceedings can be based on only evidence that is admissible. Thus, as practice shows, the most effective in the field of countering of crimes are those types of covert investigative (search) actions that involve control over illegal activities or penetration into an organized group or criminal organization. At the same time, such activities of law enforcement agencies border on provocation of a crime and the commission of criminal offenses, which may have negative consequences, including for the admissibility of the evidence obtained. The relevant prohibitions established by the legislator and the consequences in case of non-compliance are analyzed.

Based on the results of the study, the author came to the conclusion that in practice it can be extremely difficult to distinguish the provocation of a crime from the lawful activities of law enforcement agencies to control it, including due to the fact that these categories have not been regulated in detail in legislation. The author analyzes scientific views and judicial practice on the criteria for distinguishing provocation from the permissible behavior of law enforcement agencies.

It summarizes various approaches used by the Supreme Court in assessing the admissibility of evidence obtained during the control over the commission of a crime. The topical issues of distinguishing the provocation of a crime from the permissible behavior of law enforcement agencies and its consequences for proving in the field of law enforcement in the practice of the Supreme Court are considered. Among them, the following issues are analyzed: powers to verify the presence or absence of provocation; proving in connection with the determination of the presence of signs of provocation; assessment of the actions of law enforcement agencies to determine the presence of signs of provocation; assessment of the identity of the confidential and his actions to determine the presence of signs of provocation; proper justification of the decision to control the commission of a crime; study of the peculiarities of procedural actions to determine the presence of signs of provocation of a crime.

Key words: law enforcement activity, criminal procedural evidence, covert investigatory (detective) actions, control over the commission of a crime, provocation of a crime, covert measures in law enforcement activities, judicial practice.

Проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД) та подальше використання їх результатів у доказуванні щодо окремих категорій кримінальних правопорушень має визначальне значення у сфері правоохоронної діяльності. При цьому важливо враховувати, що в основу відповідних процесуальних рішень у кримінальному провадженні можна покласти лише докази, які є допустимими.

Водночас, як свідчить практика, найбільш ефективними у сфері протидії тяжким та особливо тяжким злочинам є ті види НСРД, які передбачають контроль за протиправною діяльністю або проникнення до організованої

групи чи злочинної організації (йдеться, відповідно, про контроль за вчиненням злочину, а також про виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації).

Вочевидь, така діяльність правоохоронних органів межує із провокацією злочину та вчиненням кримінальних правопорушень, що може мати негативні наслідки у тому числі й для допустимості отриманих доказів. Як слушно зазначають С. О. Ковальчук та Г. Р. Крет, речові докази і документи, отримані під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину внаслідок провокації (підбурювання) особи до вчинення цього зло-

чину, не можуть бути використані у кримінальному провадженні. При цьому докази, отримані внаслідок провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину, не можуть бути покладені в основу судового рішення за обвинуваченням особи у вчиненні як злочину, до якого її було спровоковано, так і іншого інкримінованого їй злочину [1, с. 201–202]. Разом із цим, важливо підкреслити, що докази, одержані у кримінальному провадженні до провокації злочину, розглядаються як такі, що відповідають вимогам п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) та ч. 3 ст. 271 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), тобто є допустимими [2, с. 309].

У зв'язку із зазначеним законодавцем встановлено відповідні заборони та наслідки у разі їх недотримання. Так, відповідно до ч. 3 ст. 271 КПК 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. Тому у кожному кримінальному провадженні, у якому сторона захисту заявляє про можливу провокацію злочину, або існують інші обставини, які можуть свідчити про підбурювання, необхідно ретельно дослідити обставини справи для прийняття обґрунтованого процесуального рішення.

Разом із цим, слід звернути увагу на те, що на практиці відмежування провокації злочину від законної діяльності правоохоронних органів з його контролю може виявитися вкрай складним у тому числі через те, що у вітчизняному законодавстві зазначені категорії не знайшли детального врегулювання. Як зазначають С. О. Ковальчук та Г. Р. Крет, оскільки процедура перевірки заяв про провокацію злочину КПК не передбачена, то відповідно до ч. 5 ст. 9 КПК кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) [1, с. 194]. Досліджуючи вказані питання, О. П. Бабіков доходить аналогічного висновку, конкретизуючи, що кримінальне та кримінальне процесуальне законодавство України не містить чітких критеріїв, ознак провокування (підбурювання), проте зазначене питання ретельно досліджувалося і надавалася правова оцінка в рішеннях ЄСПЛ [2, с. 299].

