

*Помаз Я. О.,**ад'юнкт 3-го курсу**Академії Державної пенітенціарної служби*

ДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ, ОТРИМАНИХ УНАСЛІДОК ПРОВОКАЦІЇ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО СЛІДСТВА КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НЕЗАКОННИМ ЗБУТОМ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ

Анотація. У статті автором проаналізовано практичну сторону застосування положень Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) щодо використання під час доказування доказів, отриманих унаслідок провокації учинення злочину під час фіксування протиправної діяльності осіб, пов'язаної із незаконним збутом заборонених до обігу речовин.

Установлено, що провокація (підбурювання) особи на вчинення злочину з боку співробітників правоохоронних органів нині є вкрай актуальною не тільки в Україні, але і в інших державах світу.

Небезпека цього поняття полягає в тому, що з метою притягнення винних до кримінальної відповідальності правоохоронні органи своїми активними діями штучно створюють докази винуватості особи, що не відповідає загальним засадам кримінального провадження.

У переважній більшості провокація вчинення злочину стосується кримінальних проваджень про кримінальні правопорушення у сфері збуту наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

Для кращого розуміння змісту поняття «провокація» вивчено досвід інших країн світу.

Стаття містить статистичні дані про кількість кримінальних проваджень, які у 2020 році перебували на розгляді у судах першої інстанції, а також даних про ухвалені вироки у провадженнях зазначеної категорії та про кількість осіб, притягнутих за ними до кримінальної відповідальності.

У запропонованій статті вивчено практику національних судів та Європейського суду з прав людини на предмет використання доказів унаслідок провокації. Проведеним аналізом цих рішень визначено недоліки у діяльності правоохоронних органів під час збирання доказів.

Сформовано проблемні питання, що стосуються законодавчого визначення самого поняття «провокація» та використання у доказуванні в такий спосіб доказів, а також відмежування правомірної (дозволеної) поведінки правоохоронних органів від провокації під час документування фактів незаконного збуту наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

Зроблено певні висновки за результатами цього дослідження та з'ясовано, що нині існує необхідність закріплення законодавчого визначення провокації злочину, недопустимості доказів, здобутих у такий спосіб, а також установлення кримінальної відповідальності за провадження (підбурювання) особи на вчинення злочину.

Як висновок пропонується внести відповідні зміни і доповнення до КПК України та КК України. Такі зміни

усунуть прогалини законодавства, підвищать ефективність проведення досудового розслідування та судового розгляду кримінального провадження.

Ключові слова: провокація, допустимість, докази.

Постановка проблеми. Проблематика, пов'язана із провокацією (підбурюванням) особи на вчинення злочину з боку працівників правоохоронних органів, насамперед у кримінальних провадженнях, розпочатих за фактами збуту заборонених до обігу речовин, була та залишається актуальною і донині.

Всім відомо, що під час досудового слідства цієї категорії кримінальних проваджень правоохоронні органи майже завжди проводять відповідні негласні слідчі (розшукові) дії (далі – НС(Р)Д). Водночас, незважаючи на досить часте використання під час доказування цього різновиду слідчих (розшукових) дій, на практиці існують певні труднощі використання результатів таких слідчих дій у доказуванні, насамперед отриманих унаслідок провокації. Отже, актуальною є потреба у пошуку шляхів для вирішення зазначеної проблеми.

Загалом питання провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину досліджували у наукових працях О.І. Альошина, О.М. Дроздов, М.А. Погорецький, С.Б. Фомін та інші.

Метою роботи є дослідження допустимості доказів, отриманих унаслідок провокації під час досудового слідства кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним збутом наркотичних засобів.

Виклад основного матеріалу дослідження. У статті 87 КПК України законодавець наводить перелік діянь, які суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав і свобод людини, що є підставою для визнання отриманих доказів недопустимими. Зокрема, такі докази не можуть використовуватись уповноваженими суб'єктами під час прийняття процесуальних рішень, а також на них не може посилатися суд під час ухвалення судового рішення. Цей перелік не є вичерпним і слугує певним орієнтиром у правозастосуванні.

