

СЛУЖБА БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ЯРОСЛАВА МУДРОГО

ІНСТИТУТ ПІДГОТОВКИ ЮРИДИЧНИХ КАДРІВ
ДЛЯ СЛУЖБИ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

**ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ
ОПЕРАТИВНО-СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ:
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ
ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ**

Матеріали постійно діючого науково-практичного семінару
(м. Харків, 27 травня 2016 року)

Випуск 7

Харків
«Право»
2016

УДК 342.951(477):351.746.1

ББК 67.9(4УКР)301.162

П68

Редакційна колегія:
С. О. Гриненко (голов. ред.),
І. М. Зеленська, О. Ю. Костін,
Д. І. Тарасенко, М. М. Юрлов

Редколегія може не поділяти погляди, викладені у збірнику. Автори опублікованих матеріалів несуть відповідальність за їх зміст.

П68 **Правове** забезпечення оперативно-службової діяльності: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення : матеріали постійно діючого наук.-практ. семінару (м. Харків, 27 трав. 2016 року) / редкол.: С. О. Гриненко (голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2016. – Вип. 7. – 382 с.

ISBN 978-966-937-026-6

Збірник містить тези доповідей і виступів науковців, практичних працівників та курсантів, присвячених проблемам реформування правоохоронної системи, соціального захисту працівників правоохоронних органів, військовослужбовців, учасників АТО та осіб, звільнених з військової служби; проходження військової служби, забезпечення законності та відповідальності військовослужбовців; договірної роботи в Службі безпеки України; представництва інтересів СБ України та інших правоохоронних органів у судах; проблемним питанням правозастосовної діяльності, які виникають у практиці оперативних підрозділів та органів досудового розслідування; забезпечення інформаційної безпеки та боротьби з тероризмом й іншим питанням правового забезпечення оперативно-службової діяльності.

Для співробітників правоохоронних органів, науковців, викладачів, курсантів і студентів вищих юридичних навчальних закладів.

УДК 342.951(477):351.746.1

ББК 67.9(4УКР)301.162

Адреса Інституту: м. Харків, вул. Мироносицька, 71,

телефон/факс (057) 700-34-55

E-mail: lpuk.kharkov@gmail.com

© Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2016

© Інститут підготовки юридичних кадрів для Служби безпеки України, 2016

© Оформлення. Видавництво «Право», 2016

ISBN 978-966-937-026-6

вбачається за доцільне внести необхідні зміни до кримінального процесуального законодавства стосовно того, що підозрюваний, обвинувачений або заставодавець при розгляді та вирішенні питання про застосування застави або одночасно з її внесенням зобов'язані, в тому числі, надавати відомості, що могли б засвідчити/підтвердити легальність походження відповідних коштів.

Дроздов Олександр Михайлович
адвокат, Голова ВКДКА, перший про-
ректор Вищої школи адвокатури, доцент
кафедри кримінального процесу Націо-
нального юридичного університету іме-
ні Ярослава Мудрого, кандидат юридич-
них наук, доцент, магістр держслужби

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗАБОРОНИ ПРОВОКАЦІЇ ЗЛОЧИНУ (ЗА МАТЕРІАЛАМИ ПРАКТИКИ ЄСПЛ)

Останнім часом на практиці гострої актуальності набули наступні питання. Чи є обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні про одержання неправомірної вигоди, факт реальності тих правовідносин, з приводу яких пропонувалась, вимагалась, отримувалась неправомірна вигода? Відповідно, яким чином впливає факт не доведення таких обставин на наявність в діях особи, яка отримала неправомірну вигоду, складу злочину (за відсутності ознак провокації з боку заявника)? А також, з огляду на латентність корупційних злочинів, яким має бути характер дій прокурора та інших правоохоронних органів, спрямованих на їх виявлення, з урахуванням рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) щодо «необхідності проводити слідство у пасивній манері»? Чи стосується ця вимога процесу саме виявлення злочинів, що готуються?

Наведені питання стосуються заборони провокації злочину відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – КЗПЛ) з урахуванням практики ЄСПЛ. Далі надаємо розгорнутий аналіз правових позицій ЄСПЛ з наведених питань.