В той же час ґрунтовне з'ясування обставин кримінального провадження, у якому могла мати місце провокація злочину має визначальне значення для виконання завдань кримінального провадження та справедливого вирішення кримінально-правового конфлікту.

Як вказує О. П. Бабіков, обставини, які виключають провокування особи на вчинення злочину, підлягають з'ясуванню під час досудового розслідування. Вони можуть міститися у відповідних процесуальних документах та відображатися у постановках прокурора про контроль за вчиненням злочину. Такі обставини мають спростовувати будь-які сумніви щодо підбурювання, провокування, містити відомості, які дають підстави вважати, що особа, щодо якої ухвалюється рішення про проведення контролю за вчиненням злочину, займається протиправною діяльністю, та її дії підпадають під ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину і підтверджуються належними і допустимими доказами, одержаними до ухвалення рішення про проведення контролю [2, с. 306].

Відповідно, продовжує автор, судовою практикою вироблено підхід щодо застосування двох критеріїв перевірки обґрунтованості тверджень сторони захисту про провокацію злочину: 1) матеріально-правовий тест, що полягає у перевірці поведінки службових осіб правоохоронних органів (їх агентів, залучених до проведення негласних

заходів осіб) на предмет наявності ознак підбурювання (схиляння) особи до протиправної поведінки (вчинення злочину); 2) процесуальний тест, що полягає у здійсненні судом ретельної перевірки заяви про провокацію злочину на засадах змагальності, з ретельним дослідженням доводів сторони захисту, їх об'єктивної оцінки та перевірки. При цьому процесуальний тест включає в себе з'ясування: 1) законності приводів та підстав початку досудового розслідування; 2) наявності у особи, яка виступила заявником (викривачем) особистих прихованих мотивів; 3) наявності підстав та належного обґрунтування застосування до підозрюваного (обвинуваченого) негласних заходів одержання інформації; 4) поведінка заявника (викривача) та підозрюваного (обвинуваченого) під час зустрічей, їх активності (ініціативність)/пасивності [2, с. 306].

Тож, як було зазначено, кримінальне процесуальне законодавство України у частині визначення питань наявності чи відсутності провокації злочину, застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ. Природньо, що і Верховний Суд у своїй практиці застосовує критерії відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів, розроблені ЄСПЛ.

Так, у справі № 369/418/14-к Верховний Суд вказав, що для висновку про наявність у діях органів досудового розслідування ознак провокації, що має наслідком визнання доказів недопустимими, суд повинен застосувати критерії відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів, вироблені ЄСПЛ. Зокрема, колегія суддів зазначає, що для відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів ЄСПЛ виробив ряд критеріїв, такі як: а) змістовний критерій, б) процесуальний критерій.

При цьому під змістовним критерієм розуміється наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів, а під процесуальним – наявність у суду можливості перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання з дотриманням принципів змагальності та рівності сторін.

Також у цій справі Верховний Суд зазначив, що для визначення провокації злочину ЄСПЛ встановив, зокрема, такі критерії: чи були дії правоохоронних органів активними, чи мало місце з їх боку спонукання особи до вчинення злочину, наприклад, прояв ініціативи у контактах з особою, повторні пропозиції, незважаючи на початкову відмову особи, наполегливі нагадування, підвищення ціни вище середньої; чи був би скоєний злочин без втручання правоохоронних органів; вагомості причин проведення оперативної закупівлі, чи були у правоохоронних органів об'єктивні дані про те, що особа була втягнута у злочинну діяльність і ймовірність вчинення нею злочину була суттєвою [3].

Розглянемо актуальні питання відмежування провокації злочину від допустимої поведінки правоохоронних органів та її наслідків для доказування у сфері правоохоронної діяльності у практиці Верховного Суду.