Істотні порушення прав і свобод людини впливають на допустимість доказів, отриманих за результатами проведення слідчих дій. Зокрема, це стосується провокації на вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів під час проведення деяких видів НС(Р)Д.

Отже, здобути у такий спосіб докази мають бути ретельно перевірені на стадії досудового розслідування – слідчим і прокурором, а під час судового розгляду провадження – судом.

Допустимість отриманих доказів унаслідок провокації під час проведення слідчих дій є проблемою не тільки в Україні, але і в інших державах світу.

Недоліки національного законодавства у частині відсутності законодавчого визначення поняття «провокація» суттєво впливають не тільки на ефективність та якість досудового розслідування кримінальних правопорушень, зокрема пов'язаних із незаконним збутом заборонених до обігу речовин, але і на стадію судового розгляду.

Водночас немає єдиного підходу до вирішення зазначених проблем і у практиці національних судів.

Загалом за статистичними даними, розміщеними на сайті Судової влади України у 2020 році, на розгляді у судах першої інстанції із урахуванням проваджень, направлених у минулі роки, перебувало 4701 (2019 рік – 3791) кримінальне провадження відносно 6179 (2019 рік – 4922) осіб, обвинувачених у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ст. 307 КК України. Всього у зазначений період із постановленням вироку розглянуто 808 (2019 рік – 841) проваджень, засуджено 788 (2019 рік – 770) осіб та 29 (2019 рік – 56) виправдано [1].

Аналізуючи зазначені статистичні дані, можна зробити висновок, що відсоток розглянутих упродовж року судами проваджень є дуже низьким (2020 рік – 17 %, 2019 рік – 22%), що може свідчити про складність у доказуванні на стадії судового розгляду кримінальних правопорушень зазначеної категорії. Водночас у 2020 році на розгляді у судах першої інстанції перебувало на 20% більше кримінальних проваджень, ніж у 2019 році.

Тривалий розгляд кримінальних проваджень зазначеної категорії у суді, наявність виправдувальних вироків свідчить про наявність певних проблем, які потребують швидкого реагування і негайного вирішення.

Однією із ключових проблем насамперед у категорії кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом заборонених до обігу речовин, яка має вагоме практичне значення на стадії кримінального провадження, є провокація (підбурювання) особи на вчинення злочину працівниками правоохоронних органів.

Суспільна небезпечність цього поняття розкривається в тому, що умисні дії працівників правоохоронних органів направлені на штучне створення доказів винуватості особи, що не сприяє виконанню завдань кримінального провадження, визначених ст. 2 КПК України.

Саме дотримання процесуального порядку отримання доказів у кримінальному провадженні є однією з умов належного захисту прав, свобод та інтересів учасників кримінального провадження, а рішення прокурора, слідчого, суду мають ґрунтуватися на належних і допустимих доказах.

Саме з використанням здобутих у кримінальному провадженні доказів уповноваженими суб'єктами приймаються відповідні процесуальні рішення.

Проблемі провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину у науковій літературі приділялася достатня увага багатьма науковцями.

Водночас, незважаючи на те, що проблемі провокації злочину науковцями приділено досить часу, поза увагою залишилося визначення самого поняття «провокація», використання у доказуванні в такий спосіб доказів, а також від-

межування правомірної (дозволеної) поведінки правоохоронних органів від провокації своїми діями злочину під час фіксування збуту заборонених до обігу речовин.

Наразі кримінальне процесуальне законодавство України не містить нормативного визначення поняття «провокація». Через це на практиці виникають певні труднощі щодо використання у кримінальному провадженні доказів, отриманих унаслідок провокування (підбурювання) особи на вчинення злочину.

У свою чергу, отримані у такий спосіб докази мають бути ретельно перевірені на стадії досудового розслідування і судового розгляду, за результатами якої уповноважені суб'єкти повинні надати їм належну правову оцінку.