По-перше, заборона провокації злочину відноситься до загальних гарантій встановлених ст. 6 КЗПЛ та є невід'ємною складовою справедливості судового розгляду. Проте іноді наведені питання ЄСПЛ розглядає в контексті дотримання вимог змагального процесу. Так, наприклад, у рішенні

по справі «Едвардс і Льйоїс проти Сполученого Королівства» заявникам було відмовлено в допуску до доказів, і, відповідно, їх представники не могли повною мірою аргументувати свою позицію у справі про провокацію. ЄСПЛ визнав порушення п. 1 ст. 6, так як процедура, застосована для визначення питань розкриття доказів і провокації, не відповідає вимогам про забезпечення змагального провадження і рівноправності сторін, а також не включала належні гарантії захисту інтересів обвинуваченого.

По-друге, Згідно ст. 9 КПК України, під час кримінального провадження суд та службові особи органів державної влади, які мають відношення до здійснення кримінального провадження, повинні неухильно дотримуватися вимог Конституції України, КПК України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, вимог інших законодавчих актів законодавства. Доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження (ч. 2 ст. 91 КПК України). Натомість обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні зазначені у ч. 1 ст. 91 КПК.

По-третє, ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом. Підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи (ст. 17 КПК України).

По-четверте, статтею 13 (Закінчений та незакінчений злочини) КК України встановлено, що закінченим злочином визнається діяння, яке містить усі ознаки складу злочину, передбаченого відповідною статтею Особливої частини КК України. В свою чергу, незакінченим злочином є готування до злочину та замах на злочин. Готуванням до злочину є підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення злочину, усунення перешкод, а також інше умисне створення умов для вчинення злочину (ч. 1 ст. 14 КК України).

ЄСПЛ визнав, що органам влади необхідно використовувати особливі слідчі методи, особливо в справах, що стосуються організованої злочинності і корупції. У зв'язку з цим ЄСПЛ постановив, 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 при використанні таких методів їх використання повинно бути обмежено чіткими рамками («Раманаускас проти Литви», п. 51). В той час як зростання організованої злочинності

вимагає від держав прийняття відповідних заходів, право на справедливий суд, з якого логічно випливає вимога належного забезпечення правопорядку, має застосовуватися щодо всіх злочинів – від простих до найскладніших, у тому числі й злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язані з наданням публічних послуг (див. Розділ XVII Кримінального кодексу України).

Право на справедливий суд займає настільки тверду позицію в демократичному суспільстві, що їм не можна жертвувати заради доцільності («Раманаускас проти Литви», п. 53). У зв'язку з цим ЄСПЛ підкреслив, що правоохоронні органи мають право діяти під прикриттям, але не підбурювати до злочину («Худобін проти Росії», п. 128). Крім того, хоча Конвенція не виключає використання на стадії досудового розслідування (як і в інших випадках, де це може вимагатися з огляду на характер правопорушення) таких джерел інформації, як анонімні інформатори, подальше використання таких джерел судом, який розглядає справу, для визнання винувачення є іншим питанням («Текшейра де Кастро проти Португалії», п. 35). Таке використання допустимо, тільки якщо є належні і достатні гарантії проти зловживання, зокрема чітка і передбачувана процедура видачі дозволу, застосування і контролю таких слідчих методів («Раманаускас проти Литви», п. 51). Що стосується органу, який здійснює контроль за операціями, що виконуються під прикриттям, ЄСПЛ вважає, що, хоча судовий нагляд був би найбільш доречним, можуть використовуватися і інші заходи, за умови, що введені в дію належні процедури та гарантії, такі як нагляд з боку прокуратури («Баннікова проти Росії», п. 50).

Хоча використання секретних агентів може допускатися (за умови, що така діяльність регулюється чіткими обмеженнями і гарантіями), публічний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих в результаті підбурювання з боку правоохоронних органів, так як це піддало б обвинуваченого ризику з самого початку виразно позбутися права на справедливий судовий розгляд («Раманаускас проти Литви», п. 54). Отже, для того щоб переконатися, чи було реалізовано право на справедливий судовий розгляд у справі за участю секретних агентів, ЄСПЛ в першу чергу розглядає, чи мала місце провокація («тест підбурювання по суті») і, в разі позитивної відповіді, чи міг заявник отримати захист від провокацій в національних судах («Баннікова проти Росії», п. 37, 51). Якщо дії агента, незалежно від того, був він найнятий державою або приватною особою, що надає допомогу органам влади, представляють провокацію і доказ, отриманий в результаті таких дій, було використано проти заявника в кримінальному провадженні, ЄСПЛ визнає порушення п. 1 ст. 6 Конвенції («Раманаускас

проти Литви», п. 73). Ураховуючи, що ЄСПЛ напрацьовано значну практику щодо заборони провокації вчинення злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, розглянемо, зокрема, на прикладах таких рішень ЄСПЛ питання незалежної оцінки факту підбурювання до вчинення злочину.

