

Оксана Комарницька, к. ю. н.

Національна академія прокуратури України

КРИТЕРІЇ ВИЗНАЧЕННЯ ПРОКУРОРОМ ПРОВОКАЦІЇ ЗА МАТЕРІАЛАМИ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Oksana Komarnizka, PhD in Law

National Academy of Prosecutor Office of Ukraine

CRITERIA TO DETERMINE PROVOCATION BY A PROSECUTOR BASED ON DECISIONS OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The article discusses a new ground for acquittals in law enforcement and judicial activity, which is a provocation. The risks related to different legal thinking and law enforcement are absence of this legal category in legislative acts and criteria of admissibility to apply this concept. For this purpose the author conducted analysis of decisions of ECtHR, in which category of provocation had got a legal estimation.

For legal using of methods of secret agents, it is suggested to take for basis criteria of admissibility resulted in ECtHR decisions. As an example, the author offers own vision for diminishing of amount of circumstances in criminal law enforcement, which can testify the presence of provocation. For this purpose the author offers to form a report where a prosecutor will set forward grounds that can testifies a provocation after which a person committed a crime.

Key words: prosecutor, provocation, terms, methods, evidence, positions, algorithm.

В умовах реформування органів кримінальної юстиції та посилення протидії злочинам, набуває поширення практика ухвалення судами виправдувальних вироків стосовно осіб, які притягуються до кримінальної відповідальності за збут наркотичних засобів, отримання неправомірної вигоди.

Ухвалення виправдувальних вироків в даній категорії справ (збут наркотичних засобів), представниками судової гілки влади аргументується тим, що в даному випадку йдеться про врахування практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) спрямованої на боротьбу з такою дією правоохоронних органів, як – провокація особи на вчинення злочину з метою її подальшого викриття¹. Актуальність цієї проблеми обґрунтовується й тим, що важливою та невід'ємною складовою процесу отримання доказів у вказаній категорії кримінальних правопорушень є контроль за вчиненням злочину. Контроль за вчиненням злочину є серцевиною, однією з найголовніших як гласних так і негласних слідчих (розшукових) дій навколо якої формуються інші дії під час розслідування вказаної категорій кримінальних правопорушень. Вирішальну роль в реалізації завдань контролю за вчиненням злочину та забезпеченню відсутності провокації у кримінальному провадженні відіграє прокурор. Виключно прокурор вправі прийняти рішення про проведення цієї негласної слідчої (розшукової) дії (далі – НСРД). Саме на прокурора покладено, окрім загальних завдань, ще й спеціальний обов'язок: забезпечити відсутність обставин, які б свідчили про провокування особи на вчинення злочину з метою подальшого її викриття (ст.ст. 36, 271 КПК України). Тільки прокурор має право на будь-якому етапі проведення контролю за вчиненням злочину заборони його здійснення або припинити подальше проведення. У випадку проведення цієї НСРД у порядку ст. 250 КПК України, слідчий зобов'язаний невідкладно повідомити про це прокурора. За змістом вказаних статей КПК України організаційно-розпорядче та процесуальне забезпечення проведення контролю за вчиненням злочину покладено на прокурора. Це ілюструє, що активна, цілеспрямована діяльність прокурора по виконанню спеціального обов'язку повинна бути

¹ Виправдовуючи наркоторговців судді не хочуть, щоб правоохоронці займались провокацією. *Антикор*. <http://antikor.com.ua/articles/98714pravdovujuchi_narkotorgovtsiv_suddi>.

платформою (базисом) на якій має формуватись виявлення та документування відомостей про кримінальне правопорушення, за наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин.

Водночас, навіть вдало замаскована досудовим слідством провокація, тобто штучне створення джерела доказу вини особи щодо її протиправної діяльності, саме під час судового розгляду виявляється, як наслідок - виправдувальні вироки. Безумовно, це призводить до звуження обсягу доказової бази сторони обвинувачення, утруднення побудови правової позиції, унеможлиблюється своєчасне надання вказаній обставині всебічної, ґрунтовної оцінки. Адже, отримані шляхом провокації докази не можуть використовуватись у кримінальному провадженні, оскільки це є порушенням п. 1 ст. 6 Конвенції через недотримання принципу справедливості, й у такому випадку у вчиненому осадовою особою діянні відсутній склад злочину.