Згадка у процесуальному законодавстві про заборону провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину міститься лише у ч. 3 ст. 271 КПК України.

Згідно із приписами ч. 3 ст. 271 КПК України під час підготовки і 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 слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобути в такий спосіб речі і документи не можуть використовуватись у кримінальному провадженні [2].

Отже, проаналізувавши положення зазначеної статті, варто відмітити, що законодавцем визначено можливі форми провокації, але водночас самого визначення поняття «провокація» національне законодавство не містить.

Незважаючи на досить високі оцінки КПК України міжнародними партнерами, дуже часто трапляються випадки порушення його норм, зокрема вчинення провокації злочину працівниками правоохоронних органів, що є неприпустимим і потребує негайного усунення такого негативного явища під час досудового розслідування кримінальних проваджень вищезазначеної категорії.

Використання співробітниками правоохоронних органів у своїй практичній діяльності методів провокації не є новим, оскільки у кримінальному законодавстві відсутні належні заходи реагування на таку їхню поведінку. Відомо, що ст. 370 КК України передбачає кримінальну відповідальність за провокацію підкупу і стосується тільки кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності, а суб'єктом злочину є тільки службова особа.

Допустимі докази, тобто отримані у порядку, встановленому КПК України, впливають на перспективи кримінального провадження загалом. Недопустимі докази не можуть використані під час прийняття відповідних процесуальних рішень у кримінальному провадженні, а також на них не може посилатися суд під час винесення рішення.

Зокрема, у рішенні Конституційного Суду України від 20.10.2011 № 12-рп/2011 у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 62 Конституції України суд зауважив, що визнаватися допустимими і використовуватись як докази у кримінальному провадженні можуть тільки фактичні відомості, одержані відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства. Крім того, суд констатував, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отрима-

них незаконним шляхом, зокрема одержаних із порушенням порядку, встановленого законом [3].

Задля кращого розкриття змісту поняття «провокація» слід вивчити досвід інших країн світу. Зокрема, у ст. 145 КК Грузії провокацію злочину визначають, як схилення особи до вчинення злочину з метою притягнення її до кримінальної відповідальності [4].

За КК Королівства Іспанії, провокацією вважається безпосереднє підбурювання особи до вчинення злочину через пресу, радіо або інші засоби подібної дії, які сприяють розголошенню інформації перед скупченням народу [5].

У ФРН під поняттям «провокація» розуміють прагнення змусити особу, яка готується до вчинення злочину, діяти у невідповідних для себе умовах, тим самим полегшуючи задачу затримання і викриття правопорушника. Співробітники правоохоронних органів не підлягають покаранню за вчинення провокаційних дій, оскільки їхні дії спрямовані не на вчинення злочину, а на те, щоб попередити більш небезпечні наслідки [6].

У США провокацію злочину вперше визнано як обставину, що містить винність особи, та вироблено доктрину, відповідно до якої поліцейська провокація ділиться на «правомірну» і «неправомірну». Остання має місце, коли співробітник правоохоронних органів (або особа, яка надає їм сприяння) з метою ініціювання кримінального переслідування активно спонукає особу до скоєння злочину, який той не мав наміру вчинити. У такому випадку дії агента розглядаються як «затягування у пастку» та оголошуються неправими [7].

Наразі національне законодавство не має визначення поняття «провокація». Через це існують певні труднощі у доведенні стороною обвинувачення під час розгляду кримінального провадження у суді допустимості доказів, здобутих унаслідок провокації, а посилання на заборону провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину є лише у ч. 3 ст. 271 КПК України.

Проблематика провокації злочину неодноразово ставала предметом розгляду у ЄСПЛ у частині порушення ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

Як зазначив ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви», провокація має місце тоді, коли працівники правоохоронних органів або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів злочинної діяльності та реєстрації кримінального провадження, впливають на особу, схиляючи її до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений [8].