1. *Повноваження щодо перевірки наявності чи відсутності провокації* надані суду. Так, у справі № 728/1614/17 Верховний Суд дійшов висновку, що за наявності, на думку суду, ознак, притаманних провокації злочину правоохоронними органами, суд має перевірити це в судовому засіданні шляхом безпосереднього дослідження відповідних доказів і лише після цього дійти висновку щодо наявності (відсутності) факту провокації і, як наслідок, щодо належності, допустимості та достатності доказів, наявних у справі, для ухвалення відповідного процесуального рішення [4].

2. *Доказування у зв'язку із визначенням наявності ознак провокації*. Доказування у такому випадку має певні особливості, які стосуються тягаря доказування; дослідження додаткових доказів та ознайомлення сторони захисту із матеріалами кримінального провадження для визначення наявності ознак провокації.

Тягар доказування у зв'язку із визначенням наявності ознак провокації. У справі № 728/1614/17 Верховний Суд визначив, що якщо сторона захисту заявила в суді першої інстанції та/або в апеляційній скарзі необґрунтовані доводи про наявність провокації злочину з боку працівників правоохоронних органів, то тягар доказування того, чи мало місце підбурювання, покладається саме на сторону обвинувачення [4].

При цьому, під час розслідування різних категорій кримінальних правопорушень важливе значення має з'ясування особливих обставин. Так, для з'ясування того, чи була в діях працівників правоохоронних органів провокація злочину, передбаченого ст. 368 КК, необхідно перевірити: хто був ініціатором зустрічей, чи були факти відмови з боку обвинуваченого на одержання неправомірної вигоди, чи мали місце наполегливі дії з боку свідка, чи було б вчинено злочин без втручання працівників правоохоронного органу [4]. У свою чергу, відсутність ознак провокації під час здійснення контролю за вчиненням злочину у вигляді оперативної закупівлі наркотичного засобу повинна бути підтверджена стороною обвинувачення шляхом забезпечення явки легендарної особи в судові засідання для надання відповідних показань [5].

Важливість дослідження додаткових доказів для визначення наявності ознак провокації. Так, у справі № 607/20877/19 Верховний Суд дійшов висновку, що для встановлення наявності чи відсутності провокації злочину важливе значення має дослідження судом інформації за результатами проведення такої НСРД, як зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, матеріали якої не було відкрито стороною захисту, не долучено до матеріалів судової справи та, відповідно, не досліджено судом.

Зокрема, з огляду на те, що свідок (особа, яка була залучена правоохоронними органами до співпраці) надав показання, що він телефонував обвинуваченому щодо купівлі наркотичного засобу та сильнодіючого лікарського засобу, обвинувачений заявляв про неодноразові дзвінки на його мобільний телефон незнайомої йому людини із пропозицією продати їй наркотичний засіб, зміст розмов, які зафіксовані за результатами зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, що здійснювалося до проведення оперативної закупки, має важливе значення для встановлення наявності чи відсутності провокації.

Скасовуючи ухвалу апеляційного суду і призначаючи новий розгляд у суді апеляційної інстанції Верховний Суд вказав, що під час нового розгляду в суді апеляційної інстанції необхідно дослідити, зокрема, показання особи, яка була залучена правоохоронними органами до співпраці, відповідно до яких саме він телефонував обвинуваченому щодо купівлі наркотичного засобу та сильнодіючого лікарського засобу, заявив обвинуваченого про неодноразові дзвінки на мобільний телефон незнайомої людини із пропозицією продати їй наркотичний засіб, зміст розмов, які зафіксовані за результатами зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, що здійснювалося до проведення оперативної закупки [6].

Ознайомлення сторони захисту із матеріалами кримінального провадження для визначення наявності ознак провокації. У справі № 991/722/21 Верховний Суд вказав, що сторона захисту має право реалізувати свої процесуальні права, у тому числі право на доступ до матеріалів, які могли підтвердити позицію захисту про провокацію кримінального правопорушення. Наслідок поведінки сторони, яка своїми діями унеможливила або значно ускладнила дослідження важливих доказів судом, має тлумачитися на користь протилежної сторони, щоб не захочувати сторону до використання таких прийомів.