Гарантування права на справедливе здійснення правосуддя є однією з правових основ демократичного суспільства; ігнорування цього права не може виправдати поставлену мету (рішення від 17 січня 1970 року у справі «Делькур проти Бельгії»)¹.

На сьогодні до дискусійних проблем, які активно обговорюються й мають важливе практичне значення належить відсутність правового визначення категорії „провокація”, (розуміння її юридичного змісту), отождолення її з „імітацією”, „експериментацією”, в т.ч. й питання правової оцінки провокаційних дій спрямованих на схилення особи до вчинення злочину та відмежування їх від законних форм здійснення контролю за вчиненням злочину, підстави й умови настання відповідальності за провокаційні дії. Адже, порушення допущені під час проведення контролю за вчиненням злочину, а саме наявність провокації не можуть бути виправлені за рахунок інших слідчих (розшукових) дій.

У юриспруденції сформувалася традиція осмислення феномена „провокація” у вузькому організаційно-правовому контексті або ж крізь призму аналізу специфіки діяльності легендарної особи. Окремі аспекти елементів „провокації” розглядалися в працях В.Д. Берназа, А.В. Панової, М.А. Погорецького та ін. Водночас, ознайомлення з науковим та емпіричним доробком, в т.ч. з рішеннями ЄСПЛ, дає підстави стверджувати, що на сьогодні зберігається необхідність поглибленого дослідження «провокації».

Метою статті є характеристика міжгалузевої категорії „провокація” та завдання прокурора під час організації контролю за вчиненням злочину.

У ст. 17 Закон України «Про виконання рішень та застосування практики ЄСПЛ» задекларовано обов'язок суду застосовувати Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права. Конкретизацію зазначеного (а власне й пояснення такого підходу) знаходимо у ч. 2 ст. 8 КПК України.

В цьому контексті обґрунтованою є точка зору В.Г. Гончаренка, В.А. Колесника про те, що Конвенція і прецедентне право ЄСПЛ не повинні відокремлюватися, відриватися від внутрішньо-правового контексту, а мають доповнювати і, у разі потреби конкретизувати його. Це дозволяє практично у будь-якій непевній, складній, спірній ситуації застосовувати норми КПК України відповідно до усталених європейських стандартів² [3, с. 504].

До рішень ЄСПЛ в яких неодноразово правовій оцінці піддавались дії осіб, в тому числі співробітників правоохоронних органів на предмет наявності в них ознак провокації належать такі:

1) рішення ЄСПЛ від 4 листопада 2010 року у справі «Баннікова проти Російської Федерації» (проведення співробітниками органів федеральної служби ОРЗ у вигляді перевіркової закупки, яке призвело до вчинення громадянкою злочину, пов'язаного із незаконним збутом наркотичної речовини; 2) рішення ЄСПЛ від 15 грудня 2015 року «Ваньян проти Російської Федерації» (провокування співробітниками правоохоронних органів придбання особою наркотичних засобів та ґрунтування обвинувачення на доказах, отриманих під час міліцейської закупки, зокрема на показаннях анонімних інформаторів та співробітників міліції).

У рішенні ЄСПЛ від 2 жовтня 2012 року «Веселов, Золотухін М.Б. та Дружинін І.В. проти Російської Федерації» (працівники поліції не обмежилися пасивним розслідуванням протиправної діяльності заявника (встановленням обставин можливого вчинення злочину з метою збору доказів за наявності на те підстав притягнення до відповідальності), а вплинули на нього, підбуривши до

¹ Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Делькур проти Бельгії». *Міністерство юстиції України*. <<https://minjust.gov.ua/ua>>.

² Гончаренко, В.Г., Колесник, В.А. (2014). *Кримінальне процесуальне право України*. Київ, 504.