Зокрема, ЄСПЛ сформовано правову позицію щодо використання доказів унаслідок провокації. Зокрема, ЄСПЛ у справі «Ваньян проти Російської Федерації» зазначив, що докази, отримані внаслідок провокації злочину, не можуть використовуватися під час кримінального провадження, що свідчить про порушення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [9].

Водночас ЄСПЛ у своїх рішеннях констатує тільки порушення відповідних статей Конвенції, а визнання доказів неприпустимими відносить до компетенції національних судів.

Загалом практика ЄСПЛ спрямована на пошук відповідних критеріїв, які дали б змогу відрізнити правомірну

поведінку від неправомірної у діяльності правоохоронних органів.

Водночас у кримінальному процесуальному законодавстві України не визначено межі дозволеної (правомірної) поведінки правоохоронних органів під час проведення НС(Р)Д, що, у свою чергу, призводить до зловживання ними своїми правами під час проведення зазначених слідчих дій.

Відсутність у національному законодавстві встановлених критеріїв розмежування провокації на вчинення злочину від правомірної (дозволеної) поведінки правоохоронних органів під час фіксації збуту наркотичних засобів призводить до формування на території України різної судової практики.

У такій ситуації докази, отримані внаслідок проведення НС(Р)Д, визнаються судами допустимими, а в іншому випадку – недопустимими, на які не може посилатися суд, ухвалюючи відповідне судове рішення.

У свою чергу, така неузгодженість вкотре підкреслює проблематику порушеного питання, яка була та залишається актуальною і нині.

В Україні під впливом практики ЄСПЛ почала розвиватися своя національна практика. Суди України все частіше використовують у своїй практиці рішення ЄСПЛ.

Проаналізувавши судову практику, можна відмітити, що національні суди під час винесення виправдувальних вироків посилаються на положення ч. 3 ст. 271 КПК України та відповідні рішення ЄСПЛ.

У рішеннях, де судами встановлено провокацію (підбурювання) особи на вчинення злочину з боку правоохоронних органів, докази визнавалися недопустимими, а особи – невинуватими.

Наприклад, постановою Верховного Суду від 12.08.2020 залишено без змін вирок Комунарського районного суду м. Запоріжжя та ухвалу Запорізького апеляційного суду, якими обвинуваченого визнано невинуватим у пред'явленому обвинуваченні за ч. 2 ст. 307 КК України та виправдано. У зазначеній справі суд касаційної інстанції установив, що відсутність відомостей, які би свідчили про вчинення або готування до вчинення обвинуваченим злочину до моменту проведення оперативного закупування і встановлення факту ініціювання збуту особами, залученими до проведення оперативних закупок, свідчать про наявність провокації у діях правоохоронних органів. Тому докази, отримані внаслідок підбурювання, не можуть бути покладені в основу обвинувачення [10].

Загалом у своїх рішеннях суди України активно посилаються на практику ЄСПЛ, зокрема щодо провокації учинення злочину, що має важливе значення для національного законодавства.

За відсутності законодавчого визначення поняття «провокація» національні суди для її установлення або відсутності беруть різні критерії.

Нині судова практика України спрямована на пошук критеріїв, за допомогою яких можна виокремити дозволена поведінку правоохоронних органів від неправомірної, пов'язаної із провокацією на вчинення злочину під час фіксування злочинної діяльності осіб.

Установлення цих критеріїв призведе: 1) до встановлення єдиної судової практики на території України; 2) дозволить відрізнити правомірну поведінку правоохоронних

органів від непропорційної під час фіксування протиправної діяльності осіб.

Отже, провокація вчинення злочину є підставою для визнання здобутих у такий спосіб доказів неприпустимими і не є законним способом збирання доказів у розумінні положень ст. 93 КПК України.

Висновки. Підсумовуючи вищезазначене, ми можемо констатувати, що нині кримінальне процесуальне законодавство в цій частині потребує подальшого наукового вивчення. Наразі існує необхідність законодавчого визначення провокації злочину, недопустимості доказів, здобутих у такий спосіб, а також установлення кримінальної відповідальності за провокування (підбурювання) особи на вчинення злочину.