Зокрема, Суд зазначив, що вирішення питання щодо провокації вимагало дослідження широкого кола обставин, для доведення та спростування яких сторони мають отримати якнайширші можливості. Суд, вирішуючи питання

щодо надання доступу до матеріалів, який вимагала сторона захисту, мав також прийняти до уваги, чи існували у сторони захисту інші способи доводити або спростовувати обставини, важливі в контексті її позиції [7].

3. Оцінка дій правоохоронних органів для визначення наявності ознак провокації. Для визначення наявності чи відсутності ознак провокації визначальним є дослідження дій правоохоронних органів та надання їм відповідної оцінки.

Допустима поведінка правоохоронних органів. Верховний Суд у своїх рішеннях неодноразово доходив висновку, що пасивна поведінка органів досудового розслідування, яка не підбурює особу до вчинення злочину, не може розцінюватися як провокація злочину. Наприклад, у справі № 629/4448/17, перевіряючи доводи касаційної скарги захисника щодо провокації злочину, Суд дійшов висновку, що такий факт не знайшов свого підтвердження в результаті перевірки обставин кримінального провадження та дослідження доказів як у суді першої інстанції, так і в суді апеляційної інстанції.

Матеріалами кримінального провадження встановлено, що органи досудового розслідування діяли в основному у пасивний спосіб і не провокували засудженого до вчинення злочину. Таким чином, НСРД не призвели до підбурювання через призму прецедентної практики ЄСПЛ стосовно п. 1 ст. 6 Конвенції.

А тому доводи захисника про провокацію злочину з боку правоохоронних органів не знайшли свого підтвердження у ході перевірки матеріалів провадження судом касаційної інстанції [8].

У іншій справі Верховний Суд зазначив, що пасивна поведінка працівників правоохоронних органів під час проведення оперативної закупки психотропної речовини є допустимою та не може бути визнана провокацією злочину. Так, у цій справі № 161/14703/17 перевіркою матеріалів кримінального провадження щодо ОСОБА_1 встановлено, що за обставин, встановлених судами першої та апеляційної інстанцій, органи досудового розслідування діяли у пасивний спосіб і не підбурювали засудженого до вчинення злочину. Таким чином, такі дії не призвели до підбурювання, через призму прецедентної практики ЄСПЛ стосовно п. 1 ст. 6 Конвенції.

В основу обвинувального вироку суд поклав докази, які узгоджуються між собою та повною мірою вказують на винуватість ОСОБА_1, а перевіркою матеріалів провадження встановлено, що фактів, які б свідчили про підбурювання останнього до вчинення інкримінованих йому злочинів, не виявлено, таким чином, за обставин, встановлених судами першої та апеляційної інстанцій, доводи засудженого про провокацію злочину з боку правоохоронних органів не знайшли свого підтвердження [9].

Поведінка правоохоронних органів, яка містить ознаки провокації. В той же час в багатьох справах Верховний Суд встановлював наявність провокації, що мало наслідком недопустимість доказів.

При цьому слід зазначити, що загалом ЄСПЛ визначає пастку як ситуацію, коли задіяні агенти – працівники органів правопорядку або особи, що діють на їх прохання – не обмежуються суто пасивними спостереженнями протиправної діяльності, а здійснюють на особу, за котрою стежать, певний вплив, провокуючи її скоїти правопорушення, яке вона в іншому випадку не вчинила би, з метою зафіксувати його, тобто отримати доказ і розпочати кримінальне правопорушення [10].

Також важливо досліджувати, зокрема, питання щодо моменту початку дій правоохоронних органів, наявності у них об'єктивних даних про протиправну діяльність особи та обставин конкретної справи.

Момент початку дій правоохоронних органів. У справі № 485/1576/16-к Верховний Суд зазначив, що якщо органи досудового розслідування вступили у справу не на стадії

підготовки чи вчинення злочину особою, а до початку вчинення інкримінованих обвинуваченому діянь, фактично ініціювавши їх, то це є ознакою провокації злочину.

