

*Марченко Т. Ф.,**ад'юнтка кафедри кримінально-правових дисциплін
Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*

АНАЛІЗ ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЙ ЄСПЛ ЩОДО ПРОВОКАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ

Анотація. Стаття присвячена аналізу правових позицій ЄСПЛ щодо провокації кримінального правопорушення. Автор звертає увагу, що у соціофілософському дискурсі провокація, як правило, сприймається як феномен, що має негативне забарвлення, втім наукою кримінального права та процесу зроблена спроба використати можливості провокації з соціально-корисною метою – для викриття правопорушника, і насамперед це стосується так званої «поліцейської провокації». Дотичність провокації до поняття прав людини актуалізує дослідження міжнародно-правового аспекту провокації кримінального правопорушення, що знаходить свій вияв в практиці ЄСПЛ в світлі застосування Конвенції про захист прав та основоположних свобод. Безумовно, ЄСПЛ не зміг залишитися осторонь проблеми зростання злочинності (у тому числі організованої), з одного боку, і необхідності вжиття певних заходів, з іншого боку. Констатовано, що практика ЄСПЛ обмежується виключно питанням «поліцейської провокації», що пов'язано з тим, що він розглядає провокацію в контексті порушення права на справедливий судовий розгляд, хоча, безумовно, поняття провокації є дещо ширшим. Визначено роль Суду як органу, який істотно змінив ставлення законодавців до явища поліцейської провокації, розуміння змісту та кримінально-правового значення провокації кримінального правопорушення. Звернено увагу, що Європейський Суд у своїй практиці розробив не лише саме поняття поліцейської провокації, а й систему критеріїв, що дозволяють виявити її ознаки у конкретній справі, а також оцінити справедливість судового розгляду у цій справі у цілому. Застосування таких критеріїв дозволяє провести межу між провокацією, яка посягає на право на справедливий суд, та допустимою поведінкою співробітників правоохоронних органів, яка не завжди є очевидною. Автор прийшов до висновку, що Європейський Суд певною мірою вирішив проблему відмежування провокації від інших кримінально-правових явищ. У своїх позиціях він виділяє необхідні процесуальні гарантії проведення оперативного-розшукових заходів, які дають змогу не допустити провокації, а також процесуальні гарантії розгляду справи в суді при розгляді заяви про провокацію («процесуальний тест провокації»), що забезпечує дотримання принципу справедливості судового розгляду в контексті ст. 6 Конвенції. Підсумовано, що загалом, рівень імплементації процесуальних стандартів Європейського Суду до сучасної вітчизняної судової практики можна визначити як досить високий.

Ключові слова: провокація кримінального правопорушення, поліцейська провокація, практика ЄСПЛ, критерії виявлення провокації, право на справедливий суд, допустимість доказів.

Постановка проблеми. У соціофілософському дискурсі провокація, за загальним правилом, сприймається як феномен, що має негативне забарвлення. Незважаючи на загально-

прийняте розуміння близькості провокації до певних аморальних проявів, близьких до зради, брехні, наукою кримінального права та процесу зроблена спроба використати можливості провокації з соціально-корисною метою – для викриття правопорушника, і насамперед це стосується так званої «поліцейської провокації». Прийнятність провокації виправдовується тим, що вона виступає засобом фіксації вже відомого кримінального правопорушення, при цьому не викликає злочинних дій самостійно, на момент, коли уповноважені суб'єкти вдаються до провокації, вже має бути інформація про кримінальне правопорушення, що готується або вчиняється. З іншого боку, в науці кримінального права представлені і позиції, які заперечують можливість використання провокації в діяльності правоохоронних органів. У будь-якому випадку дотичність провокації до поняття прав людини актуалізує дослідження міжнародно-правового аспекту провокації кримінального правопорушення, що знаходить свій вияв в практиці Європейського Суду з прав людини в світлі застосування Конвенції про захист прав та основоположних свобод.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правові позиції ЄСПЛ щодо провокації кримінального правопорушення ставали предметом ґрунтовного аналізу таких науковців як Д. Л. Аббасова, М. В. Буруменський, В. О. Веретянников, В. В. Гутник, А. П. Запотоцький, О. С. Осетрова. Незважаючи на вагомий внесок даних науковців, очевидно, що тема дослідження не втратила своєї актуальності і не вичерпала себе, зокрема, в нашому дослідженні розвинуто бачення значення практики ЄСПЛ для утвердження реалізації прав людини при вчиненні провокаційних дій.

Метою цієї статті є аналіз правових позицій ЄСПЛ щодо провокації кримінального правопорушення.