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 противагу законному розслідуванню під прикриттям як ситуацію, коли співробітники поліції або сил безпеки або інші особи, діючи на підставі наданих їм вказівок, не обмежуються тільки розслідуванням кримінальних діянь переважно в «пасивній формі», але 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 («Раманаускас проти Литви», п. 55). При вирішенні, 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'єктивно підозра, що заявник брав участь у злочинній діяльності або був схильний до вчинення кримінального правопорушення («Баннікова проти Росії», п. 38).

При здійсненні такої оцінки ЄСПЛ бере до уваги ряд факторів. Наприклад, в раніше наведеному рішенні ЄСПЛ у справі «Текшейра 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 при арешті, не перевищувало кількості, яку запросили співробітники поліції, які працювали під прикриттям. ЄСПЛ постановив, що дії агентів виходили за рамки діяльності таємних агентів, так як вони підбурювали до вчинення правопорушення, і ніщо не говорило про те, що без їх втручання було б вчинено цей злочин (п. 37–38). Колишня судимість сама по собі не вказує на схильність до вчинення кримінального правопорушення («Костянтин і Стоян проти Румунії», п. 55).

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 («Шеннон проти Сполученого Королівства»). Інший фактор, який необхідно брати до уваги, стосується того, чи змусили заявника вчинити розслідуваний злочин. Прояв ініціативи у встановленні контактів із особою за відсутнос-

ті будь-яких об'єктивних підозр, що заявник брав участь у злочинній діяльності або виявляв схильність до вчинення кримінального правопорушення («Барк Хун проти Туреччини», п. 44), повторення пропозиції, незважаючи на початкову відмову заявника, наполегливе підбурювання («Раманаускас проти Литви», п. 67), підвищення ціни вище середньої («Малінінас проти Литви», п. 37) і звернення до співчуття заявника за допомогою згадки симптомів наркотичної абстиненції («Ваньян проти Росії», п. 11, 49) було визнано ЄСПЛ, як поведінка, яку можна вважати примусом особи до вчинення даного злочину, незалежно від того, чи був відповідний агент співробітником органів правопорядку або приватною особою, яка діяла за вказівкою таких органів. Іншим значущим питанням є те, чи можуть представники держави вважатися такими, що «приєдналися» або «проникли» в злочинну діяльність, а не ініціювали таку. У зазначеній нижче справі дія залишається в рамках роботи під прикриттям. У рішенні по справі «Мілінієне проти Литви» ЄСПЛ порадив, що, хоча поліція вплинула на хід 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, так як ініціативу взяла на себе приватна особа. Остання поскаржилася в поліцію, що заявник вимагає хабар для отримання сприятливого результату по 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 (п. 37–38).

До речі, аналогічні міркування викладені в рішеннях ЄСПЛ у справах «Секвейра проти Португалії» та «Компанія «Еврофінаком» проти Франції». Спосіб, яким була розпочата і здійснена поліцейська операція під прикриттям, має значення при оцінці, чи мала місце провокація проти особи. Відсутність чіткої та передбачуваної процедури видачі дозволу, використання і контролю застосування розглянутого слідчого методу сприяє висновку про те, що зазначені дії являють собою провокацію (див., наприклад, рішення у справах «Текшейра де Кастро проти Португалії»), де ЄСПЛ відзначив той факт, що втручання агентів, що працюють під прикриттям, яке не здійснювалося як частина офіційної операції по боротьбі з торгівлею наркотиками, яку контролював суддя (п. 38); «Раманаускас проти Литви», в якому не було вказано, які причини або особисті мотиви змусили таємного агента увійти в контакт із заявником з власної ініціативи, не повідомивши про це вищому керівникові (п. 64); «Ваньян проти Росії», де ЄСПЛ зазначив, що поліцейська операція була санкціо-

нована лише адміністративним рішенням органу, який пізніше проводив цю операцію, що в рішенні містилося дуже мало інформації про причини і цілі планованої контрольної закупівлі і що стосовно даної операції не здійснювався ні судовий, а-ні будь-який інший незалежний нагляд (п. 46–47). У зв'язку з цим метод «контрольної закупівлі», використаний російськими органами влади, був детально розглянутий в справі «Веселов і інші проти Росії», де ЄСПЛ ухвалив, що розглянута процедура мала недоліки і що з огляду на її використання особи піддавалися 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 і її інформаторів щодо цих осіб (п. 127).