За таких обставин виникає необхідність внесення відповідних змін до КПК України та КК України. Такі зміни усунуть прогалини законодавства і сприятимуть ефективному проведенню досудового розслідування та судового розгляду кримінального провадження.

Література:

1. Статистичні дані. Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження за 2019-2020 р. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/ (дата звернення: 26.12.2021).
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. Дата оновлення: 25.11.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 26.12.2021).
3. Рішення Конституційного Суду України від 20.10.2011. Справа № 12-рп/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11#Text> (дата звернення 26.12.2021).
4. Кримінальний кодекс Грузії: URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/16426?publication=22> (дата звернення: 27.02.2021).
5. Кримінальний кодекс Королівства Іспанії: URL: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf> (дата звернення: 26.12.2021).
6. Гайдук А.П. Зарубежный опыт расследования и раскрытия преступлений в сфере коррупции. *Известия методологического центра профессионального образования и координации научных исследований*. 1996. № 4. С. 168-174. С. 168
7. Гладун О.З. та ін. Провокація вчинення злочину: практика Європейського суду з прав людини та національних судів: наук.-практ. посібник. Київ: Національна академія прокуратури, 2019. 118 с. С. 7.
8. Раманаускас проти Литви (Ramanauskas v. Lithuania): витяг з рішення Європейського суду з прав людини від 05.02.2008, заява № 55146/14. URL: <http://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/c48a563ee2b08a54c225758600379986?OpenDocument> (дата звернення: 26.12.2021).
9. Ваньян проти Росії (Vanyan v. Russia): рішення Європейського суду з прав людини від 15.12.2005, заява № 53203/99. URL: <https://www.srji.org/resources/search/27/> (дата звернення: 26.12.2021).

10. Постанова Верховного Суду від 12.08.2020. Справа № 333/7457/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91010414> (дата звернення 26.12.2021).

Pomaz Ya. Admissibility of evidence obtained as a result of provocation during the pre-trial investigation of criminal offenses related to illicit drug trafficking

Summary. The author analyzes the practical side of the application of the provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine (hereinafter – CPC of Ukraine), concerning the use in evidence of evidence obtained as a result of provocation of a crime during the recording of illegal activities of persons involved in illegal trade.

It is established that the provocation (incitement) of a person to commit a crime by law enforcement officers today is extremely relevant not only in Ukraine but also in other countries.

The danger of this concept is that in order to bring the perpetrators to justice, law enforcement agencies by their active actions artificially create evidence of guilt of a person who does not meet the general principles of criminal proceedings.

The vast majority of provocations involve criminal proceedings for criminal offenses in the field of sale of narcotic drugs, psychotropic substances or their analogues.

To better understand the meaning of the concept of "provocation" studied the experience of other countries.

The article contains statistical data on the number of criminal proceedings pending in the courts of first instance in 2020, as well as data on the sentences passed in proceedings of this category and the number of persons prosecuted for them.

The proposed article examines the case law of national courts and the European Court of Human Rights on the use of evidence as a result of provocation. The analysis of these decisions identified shortcomings in the activities of law enforcement agencies during the collection of evidence.

Problematic issues related to the legislative definition of the concept of provocation, the use of evidence in this way, as well as the separation of lawful (permissible) behavior of law enforcement agencies from provocation in documenting the facts of illicit trafficking in narcotic drugs, psychotropic substances or their analogues.

Some conclusions have been drawn from the results of this study and it is clear that at present there is a need to consolidate the legal definition of provocation, inadmissibility of evidence obtained in this way, as well as criminal liability for provoking (inciting) a person to commit a crime.

In conclusion, it is proposed to make appropriate changes and additions to the CPC of Ukraine and the Criminal Code of Ukraine. Such changes will eliminate gaps in the legislation and increase the efficiency of pre-trial investigation and trial of criminal proceedings.

Key words: provocation, admissibility, evidence.