Як убачається з матеріалів кримінального провадження, погоджуючись з висновками суду першої інстанції, апеляційний суд виходив з того, що із показань свідків ОСОБА_2, ОСОБА_7 та пояснень самого ОСОБА_1 слідує, що саме органи досудового розслідування зніщували спілкування ОСОБА_2 з ОСОБА_1 через ОСОБА_7, та саме ОСОБА_2 зателефонував ОСОБА_1 та попросив його придбати для нього відповідну партію спеціальних технічних засобів, фактичний продаж яких учасники погодили шляхом його здійснення у два етапи. Крім того, матеріали кримінального провадження не містять жодних доказів того, що вказаний злочин був би вчинений ОСОБА_1 і без втручання органу досудового розслідування, натомість з показань ОСОБА_2 та ОСОБА_1 слідує, що всі п'ять спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації були придбані ОСОБА_1 саме після відповідного звернення до нього ОСОБА_2 та саме на його замовлення, доказів того, що ОСОБА_1 вчиняв подібні діяння в минулому чи намагався вчинити в майбутньому поза ініційованих органом досудового розслідування заходів суду не надано. Навпаки, матеріали кримінального провадження свідчать про те, що органи досудового розслідування вступили у справу не на стадії підготовки чи вчинення даного злочину ОСОБА_1, а до початку вчинення інкримінованих обвинуваченому діянь, фактично ініціювавши їх [11].

Наявність у правоохоронних органів об'єктивних даних, що особа вчиняє або готується вчинити злочин. Так, аби встановити, чи розслідування було «суто пасивним», Суд вивчає мотиви, які виправдовували операцію проникнення, і поведінку державних органів, які її здійснювали. Зокрема, Суд встановлює, чи були об'єктивні сумніви у тому, що заявника втягнули у злочинну діяльність або схилили скоїти кримінальне правопорушення.

Зокрема, у справі № 333/7457/16 Верховний Суд дійшов висновку, що Відсутність об'єктивних даних, які би свідчили про вчинення або готування до вчинення злочину, пов'язаного з обігом наркотичних засобів чи психотропних речовин до моменту проведення оперативної закупки та встановлення факту ініціювання збуту особами, залученими до проведення оперативних закупок, свідчать про наявність провокації у діях правоохоронних органів.

Тож, у цій справі Верховний Суд зазначив, що докази, отримані шляхом підбурювання особи до вчинення злочину, не можуть бути покладені в основу обвинувачення [12].

Враховання достовірності легенди правоохоронних органів. У справі № 750/9855/16-к Верховний Суд зазначив, що обґрунтовуючи рішення про наявність провокації вчинення злочину, апеляційний суд встановив, що ні ОСОБА_4, ні ОСОБА_3, який начебто діяв в його інтересах, не мали справжнього наміру займатися продажом товару, на який могли би вплинути працівники контролюючих органів, а фактично метою таких дій ОСОБА_3 було документування вручення коштів ОСОБА_1 та ОСОБА_2. Під час розгляду кримінального провадження судом не було здобуто доказів того, що хтось із них вимагав гроші від ОСОБА_3, які без активної діяльності останнього вони б не отримали.

Зрештою, Верховний Суд виснував, що враховуючи вищезазначене апеляційний суд дійшов умотивованого висновку про наявність провокації злочину з боку правоохоронних органів із залученням ОСОБА_3 та визнав недопустимими докази, якими були зафіксовані слідчі та інші процесуальні дії [13].

Враховання ступеня активності підготовчих дій правоохоронних органів. У справі № 164/104/18 Верховний Суд дійшов висновку, що Підбурювання до вчинення злочину з боку працівника правоохоронного органу, вчинене

з метою подальшого викриття засудженого, має місце у випадку, якщо такий працівник без дотримання вимог щодо запобігання провокації злочину спеціально залучив свідка для проведення оперативно-розшукових заходів щодо засудженого до відкриття кримінального провадження, надав свідку до першої зустрічі з засудженим спеціальні засоби прихованого аудіо-, відеофіксування подій, а також ідентифіковані (помічені) грошові кошти для організації їх передачі як неправомірної вигоди засудженому [14].