Отже, коротко підсумовуючи викладене слід зазначити, що при визначенні того, чи мало місце порушення п. 1 ст. 6 КЗПЛ у зв'язку з провокацією 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 схиляння його до вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів (процесуальний аспект). На думку ЄСПЛ, провокація злочину по суті має місце, коли співробітники правоохоронних органів не обмежуються переважно пасивним встановленням обставин можливого вчинення особою злочину з метою збору відповідних доказів і, при наявності на те підстав, притягнення його до відповідальності, а підбурюють цю особу до вчинення злочину. При визначенні того, обмежилися співробітники правоохоронних органів переважно пасивним встановленням обставин можливого вчинення злочину, ЄСПЛ розглядає два фактори: 1) наявність підстав для проведення відповідних заходів та 2) роль співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину. Належними підставами здійснення названих вище заходів ЄСПЛ визнає конкретні і 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 по суті не мала місця, обов'язок розглянути заяву особи про здійснену відносно нього провокацію, встановити відповідні фактичні обставини

справі 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, має місце, 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» (2013) ЄСПЛ, по-перше, відмовився приймати у якості запропонованого турецькою владою докази наявності 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 в 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. Цей аспект рішення ЄСПЛ досить важливий, оскільки притягнення раніше до кримінальної відповідальності за вчинення аналогічних злочинів в принципі побічно називалося їм раніше в числі обставин, якими може бути виправдано розумна підозра в вчиненні особою злочину, перевірка якого може здійснюватися в рамках негласного заходу (див. рішення ЄСПЛ у справах «Тейшейра де Кастро проти Португалії», п. 38 та «Барк Хун проти Туреччини», п. 44).

У справах, в яких зачіпаються питання провокації, ст. 6 КЗПЛ буде дотримана тільки в тому випадку, якщо заявник в ході судового розгляду фактично був в стані підняти питання перед судом про підбурювання шляхом заперечення або іншим чином. Недостатньо дотримуватися одних тільки загальні гарантій – наприклад, рівність сторін або право на захист («Раманаускас проти Литви», п. 69). У таких справах ЄСПЛ вказав, що докази відсутності підбурювання повинні бути надані стороною обвинувачення, якщо тільки твердження підсудного не є абсолютно неправдоподібними. За відсутності таких доказів в обов'язки судових органів входить розгляд обставин справи і прийняття необхідних заходів по встановленню того, чи мало насправді місце підбурювання. Якщо вони приходять до позитивної відповіді на це питання, вони повинні зробити висновки відповідно до положень КЗПЛ («Раманаускас проти Литви», п. 70). Більш того, заява про визнання вини в національному законодавстві підсудними кримінальні звинувачення не звільняє суд першої інстанції від обов'язку

вивчити твердження про підбурювання у вчиненні злочину («Раманаускас проти Литви», п. 72).

В зв'язку з цим ЄСПЛ перевіряє, чи представляє первинна скарга на провокацію істотний захист згідно з національним законодавством, чи є вона підставою для виключення доказу або веде до подібних наслідків («Баннікова проти Росії», п. 54). Хоча рішення про те, яка процедура є належною при розгляді заяви про провокацію злочину, відноситься до компетенції національних органів, ЄСПЛ вимагає, щоб ця процедура була змагальною, детальною, всебічною та остаточною у вирішенні питання про провокацію вчинення злочину («Баннікова проти Росії», п. 57).