Виклад основного матеріалу. Безумовно, ЄСПЛ не зміг залишитися осторонь проблеми зростання злочинності (у тому числі організованої), з одного боку, і необхідності вжиття певних заходів, з іншого боку. Наперед зазначимо, що усі правові позиції Європейського Суду щодо провокації кримінального правопорушення (оскільки він визнає провокацію як порушення права на справедливий судовий розгляд) пов'язані виключно з провокаційними діями, вчиненими співробітниками правоохоронних органів або особами, які діють за їх дорученням (так звана поліцейська провокація), хоча, безумовно, поняття провокації є дещо ширшим.

Свою оцінку на явище провокації міжнародний юрисдикційний орган висловив в одному з рішень: державні інтереси не можуть обґрунтовувати використання доказів, отриманих в результаті поліцейського підбурювання, оскільки застосування таких доказів піддає обвинуваченого ризику з самого початку лишитися без справедливого судового розгляду [1].

Тож поліцейська провокація може містити ризик посягання на право особи на справедливий судовий розгляд, що закріплене ст. 6 Конвенції, і саме в контексті даної статті Суд визначає, чи мала місце в діях правоохоронних органів провокація, що порушує право на справедливий судовий розгляд. Погоджуємося з В.О. Веретянниковим, що провокація як прояв суспільно небезпечної поведінки «посягає на інтереси правосуддя в їх нерозривному зв'язку з правом провокованої особи на справедливий суд» [2, с. 74]. ЄСПЛ принципово стоїть на позиціях, що справедливим відправленням правосуддя не можна жертвувати навіть заради доцільності. Саме тому Суд акцентує увагу, що правоохоронні органи мають право діяти під прикриттям, але не підбурювати до злочину (case of Khudobin v. Russia) [3].

З іншого боку, міжнародні норми не лише не забороняють, а й прямо вказують на можливість застосування спеціальних методів розслідування, що пов'язані з провокацією – зокрема, про це йде мова в Кримінальній конвенції про боротьбу з корупцією (ETS 173), прийнятій в рамках Ради Європи. Аналогічної думки дотримується і ЄСПЛ – у справі Ramanauskas v. Lithuania визнається, що органи влади вимушені використати особливі слідчі методи, особливо у справах, що стосуються організованої злочинності та корупції, відтак сам факт використання особливих слідчих методів – зокрема, агентурних, не порушує прав людини [4]. Суд додає, що «через ризик підбурювання з боку поліції при використанні таких методів їх використання має бути обмежене чіткими рамками».

У той же час конвенційне розуміння поняття «провокація кримінального правопорушення» відсутнє, натомість практика ЄСПЛ відображає міжнародно-правовий аспект даного поняття, що склався в процесі правозастосування.

Саме завдяки діяльності міжнародного органу правосуддя відбувся поворот у ставленні до поліцейської провокації в багатьох європейських країнах – якщо раніше ставлення до такого методу отримання доказів було досить толерантним, то під впливом практики ЄСПЛ підхід змінився на протилежний. По праву його можна вважати каталізатором, який істотно змінив правозастосовну практику багатьох держав щодо розуміння змісту та кримінально-правового значення провокації кримінального правопорушення. Суд визнав використання методів провокації порушенням права на справедливий судовий розгляд, вказавши на неприпустимість використання провокацій з боку правоохоронних органів як доказу у суді. Зазначимо, що перше рішення ЄСПЛ про неприпустимість поліцейської провокації прийняте майже двадцять п'ять років тому (рішення Європейського Суду від 9 червня 1998 р. у справі «Гейшейра де Кастро проти Португалії») [5]. За роки, що минули, це питання не тільки не втратило актуальності, а навпаки, стало ще гострішим. У той же час можемо констатувати, що багато держав, які визнають юрисдикцію ЄСПЛ, приділяють пильну увагу проблемам, пов'язаним із провокацією.

Не менший вплив справила практика ЄСПЛ і на вітчизняне правозастосування – суди усіх інстанцій активно посилаються на позиції ЄСПЛ щодо провокації, що відображено у відповідних актах правосуддя (зокрема, постанова Верховного Суду від 26 березня 2019 року [6]).

Принагідно зазначимо, що точна статистика розглянутих ЄСПЛ справ щодо поліцейської провокації не представлена, адже остання є лише одним із аспектів порушення ст. 6 Конвенції. На думку заявників, в основу відповідних обвинувальних

вироків були покладені докази, отримані в результаті оперативно-розшукових заходів, які були проведені нібито неналежним чином за участю таємних агентів правоохоронних органів. Слід сказати, що у багатьох випадках ЄСПЛ визнав наявність провокації кримінального правопорушення у діяльності осіб, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність.