вчинення злочину)¹. У рішення від 5 лютого 2008 року в справі «Раманаускас проти Литви» Суд ухвалив, що використання особливих методів ведення слідства – зокрема, агентурних методів – не може саме по собі порушити право на справедливий розгляд. Ризик підбурювання з боку співробітників міліції, викликаний зазначеними методами, означає, що їхнє використання має бути строго регламентованим (п. 51), тобто за наявності чітких обмежень і гарантій від зловживань. У цьому рішенні ЄСПЛ дав визначення підбурювання, а саме: «**Підбурювання** з боку поліції є там, де залучені посадові особи – співробітники служб безпеки або особи, що діють за їхнім розпорядженням – не обмежувані фактично необхідною пасивною слідчою діяльністю, а такі, що здійснюють такий вплив на особу, як підбурювання до вчинення злочину, що в іншому випадку не був би вчинений, з метою забезпечити докази й почати кримінальне переслідування...». Відповідно, національні органи влади й суди повинні були встановити, причини проведення операції, ступінь задіяності поліції в злочині й характер будь-якого підбурювання або тиску, якому піддавався заявник. Заявник повинен був мати у своєму розпорядженні можливість викласти свою справу з кожного з цих пунктів. Також, ЄСПЛ встановив, що заява підсудного про визнання провини стосовно інкримінованих злочинних діянь не звільняє суд першої інстанції від обов'язку розглядати заяви про підбурювання (п. 72)².

Найбільш показовим та значимим серед зазначених рішень, на нашу думку, є рішення ЄСПЛ за №44/1997/828/1034 від 9 червня 1998 року у справі «Тейшейро де Кастро проти Португалії (Case of Teixeira de Castro v. Portugal)» (винесення вироку засудженому за перевезення наркотиків, оснований на показах двох поліцейських, які спровокували його до вчинення злочину). За цим рішенням дії двох негласних працівників поліції, які придбали у заявника наркотики, були визнані такими, що спровокували кримінальну діяльність, яка за інших обставин могла б і не відбутися, через це їх дії вийшли за межі негласних агентів (п.п. 39,56). У цьому рішенні ЄСПЛ провів межу між неналежними діями працівників поліції в ході контрольованої закупки та діями звичайних агентів, які діють під прикриттям з метою отримання доказів щодо вчинення особою злочину без активного підбурювання до його вчинення. Заборона підбурювання поширюється як на працівників поліції, так і на осіб, які діють за їх вказівкою. *Так, перед проведенням контролю за вчиненням злочину працівники правоохоронних органів повинні: володіти достатнім обсягом інформації про причетність особи до вчинення злочину; вступати у злочин лише на етапі його підготовки або вчинення; поведінка агентів повинна бути пасивною*³.

Тому проведення заходів, пов'язаних, наприклад, із використанням негласних агентів, повинне супроводжуватися відповідними гарантіями.

Перша стосується заходів, які вживаються безпосередньо на етапі здійснення контролю за вчиненням злочину (курсив – Авт.). Конвенцією не заборонено використовувати на стадії попереднього розслідування такі джерела, як анонімні інформатори, якщо це виправдано характером злочину.

Друга — це процесуальні гарантії на стадії розгляду справи у суді (*інша справа- використання цих показань судом як підстави для визнання винуватості курсив – Авт.*). Однак використання надалі таких джерел інформації судом для обґрунтування обвинувального вироку (*або як підстави для визнання винуватості курсив- Авт*) буде правомірним тільки в тому разі, коли є належні й достатні гарантії недопущення зловживань, зокрема коли встановлена чітка та прозора процедура надання дозволу на застосування таких ОРЗ, їх здійснення та контролю за цими діями (рішення від 26 жовтня 2006 року у справі «Худобін проти Росії», рішення від 6 вересня 1978 року у справі «Клаас та інші проти Німеччини»). У справі Малінінас (Malininas) ЄСПЛ відзначає, що ініціатива належить співробітникові поліції В., коли той уперше звернувся до заявника з питанням про те, де він може придбати заборонені наркотики. Потім заявниця сама запропонувала постачати їм наркотики. У ході операції заявникові запропонували значну грошову суму – 3000 дол. США – за поставку великої кількості наркотиків, що явно являє собою підбурювання до постачання товарів.