Більш того, в контексті нерозкриття інформації слідчими органами ЄСПЛ приділяє особливу увагу дотриманню принципів змагального провадження і рівноправності сторін («Баннікова проти Росії», п. 58). Якщо обвинувачений стверджує, що його підбурювали до вчинення злочину, кримінальні суди повинні провести ретельне вивчення матеріалів справи, оскільки в цілях проведення справедливого розгляду за змістом п. 1 ст. 6 КЗПЛ всі докази, отримані в результаті підбурювання з боку поліції, повинні бути вилучені зі справи. Цей висновок є особливо актуальним, якщо операція правоохоронних органів здійснюється без достатнього правового регулювання та належних гарантій («Раманаускас проти Литви», п. 60). Якщо наявна інформація не дозволяє ЄСПЛ зробити висновок про те, чи був заявник об'єктом провокації, судовий нагляд за заявою про провокацію вчинення злочину набуває вирішального значення («Едвардс і Льюїс проти Сполученого Королівства», п. 46; «Алі проти Румунії», п. 101).

В наведеному контексті доречним буде навести рішення ЄСПЛ у справах «Худобін проти Росії», де національні суди не проаналізували відповідні фактичні та правові елементи з метою відмежувати провокацію від законних форм розслідування; «В. проти Фінляндії», де заявник не мав можливості звернутися до захисту від провокації; «Шеннон проти Сполученого Королівства», де виверт, використаний приватною особою, став предметом детального розгляду національними судами, які визнали твердження про провокацію необґрунтованим. В наведеному контексті більш детально розглянемо основні аспекти справи «Лагутін та інші проти Росії», яка була розглянута та вирішена ЄСПЛ у 2014 році. Адже наведена справа значно відрізняється від справи «Веселов і інші проти Росії». У справі «Веселов і інші проти Росії» підстави проведення перевірочних закупівель були очевидні: джерелами відповідної інформації були особи, які виступили потім в якості закупних, мови не йшло про те, що будь-яка інформація, що стосувалася підстав проведення негласних заходів, не була роз-

крита. У справі ж «Лагутін та інші проти Росії» органи влади посилалися на «оперативну інформацію», отриману з неназваних джерел. Ні відгук російської влади, ні матеріали кримінальних справ заявників не містили відомостей, які дозволили б судити про те, чи існувала така інформація, яке її зміст і значення з точки зору проведених перевірочних закупівель. Тому ЄСПЛ не зміг оцінити, чи були підстави для проведення негласних заходів і чи не чинився на заявників тиск з метою схилити їх до вчинення злочинів. За відсутності – як в цих випадках – явних доказів того, що провокація по суті не мала місця, обов'язок розглянути заяву особи про здійснену відносно нього провокацію, встановити відповідні фактичні обставини справи і з'ясувати чи вбачаються її ознаки, лягає на національний суд. Це – процесуальний аспект провокації.

До речі, ЄСПЛ вже визнавав стосовно Росії, що проведення перевірочних закупівель та оперативних експериментів знаходиться під повним контролем виключно органів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, і це свідчить про системну проблему відсутності гарантій проти провокації. Тому судова перевірка заяв про провокації є єдиний ефективний спосіб контролю над обґрунтованістю рішень про проведення негласних заходів і встановлення того, чи були співробітники правоохоронних органів і особи, що діють під їх контролем, в достатній мірі пасивні, не схилили вони підсудного до вчинення злочину. Беручи до уваги практику ЄСПЛ, вирішення питання про допустимість використання в якості доказів матеріалів перевірочних закупівель, зокрема, через можливу провокацію, вимагає встановлення в змагальному процесі підстав проведення негласних заходів, ролі в їх проведенні співробітників правоохоронних органів і сутності будь-якого тиску, якому піддалися заявники. Щоб ефективно розглянути заяву про провокації, суди повинні, зокрема, визначити, які документи повинні бути для цього долучені до матеріалів справи.

Так, за всіма кримінальними справами, про які йде мова у рішенні ЄСПЛ «Лагутін та інші проти Росії», співробітники ФСКН посилалися на секретну інформацію про причетність заявників до збуту наркотичних засобів, отриману з неназваних джерел. Це вимагало перевірки судами факту існування такої інформації до першого контакту заявників з закупниками, оцінки її змісту та прийняття рішення про те, чи може вона бути надана стороні захисту. Аргументи про провокації не могли бути перевірені без витребування всієї належної інформації, що стосується імовірно існуючих до проведення негласних заходів «оперативних даних», що свідчать про вчинення заявниками злочинів, а також допиту співробітників ФСКН про обставини отримання ними такої інформації. Однак суди