4. Оцінка особи конфідента та його дій для визначення наявності ознак провокації. Питання щодо відомостей про особу конфідента та його дій також є вкрай важливим для визначення наявності ознак провокації. При цьому значення має як статус особи, залученої для конфіденційного співробітництва, її анкетні дані та наявність попереднього співробітництва із правоохоронними органами, так і діяльність конфідента у конкретному кримінальному провадженні.

Щодо статусу конфідента. Зокрема, у кримінальному провадженні за обвинуваченням судді, який попросив надати та отримав неправомірну вигоду від позивача у цивільній справі, за прийняття рішення на його користь, НАБУ до конфіденційного співробітництва було залучено цього позивача, який, як стверджує сторона захисту в касаційній скарзі, упродовж тривалого часу співпрацював з працівниками поліції, виступаючи заявником щодо підкупу стосовно інших службових осіб, що свідчить про те, що цей позивач перебував під контролем працівників правоохоронних органів та брав участь у провокації судді до отримання неправомірної вигоди. Такі ж доводи наводилися в суді першої інстанції та в апеляційній скарзі, однак не бралися до уваги судами першої та апеляційної інстанцій. У цьому кримінальному провадженні ВАКС визнав винуватим і засудив суддю за ч. 3 ст. 368 КК, а апеляційний суд залишив цей вирок без зміни.

Верховний Суд, залишаючи без зміни рішення судів першої та апеляційної інстанцій, установив, що попередні звернення особи до правоохоронних органів не можуть надалі позбавляти її права на таке звернення у випадку вчинення злочину, який посягає на її законні права. Особа, яка, не маючи будь-яких прихованих мотивів, почала діяти під контролем правоохоронних органів після подання нею заяви до НАБУ про вчинення обвинуваченим злочину, передбаченого ст. 368 КК, за результатами чого було розпочато досудове розслідування, а правоохоронний орган мав вагомий підстави для початку таємної операції, вважається такою, що має статус приватної особи, навіть у разі, якщо вона раніше могла співпрацювати з правоохоронними органами [15].

У іншій справі Верховний Суд вказав, що жодна з обставин сама по собі не може бути визначальною для висновку про наявність або відсутність провокації, адже лише оцінивши всі фактичні і юридичні аспекти події в сукупності суди можуть зробити висновок про те, чи була поведінка агентів такою, що спонукала особу до дій, які та не вчинила б без їх втручання, і якщо НСРД розпочалися після отримання правоохоронними органами інформації, яка давала підстави вважати, що готується злочин, то факт того, що свідок не звертався із заявою до правоохоронних органів про вчинення кримінального правопорушення, а був залучений до проведення НСРД, не має вирішального значення для висновку про наявність чи відсутність провокації.

Наявність у особи судимостей, а також його співпраця з органами розслідування в інших кримінальних провадженнях, самі по собі не свідчать про наявність провокації. НСРД, у тому числі, контроль за вчиненням злочину, можуть проводитися і штатними працівниками правоохоронного органу, тому багаторазова участь у таких операціях не може свідчити про наявність провокації [16].

Щодо діяльності конфідента у конкретному кримінальному провадженні. У справі № 535/83/18 Верховний Суд дійшов висновку, що контроль за вчиненням злочинів у формі оперативної закупки наркотичних засобів не є провокацією злочинів, якщо пропозиція таємного агента була лише загальним абстрактним виразом готовності цього агента заплатити певну суму грошей за поставлені наркотичні засоби, а засуджений після цього добровільно продовжує спілкуватися з таємним агентом, щоб отримати особисту користь від абстрактної готовності «покупця» купувати наркотичні засоби.

Перевіривши доводи, викладені в касаційній скарзі захисника, щодо провокації злочину з урахуванням цих критеріїв, Суд дійшов висновку, що встановлені судами попередніх інстанцій обставини свідчать про те, що органи досудового розслідування діяли у пасивний спосіб і не підбурювали засудженого до вчинення злочину. Так, підбурювання мало б місце тоді, коли таємний агент перед тим, як було прийнято рішення про закупку і продаж наркотиків, неодноразово б заохочував засудженого до вчинення злочину (або сприяв утвердженню у прийнятті такого початкового рішення засудженим). Втім, докази ясно показують, що така пропозиція була лише загальним абстрактним виразом готовності таємного агента заплатити певну суму грошей за поставлені наркотики, після чого засуджений добровільно продовжував спілкуватися з ним, щоб отримати особисту користь від абстрактної готовності «покупця» купувати наркотики. Звернення таємного агента в цьому випадку не було обов'язковою умовою для злочинної діяльності засудженого, тобто дії, якої в іншому випадку він би не вчинив. Навпаки, навіть без агента під прикриттям засуджений вчиняв злочини у сфері обігу наркотичних засобів, за які він був засуджений. Таким чином, НСРД не призвели до підбурювання через призму прецедентної практики ЄСПЛ стосовно п. 1 ст. 6 Конвенції [17].