Зазначимо, що в нашій статті ми використовуємо практику Суду щодо інших держав, що цілком відповідає положенням Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», який жодним чином не забороняє застосовувати рішення ЄСПЛ, прийняті у справах, де відповідачами є треті держави.

Важливо відмітити і той факт, що ЄСПЛ поряд з терміном «провокація» («entrapment») використовує також терміни «тиск», «поліцейське підбурювання» («police incitement») як синонімічні, не розділяючи їх і замінюючи один одним. При цьому Європейський Суд визначення провокації виклав у справі «Раманаускас проти Литви», яке за справедливістю може мати статус доктринального: «поліцейська провокація трапляється тоді, коли задіяні посадові особи, які є або співробітниками органів безпеки або особами, які діють за їх вказівкою, не обмежують свої дії лише розслідуванням кримінальної справи по суті неявним способом, а впливають на суб'єкт з метою спровокувати його на скоєння злочину, який в іншому випадку не був би скоєним, аби уможливити виявлення злочину, тобто отримати докази та порушити кримінальну справу...» [4].

Однак Європейський Суд у своїй практиці розробив не лише саме поняття поліцейської провокації, а й систему критеріїв, що дозволяють виявити її ознаки у конкретній справі, а також оцінити справедливість судового розгляду у цій справі у цілому. Застосування таких критеріїв дозволяє провести межу між провокацією, яка посягає на право на справедливий суд, та допустимою поведінкою співробітників правоохоронних органів, яка не завжди є очевидно.

Так, для відокремлення перевірюваних заходів, що ґрунтуються на законі, від недопустимих провокацій, що порушують ст. 6 Конвенції, ЄСПЛ запропонував критерії, які можна сформулювати таким чином:

- «змістовий критерій провокації»;
- «порядок розгляду заяви про провокацію» [1].

Так, перший критерій відмежування недопустимої з точки зору закону провокації від допустимих оперативних заходів передбачає дослідження питання, чи могло відповідне кримінальне правопорушення бути скоєне без втручання владних структур – і, очевидно, характер втручання влади є для Суду визначальним фактором для визначення того, чи мала місце у відповідному правовідношенні провокація.

Другий критерій – «порядок розгляду заяви про провокацію» – як бачимо вже з назви, пов'язаний з процесуальними моментами. Суд виходить з того, що для того, аби в національному законодавстві було реалізовано право на справедливий суд, воно має надавати особі процесуальні можливості «порушити питання про провокацію в ході судового розгляду». Недостатньо забезпечувати лише загальні гарантії – наприклад, рівність сторін або право на захист. При цьому такі процесуальні можливості не зводяться суто до гарантування права заявлення клопотання, заяви, скарги, а й передбачають недопустимість створення владою перешкод для захисту заявника «на основі формального рішення про надання окремим категоріям доказів

імунітету з метою захисту державних інтересів» [1]. Тобто для Суду має значення, чи міг заявник отримати захист від провокацій у національних судах.

Однак, цілком зрозуміло, що і національний суд повинен бути наділений певними повноваженнями реагувати на повідомлення щодо провокації, адже лише за таких умов захист від провокацій буде завершеним – так, у разі визнання такого повідомлення обґрунтованим, доцільно, аби закон дозволяв національному органу правосуддя вилучати доказ, отриманий шляхом провокації. Досить влучно суть даного критерію сформульована А.П. Запотоцьким та О. С. Осетровою, які зводять її до «можливості суду перевірити відомості про ймовірну провокацію, тобто її матеріальне відображення» [7, с. 124].

Додатковий, третій критерій, докладно описаний в рішеннях ЄСПЛ у справі «Matanović v. Croatia», де запропоновані покрокові дії щодо оцінки ознак провокації кримінального правопорушення – «методологія оцінки Суду». Так, у першу чергу необхідно надати попередню оцінку справи на предмет її віднесення до умовної категорії справ про провокацію, і у разі ствердної відповіді Суд переходить до оцінки за основними критеріями. У подальшому визначається спосіб розслідування правоохоронними органами діяльності особи, порушення прав якої вбачається (активний чи пасивний), а також наявність/відсутність підбурювання заявника до вчинення кримінального правопорушення – іншими словами, оцінюється змістовий критерій провокації. І, завершальною є застосування другого, процесуального критерію.