Відтак, з позицій ЄСПЛ випливає, що в колі постійної уваги прокурорів під час розслідування

¹ Рішення ЄСПЛ від 2 жовтня 2012 року «Веселов, Золотухін М.Б. та Дружинін І.В. проти Російської Федерації». *Міністерство юстиції України*. <<https://minjust.gov.ua/ua>>.

² Рішення від 5 лютого 2008 року в справі «Раманаускас проти Литви». *Міністерство юстиції України*. <<https://minjust.gov.ua/ua>>.

³ Рішення ЄСПЛ за №44/1997/828/1034 від 9 червня 1998 року у справі «Тейшейро де Кастро проти Португалії (Case of Teixeira de Castro v. Portugal)». *Міністерство юстиції України*. <<https://minjust.gov.ua/ua>>.

досліджуваної категорії кримінальних правопорушень має бути питання забезпечення відсутності обставин, які можуть свідчити про наявність ознак підбурювання, (провокації) особи до вчинення злочину з метою її викриття. Тобто тягар доказування відсутності ознак «провокації» покладено на прокурора.

У справі «Сепіл проти Туреччини» (Sepil v. Turkey, скарга № 17711/07) ЄСПЛ, по-перше, відмовився приймати в якості запропонованих турецькою владою доказів наявності підстав для проведення відносно заявника перевіркою факту, що раніше він вже притягувався до відповідальності за зберігання, використання та збут наркотичних засобів і на момент проведення негласного заходу відносно нього навіть малася постанова про взяття під варту у 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 відносно нього негласної операції і, відповідно, не могло бути покладено в основу прийняття рішення про її проведення. Слід відрізнити випадки засудження особи раніше за вчинення інших злочинів і ситуації, в яких мова йде про таку собі конкретну інформацію про причетність до скоєння даного злочину, яка ще не була покладена в основу будь-якого звинувачення і якраз підлягає перевірці (criminal record). Ця інформація може бути підставою для формування перевірки розумної підозри (див. Постанови ЄСПЛ у справах «Худобін проти Росії» (Khudobin v. Russia, скарга N 59696/00) від 26 жовтня 2006 року (пункт 134), «Тейшейра де Кастро проти Португалії» (пункт 38), «V. проти Фінляндії» (пункти 63 і 70))¹

Для розуміння того чи мало місце порушення п. 1 ст. 6 Конвенції, зокрема для відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів ЄСПЛ виробив певні критерії, а саме: а) змістовний критерій (*матеріальний аспект курсив-Авт.*); б) процесуальний критерій. При цьому під змістовним критерієм (*матеріальним аспектом курсив- Авт.*) розуміється наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів (*тобто оцінити ситуацію на предмет наявності ознак підбурювання особи до вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів курсив – Авт.*), а під процесуальним – наявність у суду можливості перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання із дотриманням принципів змагальності й рівності сторін, (*в тому числі щоб секретні агенти та інші свідки, які можуть дати показання з питань підбурювання, були заслухані в суді й піддані захистом перехресному допиту, або щонайменше були надані вагомі підстави, чому такі дії не були виконані курсив – Авт.*). Розкриваючи змістовний критерій, Суд, відзначає, що у кожному випадку необхідно встановити, чи знаходиться злочинне діяння в процесі вчинення на той момент, коли агент почав співпрацювати із міліцією. При цьому, відповідно до вимог ЄСПЛ, будь-яка інформація, що стосується наявного наміру вчинити злочин або вчинюваного злочину, має змогу продемонструвати на будь-якій стадії, що в його розпорядженні наявні достатні підстави для проведення оперативного заходу. По-друге, будь-яка інформація, отримана внаслідок негласної діяльності, має відповідати вимозі щодо того, що слідство має проводитись у пасивній манері. Стосовно процесуального критерію Суд визначив, що навіть зізнання у злочині, учиненому внаслідок провокації, не може нівелювати ні факт провокації, ні її наслідки та не звільняє суд від обов'язку перевірити відомості про провокацію².