5. *Належне обґрунтування постанови про проведення контролю за вчиненням злочину.* Так, відповідно до ч. 7 ст. 271 КПК прокурор у своєму рішенні про проведення контролю за вчиненням злочину, крім відомостей, передбачених статтею 251 цього Кодексу, зобов'язаний викласти обставини, які свідчать про відсутність під час НСРД провокування особи на вчинення злочину. Наслідками недотримання цих законодавчих положень є визнання доказів недопустимими.

Водночас, як зазначає Я. О. Тализіна, вимога про викладення в постанові обставин, які свідчать про відсутність провокації злочину, часто ігнорується прокурором і Верховним Судом це наразі вважається істотним порушенням вимог кримінального процесуального законодавства, що може потягти за собою визнання результатів такої НСРД недопустимими доказами [18, с. 454].

Зокрема, як встановив Верховний Суд у справі № 263/33/2017 незазначення у постанові про проведення контролю за вчиненням злочину обставин, які свідчать про відсутність під час проведення НСРД провокування, тягне за собою недопустимість його результатів [19].

6. *Дослідження особливостей проведення процесуальних дій для визначення наявності ознак провокації злочину.* Зокрема, у справі № 712/5194/20 Верховний Суд визнав необґрунтованою позицію судів попередніх інстанцій щодо наявності в діях правоохоронних органів провокації вчинення злочину.

Під час апеляційного розгляду кримінального провадження сторона обвинувачення наголошувала в апеляцій-

ній скарзі на результатах проведення НСРД у виді аудіо-, відеоконтролю особи від 20.01.2020, а саме – розмови між ОСОБА_6 та ОСОБА_9, яка відбулася в кабінеті останнього 20.12.2019.

Так, під час цієї зустрічі ОСОБА_9 запитав ОСОБА_6 чи вистачить 5 000 грн, дістав гроші з сейфа і, відрахувавши 5 000 грн, поклав їх на стіл біля ОСОБА_6 та повідомив, що в цій пачці знаходиться саме 5 000 грн, а останній забрав їх та поклав у внутрішню кишеню куртки.

Матеріали цього кримінального провадження свідчать про те, що у поданій до СБУ 21.08.2019 заяві ОСОБА_9 вказував на те, що ОСОБА_6 вимагає від нього неправомірну вигоду за непритягнення до адміністративної відповідальності за порушення правил пожежної безпеки.

У підсумку Верховний Суд дійшов висновку, що розрив у часі між внесенням відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань та безпосереднім одержанням неправомірної вигоди не може сам собою свідчити про те, що йдеться про провокацію злочину, оскільки орган досудового розслідування не може чітко спрогнозувати конкретну дату вчинення злочину. Його завдання – лише фіксація такої протиправної діяльності, яка інколи відбувається тривалий проміжок часу через специфіку вчинюваного злочину [20].

7. *Наслідки для допустимості доказів у разі встановлення наявності ознак провокації.* У підсумку слід навести правові позиції Верховного Суду щодо допустимості доказів, отриманих внаслідок провокації злочину.

Так, у справі № 748/3070/15-к Верховний Суд дійшов висновку, що наявність ознак провокації, а саме: чи мало місце спонукання працівниками правоохоронного органу особи до вчинення злочину, має наслідком недопустимість доказів, отриманих на підставі проведення НСРД.