Так, правозастосовна практика демонструє, що для визначення способу розслідування – було воно активним чи пасивним, Суд визначає причини проведення операції під прикриттям та поведінку державних органів, які її проводять. Зокрема, Суд визначає, чи були об'єктивні підозри, що заявник брав участь у злочинній діяльності або був схильний до скоєння кримінального правопорушення. При цьому у справі Teixeira de Castro v. Portugal взято до уваги ряд факторів – суд зважив на відсутність у особи попередніх судимостей, розпочатою щодо неї розслідування, невідомість особи співробітникам поліції, відсутність за місцем проживання наркотиків, при цьому кількість наркотиків, знайдених у заявника під час арешту, не перевищувала тої, яку запросили співробітники поліції, які працюють під прикриттям. Тож, виходячи з таких фактичних обставин, Суд виснував, що дії агентів виходили за рамки діяльності таємних агентів, оскільки вони підбурювали до вчинення правопорушення, і ніщо не свідчило того, що без їх втручання було б скоєне відповідне кримінальне правопорушення.

Для справедливості зазначимо, що в інших своїх рішеннях Суд зауважує, що попередня судимість сама по собі не вказує на схильність особи до вчинення кримінального правопорушення (зокрема, Constantin and Stoian v. Romania [8]). Однак це не означає, що у справі Teixeira de Castro v. Portugal Суд відступив від своєї ж правової позиції, вказавши на відсутність у заявника судимостей. На наше переконання, це пов'язано з тим, що до уваги береться ряд факторів, а не лише один, зокрема пов'язаний із наявністю чи відсутністю судимості. Так, у справі Shannon v. the United Kingdom обізнаність особи з поточними цінами на наркотики і спроможність легко їх дістати, у поєднанні з готовністю виконати угоду, незважаючи на безліч можливостей для цього, стала для Суду ключовими для свідчення раніше існуючої злочинної діяльності чи наміру [9].

Аналіз рішень ЄСПЛ демонструє, що при оцінці дій відповідних суб'єктів на предмет наявності в їх діях заборонених провокацій також важливо оцінити, чи мало місце примушування заявника вчинити відповідне кримінальне правопорушення. Наявна практика демонструє, що як примушування кваліфікується прояв ініціативи у встановленні контактів із заявником без будь-яких об'єктивних підозр, що заявник брав участь у злочинній діяльності або виявляв схильність до вчинення кримінального злочину (Burak Hun v. Turkey [10]), повторення пропозиції, незважаючи на початкову відмову заявника, наполегливе підбурювання (Ramanauskas v. Lithuania [4]), підвищення ціни вище за середню (Malininas v. Lithuania [11]), звернення до співчуття заявника за допомогою згадки симптомів наркотичної абстиненції (Vanyan v. Russia [12]). При цьому не має значення, чи був відповідний агент співробітником органів правопорядку або приватною особою, яка діяла за вказівкою таких органів.

Тож, як бачимо, що для перевірки реалізованості права на справедливий судовий розгляд, закріпленого ст. 6 Конвенції, у справі за участю секретних агентів, Суд у першу чергу розглядає, чи мала місце провокація («тест підбурювання по суті») та, у разі позитивної відповіді, чи міг заявник отримати захист від провокацій у національних судах [1].

Аналіз правових позицій Суду дає підстави стверджувати, що поряд із провокацією кримінального правопорушення як реально існуючого юридичного факту у рішеннях Європейського суду встановлюється її презумпція, яка зводиться до того, що при умові, що доводи обвинуваченого не є абсолютно неправдоподібними, саме владні суб'єкти зобов'язані довести, що провокації не було. Відсутність таких доказів, а також ігнорування їх дослідження чи залишення без розгляду заяви підсудного про вчинення щодо нього провокаційних дій національними судами є достатніми для визнання ЄСПЛ таких дій правоохоронних органів провокаційними.

Висновки. Таким чином, Європейський Суд певною мірою вирішив проблему відмежування провокації від інших кримінально-правових явищ. У своїх позиціях він виділяє необхідні процесуальні гарантії проведення оперативно-розшукових заходів, які дають змогу не допустити провокації, а також процесуальні гарантії розгляду справи в суді при розгляді заяви про провокацію («процесуальний тест провокації»), що забезпечує дотримання принципу справедливості судового розгляду в контексті ст. 6 Конвенції. Держави, які визнають юрисдикцію ЄСПЛ та слідує практиці даного авторитетного органу у своєму законодавстві повинні висловлювати принципову позицію щодо неприпустимості безаргументованого використання співробітниками правоохоронних структур провокації як способу припинення кримінальних правопорушень, що готуються, оскільки виявлене у такому випадку кримінальне правопорушення – це не що інше, як результат протизаконних дій провокатора. Загалом, рівень імплементації процесуальних стандартів Європейського Суду до сучасної вітчизняної судової практики можна визначити як досить високий.