Таким чином, провокація злочину в сенсі, в якому вона заборонена пунктом 1 статті 6 Конвенції, має місце, 1) **коли відсутні підстави для проведення відповідних заходів** (*немає об'єктивних і достатніх даних, що вказують на можливість вчинення особою злочину курсив-Авт.*), 2) **коли співробітники правоохоронних органів не обмежуються пасивним розслідуванням** (ЄСПЛ розглядає момент початку здійснення ними відповідного заходу, щоб визначити, «приєдналися» чи вони до злочину, який особа вже почала здійснювати без будь-якої участі з їхнього боку (*чи своїми навмисними діями спровокували особу на вчинення такого злочину курсив-Авт.*)) 3) **або національні суди нехтують зазначеними вище позитивними зобов'язаннями** (*у разі відсутності у сторони обвинувачення явних доказів того, що провокація по суті не мала місця, обов'язок розглянути заяву особи про здійснену відносно неї провокацію, встановити відповідні фактичні обставини справи і з'ясувати, вбачаються чи її ознаки, лягає на національний*

¹ Онищик, О. Контрольная закупка, як провокація, порушує права. *Закон і бізнес.*

<http://zib.com.ua/ru/44405ontrolnaya_zakupka_kak_provokaciya_prestupleniya_narushaet_.html>

² Панова, А.В. (2015). Проблемні питання відмежування провокації вчинення злочину від негласної діяльності з його контролю у кримінальному провадженні. *Право і суспільство, 5-2 частина 2/ 2015, 225- 226.*

суд курсив- Авт)¹.

До положень, що дозволяють кваліфікувати дії працівників правоохоронних органів як провокацію вчинення злочину, вважаємо за доцільне зарахувати такі: 1) мету, що полягає в заохоченні особи до вчинення злочину; 2) активну форму поведінки уповноваженої особи, що полягає у здійсненні впливу на особу, спонуканні до вчинення злочину; 3) відсутність схильності й бажання особи до вчинення злочину за наявності реальної можливості його вчинити; 4) наявність достатніх даних про те, що за відсутності ініціативної діяльності працівника правоохоронного органу або іншої особи, залученої до участі в такій дії, злочин не було б учинено². Водночас, виходячи з того, що наявність провокації в діях правоохоронних органів виключає відповідальність особи за злочин, отримані в результаті провокації докази забороняється використовувати. Тому потребує особливої уваги покладений на прокурора спеціальний обов'язок на етапі прийняття остаточного рішення у кримінальному провадженні, зокрема перед направлення обвинувального акта до суду. Суть якого полягає усунути або мінімізувати ризик появи під судового розгляду недопустимих доказів, зокрема підтвердження факту існування провокації на досудовому розслідуванні.

На цьому етапі розслідування пропонуємо керуватись наступними умовами допустимості провокації (які є основними) за позиціями ЄСПЛ:

1) чи був би вчинений злочин у такому разі, якби винний не був „спровокований” „схилений” на його вчинення працівниками правоохоронних органів або їхніми довіреними особами (агентом, заявником), тобто чи не викликала поведінка правоохоронців злочин (як свідчить практика у заздалегідь спланований „проект” органу розслідування потрапляє психологічно нестійка людина під час збуту наркотичного засобу);

2) чи немає об'єктивних відомостей про ведення особою злочинної діяльності ще до того моменту, як відносно неї було розпочато контроль за вчиненням злочину;