не вжили жодних спроб перевірити заяви співробітників ФСКН і погодилися з їх нічим не підтвердженими твердженнями про наявність підстав підозрювати заявників. Суди відхилили аргументи заявників про провокації в порушення процесуальних вимог, сформульованих в практиці ЄСПЛ. За подібних справ питання про наявність провокації є невіддільним від питання про винуватість особи у вчиненні злочину, і відмова розглянути належним чином відповідні аргументи непоправно порочить висновки суду по суті розгляду кримінальної справи. Це також суперечить основним гарантіям справедливого судового розгляду, зокрема, принципам змагальності і рівності сторін. Суди не переконалися в тому, що сторона обвинувачення обґрунтувала належним чином відсутність провокації, необґрунтовано перекинувши тягар доведення її наявності на сторону захисту. Оскільки «оперативна інформація» не була розкрита, заявники були позбавлені можливості оскаржувати її зміст і належність. Відповідно, заявники були поставлені в нерівне становище щодо сторони обвинувачення, і нічого не було зроблено, щоб збалансувати обмеження прав сторони захисту, відновити рівність сторін і досягти загальної справедливості судового розгляду. Беручи до уваги все це, по відношенню до всіх п'яти заявників було порушення пункту 1 статті 6 Конвенції.

Вище викладене дає підстави стверджувати, що обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні про одержання неправомірної вигоди, факт реальності тих правовідносин, з приводу яких пропонувалась, вимагалась, отримувалась неправомірна вигода також підлягають доказуванню. Натомість факт не доведення таких обставин може тягнути за собою виникнення обґрунтованих сумнівів щодо доведеності вини особи у вчиненні злочину. А як відомо, усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи. З урахуванням наведеної практики ЄСПЛ характер дій прокурора та інших правоохоронних органів, спрямованих на їх виявлення корупційних злочинців не повинні обмежуватися переважно пасивним встановленням обставин можливого вчинення особою злочину з метою збору відповідних доказів і, при наявності на те підстав, притягнення його до відповідальності, а підбурюють цю особу до вчинення злочину. При визначенні того, чи обмежилися прокурор та співробітники правоохоронних органів переважно пасивним встановленням обставин можливого вчинення злочину, ЄСПЛ розглядає два фактори: 1) наявність підстав для проведення відповідних заходів та 2) роль співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину.

Належними підставами здійснення названих вище заходів ЄСПЛ визнає конкретні і достатні фактичні дані, що вказують на можливе вчинен-

ня 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 по суті не мала місця, обов'язок розглянути заяву особи про здійснену відносно нього 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, має місце, коли відсутні підстави для проведення відповідних заходів, співробітники правоохоронних органів не обмежуються пасивним розслідуванням або національні суди нехтують зазначеними вище позитивними зобов'язаннями. Наведені вимоги.

Викладені у практиці ЄСПЛ стосуються усіх стадій вчинення злочину, а отже і стадії готування до злочину. Разом з тим нагадаємо, що докази, отримані шляхом провокації, не можуть бути використані у судочинстві, оскільки це є, перш за все, порушенням п. 1 ст. 6 КЗПЛ. Також зазначимо, що саме такого підходу притримуються національні суди під час розгляду справ про корупційні злочини (див., наприклад, рішення Колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ апеляційного суду Львівської області № №466/17/14-к від 11 квітня 2016 року). Крім того, потреба в ретельному дослідженні наведених в питаннях обставин обумовлена й тим, що ст. 370 КК України встановлено кримінальну відповідальність за провокацію підкупу. Протилежне сприймалося б як відмова відповідних правоохоронних органів реагувати на прояви провокації підкупу у ході розслідування обставин готування до вчинення корупційного злочину.

Зоренко Дмитро Сергійович

доцент спеціальної кафедри №3 Інституту підготовки юридичних кадрів для СБ України Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ДО ПИТАННЯ ВЧИНЕННЯ ПОСЯГАННЯ НА ТЕРИТОРІАЛЬНУ ЦІЛІСНІСТЬ І НЕДОТОРКАННІСТЬ УКРАЇНИ ЗА ПОПЕРЕДНЬОЮ ЗМОВОЮ ГРУПОЮ ОСІБ

Як відомо, співучастю у злочині є умисна спільна участь кількох суб'єктів злочину у вчиненні умисного злочину. Вчинення протиправного