Література:

1. Case of Bannikova v. Russia 4 November 2010 (Application no. 18757/06). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-101589%22%5D%7D> (дата звернення – 26.01.2023).
2. Веретянников В. О. Кримінальна відповідальність за провокацію підкупу: порівняльно-правове дослідження. Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису. Дисертація на здобуття ступеня

- доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». Луганський державний університет внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка, Сєвєродонецьк, 2022.
3. Case of Khudobin v. Russia 26 October 2006 (Application no. 59696/00). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%222001-77692%22> (дата звернення – 26.01.2023).
 4. Case of Ramanauskas v. Lithuania 5 February 2008 (Application no. 74420/01). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%222001-84935%22> (дата звернення – 26.01.2023).
 5. Case of Teixeira de Castro v. Portugal 9 June 1998 (44/1997/828/1034). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%222001-58193%22> (дата звернення – 26.01.2023).
 6. Постанова Верховного Суду від 26 березня 2019 року (справа № 331/2021/15-к, провадження № 51- 321км17). URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/80889381> (дата звернення – 26.01.2023).
 7. Запотоцький А. П., Осетрова О.С. Критерії провокації вчинення злочину у контексті практик Європейського суду з прав людини. Актуальні питання кримінального процесу, криміналістики та судової експертизи : матеріали міжвідом. наук.-практ. конф. (Київ, 24 листоп. 2017 р.) : у 2 ч. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2017. Ч. 1. С. 123–125.
 8. Case of Constantin and Stoian v. Romania 29 September 2009 (Applications no. 23782/06 and 46629/06). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%222001-94406%22> (дата звернення – 26.01.2023).
 9. Case of Shannon v. the United Kingdom 6 April 2004 (Application no. 67537/01). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%222001-23863%22> (дата звернення – 26.01.2023).
 10. l'affaire Burak Hun c. Turquie 15 décembre 2009 (Requête no 17570/04). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%222001-96228%22> (дата звернення – 26.01.2023).
 11. Case of Milinienė v. Lithuania 24 June 2008 (Application no. 74355/01). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%222001-87142%22> (дата звернення – 26.01.2023).
 12. Case of Vanyan v. Russia 15 December 2005 (Application no. 53203/99). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%222001-71673%22> (дата звернення – 26.01.2023).

Marchenko T. Analysis of the legal positions of the ECHR regarding the provocation of a criminal offense

Summary. The article is devoted to the analysis of the legal positions of the ECtHR regarding the provocation of a criminal offense. The author draws attention to the fact that

in the socio-philosophical discourse, provocation is usually perceived as a phenomenon with a negative color, however, the science of criminal law and process has made an attempt to use the possibilities of provocation with a socially useful purpose – to expose the offender, and this primarily concerns the so-called " police provocation". The relevance of provocation to the concept of human rights actualizes the study of the international legal aspect of provocation of a criminal offense, which finds its expression in the practice of the ECHR in the light of the application of the Convention on the Protection of Rights and Fundamental Freedoms. Undoubtedly, the ECHR could not stay away from the problem of the growth of crime (including organized), on the one hand, and the need to take certain measures, on the other hand. It was established that the practice of the ECtHR is limited exclusively to the issue of "police provocation", which is due to the fact that it considers provocation in the context of violation of the right to a fair trial), although, of course, the concept of provocation is somewhat broader. The role of the Court as a body that has significantly changed the attitude of legislators to the phenomenon of police provocation, understanding of the content and criminal-legal significance of provocation of a criminal offense is defined. Attention is drawn to the fact that the European Court in its practice has developed not only the very concept of police provocation, but also a system of criteria that allow identifying its signs in a specific case, as well as assessing the fairness of the trial in this case as a whole. The application of such criteria makes it possible to draw a line between provocation, which encroaches on the right to a fair trial, and permissible behavior of law enforcement officers, which is not always obvious. The author came to the conclusion that the European Court to some extent solved the problem of distinguishing provocation from other criminal law phenomena. In his positions, he singles out the necessary procedural guarantees of operational and investigative measures that make it possible to prevent provocations, as well as procedural guarantees of the trial of a case in court when considering an application for provocation ("procedural test of provocation"), which ensures compliance with the principle of fair trial in in the context of Art. 6 of the Convention. It is concluded that, in general, the level of implementation of the procedural standards of the European Court to modern domestic judicial practice can be defined as quite high.

Key words: provocation of a criminal offense, police provocation, ECHR practice, criteria for detecting provocation, right to a fair trial, admissibility of evidence.