3) чи мало місце підбурювання особи до вчинення злочину; і якщо таке підбурювання, за твердженням особи, мало місце – з'ясувати причини початку проведення операції, ступінь і характер участі правоохоронців у розвитку події злочину та інтенсивність самої особи. Зокрема, характер і ступінь впливу працівників правоохоронного органу на розвиток події злочину й вирішення питання, чи відбулася б подія злочину без їх втручання, допоможуть з'ясувати наступні дані: дата та підстави початку операції; момент офіційного контакту заявника й працівників правоохоронного органу; наявність чи відсутність реальних мотивів зі сторони заявника розпочати за власної ініціативи відповідну діяльність; наявність об'єктивної потреби в отриманні особою, в інтересах якої пропонується неправомірна вигода, певних дій (бездіяльності) від службової особи; дата й підстави застосування негласних заходів тощо;

4) встановити причини на підставі яких був проведений контроль за вчиненням злочину. (не допускати внесення відомості до ЄРДР на підставі рапортів в яких відсутнє певне посилання на шляхи отримання таких даних До категорії достатніх підстав не належить агентурна інформація, пояснення інших наркозалежних осіб або інформація про попередні судимості особи. Проводити оперативну закупку слід лише за наявності об'єктивної підозри у причетності особи до злочинної діяльності або схильності до вчинення злочинів, яка повинна ґрунтуватись на матеріалах перевірки, у тому числі ОТЗ. Інформація про те, що особа мала намір вчинити злочин, має ретельно перевірятися. Прокурор має володіти документальним підтвердженням наявності достатньої інформації, отриманої в установленому законом порядку, яка потребує перевірки за допомогою НСРД.

5) встановити наявність інших, крім результатів контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, доказів причетності особи до вчинення злочину (Інформація, отримана від агентів поліції в результаті проведення оперативної закупівлі наркотиків, не повинна бути єдиним доказом, на якому будується обвинувальний вирок);

6) чи відповідає негласна інформація вимозі, що слідство велось пасивно (вступ у злочин лише на етапі його підготовки або вчинення, тобто агент має бути залучений в існуючу злочинну діяльність; поведінка агентів повинна бути пасивною, це має виключати будь-які дії, які можуть

¹ Онищик, О. Контрольная закупка, як провокація, порушує права. *Закон і бізнес*.

<http://zib.com.ua/ru/44405ontrolnaya_zakupka_kak_provokaciya_prestupleniya_narushaet_.html>

² Панова, А.В. (2015). Проблемні питання відмежування провокації вчинення злочину від негласної діяльності з його контролю у кримінальному провадженні. *Право і суспільство, 5-2 частина 2/ 2015, 227.*

тлумачитися як здійснення тиску на заявника з метою вчинення ним злочину, наприклад, прояв ініціативи в контактах із заявником, повторні пропозиції, незважаючи на його початкову відмову, наполегливі нагадування, збільшення ціни вище середньої, обман, погрози, пропозицій нагород);

7) з'ясувати чи особа, яка займається збутом наркотичних засобів збувала їх іншим особам, окрім легендарної особи;

8) з'ясувати чи особа – агент (заявник) залежні від поліцейських (в якості осіб, що купують наркотичні засоби, використовується особа, яка допускає немедичне вживання наркотиків або працівники правоохоронних органів. Це створює передумови для обвинувачення стороною захисту органи слідства у провокації особи на вчинення злочину, а також надійність такого свідка тяжіє до нуля, хоча б з огляду на нестійку психіку наркоманів та їх залежність від органів, унеможливлення доставляння до суду і т.д.). В даному випадку особливу увагу приділяти підставам залучення легендарної особи до контролю за вчиненням злочину. Оскільки така особа, якщо вона була неодноразово судима, наркозалежна, стороною захисту легко доводиться, що ця особа є залежною від слідства. Суди критично ставляться до такого, тому, що він асоціює таку особу зі стороною обвинувачення, тобто із державою.

10) Аналіз поведінки агента. (Попереднього з ним провести інструктаж, що має і як робити і чого немає робити). Щоб агент поведив себе коректно. Тобто, забезпечити перебування контролю за вчиненням злочину під наглядом правоохоронних органів, які в рамках закону моделюють правомірну поведінку заявника на забезпечення доказів протиправної поведінки підозрюваного, без будь-якого впливу на волю останнього. Визначальним фактор має бути поведінка заявника.