Зокрема, у цій справі Верховний Суд зазначив, що суд першої інстанції дійшов правильного висновку про активну участь правоохоронних органів у проведенні оперативних закупок із залученням особи, стосовно якої проводиться розслідування кримінального провадження органом досудового розслідування (при цьому слідчий ОСОБА_5 брав участь одночасно в здійсненні досудового розслідування двох кримінальних проваджень). З підстав сумнівності законності проведених оперативних закупок судом першої інстанції обґрунтовано відкинуті, як недопустимі, докази, що фіксували слідчі та інші процесуальні дії, пов'язані з проведенням таких оперативних закупок, а також висновки експерта щодо вилученої речовини [21].

У іншій справі № 487/2403/18 Верховний Суд зазначив, що усі докази, отримані під час досудового розслідування злочину, який було вчинено внаслідок підбурювання з боку поліції або інших осіб, які діють за їх вказівками, та який в іншому випадку не було би вчинено, мають визнаватися недопустимими.

У цій справі, як установив Суд, з боку працівників правоохоронних органів мало місце моделювання злочину, інкримінованого ОСОБА_1, з використанням ОСОБА_2 як агента-провокатора, оскільки ОСОБА_2 було прийнято на роботу за наказами ТОВ «ПФ» 25 липня 2016 року та звільнено 29 вересня 2016 року, тобто на час проведення активних слідчих дій і НСРД. Ініціатива щодо зустрічей з ОСОБА_1 належала саме ОСОБА_2, який самостійно незважаючи на відмови першого звертався до нього з повторними пропозиціями про зустрічі. Крім того, ОСОБА_2 неодноразово залучався правоохоронними органами та брав участь як заявник або свідок у різних, у тому числі аналогічних, кримінальних провадженнях [22].

ЛІТЕРАТУРА

1. Ковальчук С.О., Крет Г.Р. Науково-практичний коментар до глави 21 Кримінального процесуального кодексу України «Негласні слідчі (розшукові) дії». Київ: Прецедент, 2024. 244 с.
2. Бабіков О.П. Негласні слідчі (розшукові) дії: теорія і практика; Наук.-дослід. ін-т публічного права; 2-ге вид., випр. та доповн. Київ: Норма права, 2024. 464 с.

3. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 17.09.2019 року у справі № 369/418/14-к (провадження № 51-6497км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84583373>.
4. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 19.10.2022 у справі № 728/1614/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106940482>.
5. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 01.07.2020 у справі № 643/10749/14-к (провадження № 51-2273км20). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90202735>.
6. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 17.05.2023 у справі № 607/20877/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111036691>.
7. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 21.11.2023 у справі № 991/722/21 (провадження № 51-1164км21). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115409309>.
8. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 22.08.2019 у справі № 629/4448/17 (провадження № 51-791км19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83870631>.
9. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 10.09.2019 у справі № 161/14703/17 (провадження № 51-7096км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84344178>.
10. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 13.01.2021 у справі № 663/2885/17 (провадження № 51-4750км20). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94194562>.
11. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 12.02.2020 у справі № 485/1576/16-к (провадження № 51-5676 км 19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87703476>.
12. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 12.08.2020 у справі № 333/7457/16 (провадження № 51-3266км19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91010414>.
13. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 03.03.2020 у справі № 750/9855/16-к (провадження № 51-9831км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88401704>.
14. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 08.04.2020 у справі № 164/104/18 (провадження № 51-10414км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88749774>.
15. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 06.12.2022 у справі № 991/3921/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107904851>.
16. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 30.01.2024 у справі № 725/1375/19 (провадження № 51-4334км23). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116993773>.
17. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 23.01.2020 у справі № 535/83/18 (провадження № 51-2010км19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87211898>.
18. Тализіна Я.О. Негласні слідчі (розшукові) дії: науково-практичний коментар глави 21 КПК України з постатейними правовими позиціями Верховного Суду. Київ: Юрінком Інтер, 2024. 704 с.
19. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 22.11.2018 у справі № 263/33/2017 (провадження № 51-1893км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78297744>.
20. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 02.02.2023 у справі № 712/5194/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108930806>.
21. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 06.11.2019 у справі № 748/3070/15-к (провадження № 51-682км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85541582>.
22. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 05.02.2020 у справі № 487/2403/18 (провадження № 51-1361км19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87517533>.