11) чи мав місце судовий контроль за дотриманням прав та свобод особи для того, щоб докази відповідали критеріям належності, допустимості та достовірності.

13) з'ясувати необхідність застосування відповідних технічних засобів у зв'язку із секретністю й складністю розслідування наявність/відсутність аудіо відеозапису (контраргумент на твердження сторони захисту про провокування обвинуваченого на вчинення злочину).

14) підслідність учиненого злочину тій території, де велося слідство;

Цей перелік не є вичерпним, але може слугувати певним алгоритмом дій правозастосовувача, коли постане питання про наявність провокації. Позитивна відповідь хоча б на одне з питань може закласти основу, що на волю підозрюваного чинився вплив з подальшим можливим визнанням порушення права на справедливий судовий розгляд з моменту розслідування злочину.

На нашу думку, виходячи з принципу „єдиного прокурора” доцільно на етапі ознайомлення з матеріалами провадження діяти на випередження й скласти повідомлення на офіційному бланку із відповідною інформацією про відсутність ознак провокації. У повідомленні доцільно вказати вид контролю за вчиненням злочину, підстави та етап його застосування; виконавців та їх дії. Це потрібно для стратегічного переконання суду і сторону захисту про відсутність провокації.

Як слушно зауважує В.П. Котін, при провокації хабара оперативні працівники не мають підстав для проведення ОРЗ і, крім цього, вони проводять їх з порушенням вимог законодавства. У випадку правомірної ОРД правоохоронці тільки фіксують події і факти, а у випадку провокації хабара – ініціюють поведінку службових осіб та інших громадян¹. Разом з тим, ЄСПЛ не визнав провокаційними дії правоохоронних органів у справі «Мілініне проти Литви» (рішення від 24 червня 2008 року). Зокрема, ЄСПЛ зазначив, що ініціатива в даній справі належала виключно приватній особі. З урахуванням того, що особа мала поліцейську підтримку, роблячи заявниці пропозицію про виплату значної суми, і була забезпечена технічними засобами для запису їхньої розмови. У рішенні в справі «Секейра проти Португалії» Суд зазначив, що поліція не вдалася до підбурювання. Якщо надана прокуратурою інформація не дає підстав для однозначного висновку, чи мало місце підбурювання заявника з боку правоохоронних органів, Суд повинен проаналізувати процедуру розгляду заяви про підбурювання у кожній конкретній справі, щоб переконатися, що національний суд належним чином дотримав прав на захист, зокрема права на змагальність та рівність сторін (див. рішення від 27 жовтня 2004 р. у справі «Едвардс та Льюїс проти Сполученого Королівства» [ВП], № 39647/98 та № 40461/98, пункти 46–48; рішення від 16 лютого 2000 р. у справі «Джаспер проти Сполученого Королівства», № 27052/95, пункти 50 та 58).

Проведення правоохоронними органами імітації злочину за умови, що до початку такої

¹ Котін, В.П. (1996). Провокація взятки (к проблеме совершенствования законодательства). *Государство и право*, № 2, 85.

імітації правоохоронні органи мали у своєму розпорядженні відомості, що дають розумні підстави припускати можливу злочинну діяльність зі сторони підозрюваного, наприклад, аудіо-записи розмов, знятих з каналів зв'язку третіх осіб, виключає порушення Конвенції (див. напр. рішення ЄСПЛ Єврофінаком проти Франції (*Evrofinacom v. France*, 2004), Банников проти Росії (*Bannikov v. Russia*, 2010). Так само, не має порушення статті 6 Конвенції й у випадку, якщо злочин відбувся за ініціативи самого підозрюваного без інтенсивного підбурювання і за пасивної участі агента правоохоронного органу (Люді проти Швейцарії (*Ludi v. Switzerland*, 1992), Мілінієнс проти Литви (*Miliniene v. Lithuania*, 2008).

Власне кажучи, сформовані й обов'язкові до застосування позиції ЄСПЛ формують перед прокурором під час проведення досудового розслідування низку завдань. По-перше прокурор повинен здійснювати безперервний, суцільний нагляд спрямований на недопущення ні зі сторони працівників правоохоронних органів, в тому числі й їх довірених осіб впливу на особу з метою схилення її до вчинення злочину. По – друге, прокурору для цього потрібно з'ясувати чи дотримана процесуальна форма провадження процесуальних дій, в тому числі, які реальної ставились завдання перед правоохоронними органами і чи співпадають вони із завданнями кримінального провадження, яка ціль (мета) в дійсності переслідувалась і на яку мету спрямовуване кримінальне провадження.

References

1. Honcharenko, V.H., Kolesnyk, V.A. (2014). *Kryminalne protsesualne pravo Ukrainy* [Criminal Procedural Law of Ukraine]. Kyiv [in Ukrainian].
2. Kodyn, V.P. (1996). *Provokatsiya vziatky (k probleme sovershenstvovaniya zakonodatelstva)* [Provocation of a bribe (to the problem of improving the legislation)]. *Hosudarstvo y pravo, № 2* [State and law], 85. [in Russian].
3. Onyshchuk, O. *Kontrolnaia zakupka, yak provokatsiia, porushuie prava* [Test purchase as provocation violates the rights]. *Zakon i biznes* [Law and Business]. <http://zib.com.ua/ru/44405ontrolnaya_zakupka_kak_provokaciya_prestupleniya_narushaet_.html> [in Ukrainian].
4. Panova, A.V. (2015). *Problemni pytannia vidmezhuвання provokatsii vchynennia zlochyynu vid nehlasnoi diialnosti z yoho kontroliu u kryminalnomu provadzhennia* [Problems of distinguishing provocation for crime from tacit control of its activities in criminal proceedings]. *Pravo i suspilstvo, 5-2 chastyna 2/ 2015* [Law and Society, 5-2 Parts 2 / 2015], 225- 226. [in Ukrainian].
5. *Rishennia vid 5 liutoho 2008 roku v spravi «Ramanauskas proty Lytvy»* [The decision of 5 February 2008 in the case "Ramanauskas vs Lithuania"]. *Ministerstvo yustytzii Ukrainy* [Ministry of Justice of Ukraine]. <<https://minjust.gov.ua/ua/>>. [in Ukrainian].
6. *Rishennia YeSPL vid 2 zhovtnia 2012 roku «Viesielov, Zolotukhin M.B. ta Druzhynin I.V. proty Rosiiskoi Federatsii»* [Decision of the European Court of Human Rights of 2 October 2012 in the case "Veselov, Zolotukhin, Druzhinin vs Russian Federation"]. *Ministerstvo yustytzii Ukrainy* [Ministry of Justice of Ukraine]. <<https://minjust.gov.ua/ua/>>. [in Ukrainian].
7. *Rishennia YeSPL za №44/1997/828/1034 vid 9 chervnia 1998 roku u spravi «Teisheiro de Kastro proty Portuhalii (Case of Teixeira de Castro v. Portugal)»* [Decision of the European Court of Human Rights in the case of June 9, 1998 №44/1997/828/1034 "of Teixeira de Castro v. Portugal"]. *Ministerstvo yustytzii Ukrainy* [Ministry of Justice of Ukraine]. <<https://minjust.gov.ua/ua/>>. [in Ukrainian].
8. *Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny po spravi «Delkur proty Belhii»* [Decision of the European Court of Human Rights in the case "Delkur vs Belgium"]. *Ministerstvo yustytzii Ukrainy* [Ministry of Justice of Ukraine]. [in Ukrainian].
9. *Vypravdovuiuchy narkotorhovtsiv suddi ne khochut, shchob pravookhorontsi zaimalys provokatsiieiu* [Justifying drug-dealers judges do not want the police engaged in provocation]. *Antykor*. <http://antikor.com.ua/articles/98714pravdovujuchi_narkotorgovtsiv_suddi>. [in Ukrainian].