

## ПРАВОВА ОЦІНКА «ПРОВОКАЦІЇ ХАБАРЯ» ЯК РІЗНОВИДУ «ПРОВОКАЦІЇ ЗЛОЧИНУ» В ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

*У статті надано правову оцінку «провокації хабаря» як різновиду «провокації злочину». Досліджено релевантну практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) та з'ясовано, що Суд не розглядає «провокацію хабаря» як провокацію унікального виду злочину, узагальнюючи ситуацію «провокації злочину», включно з корупційними злочинами, зокрема щодо надання, отримання, пропозиції хабаря.*

*Звернено увагу, що ЄСПЛ розглядає скарги про провокацію хабаря в контексті прав, передбачених статтею 6 «Право на справедливий судовий розгляд» Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Європейська конвенція з прав людини, Конвенція), та вважає, що наявність доведеної провокації злочину позбавляє особу з самого початку провадження справедливого судового розгляду. Проаналізовано ознаки підбурювання до злочину як невід'ємної складової провокації злочину.*

*Наголошено на тому, що ЄСПЛ звертається виключно до процесуально-правового аспекту провокації хабаря, надаючи оцінку того, наскільки провокація хабаря впливає на якість отриманих у результаті такої провокації доказів. При цьому ЄСПЛ покладає на сторону обвинувачення позитивний обов'язок доведення в національному суді, що розглядає справу, відсутності підбурювання як ключової ознаки провокації злочину.*

*На підставі аналізу практики ЄСПЛ зауважено, що негласні слідчі та оперативні дії мають проводитися пасивним шляхом без будь-якого тиску на заявника для вчинення злочину. Встановлено межі перевірки національними судами щодо провокації злочину.*

**Ключові слова:** корупція, захист прав людини, право на справедливий суд, підбурювання до злочину, поняття провокації злочину.

**Постановка проблеми.** Кримінально-правова конвенція Ради Європи про корупцію (англ. *Criminal Law Convention on Corruption*) передбачає у статті 23, що кожна сторона повинна вжити заходів, які дають змогу використовувати спеціальні методи розслідування, щоб забезпечити їй сприяння збору доказів у цій сфері [1]. Пояснювальний звіт щодо Конвенції додатково вказує, що «спеціальні методи розслідування» можуть охоплювати використання таємних агентів, прослуховування, перехоплення телекомунікацій та доступ до комп'ютерних систем. Слід згадати також Конвенцію Ради Європи про відмивання, розшук, вилучення та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, яка також передбачає у статті 4 вжиття законодавчих заходів, що надавали б можливість використовувати спеціальні слідчі методи, що полегшують ідентифікацію та відстеження доходів і збір пов'язаних із цим доказів [2].

ЄСПЛ визнає необхідність і законність використання спеціальних методів розслідування

як таємних прийомів, зокрема в контексті боротьби з організованою злочинністю та корупцією [3, п. 49-51]. Однак, беручи до уваги беззаперечний ризик пов'язаного з такими методами підбурювання з боку органів з підтримання правопорядку, Суд вимагає, щоб вони дотримувалися чітких меж відповідно до Європейської конвенції з прав людини.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Окремі питання провокації злочину були предметом досліджень низки вітчизняних науковців. Зокрема, О. І. Альошина здійснила кримінально-правовий аналіз провокації злочину [4], О. Ф. Бантишев та С. А. Кузьмін розглянули провокацію хабаря як спеціальний вид співучасті у злочині [5], В. О. Навроцький досліджував провокацію хабаря як можливий спосіб боротьби з корупцією [6], Ю. В. Гродецький проаналізував суспільну небезпечність провокації злочину [7], О. В. Ус дослідила склад злочину провокації підкупу [8]. Утім, згадані вище науковці провадили дослідження провокації

злочину (зокрема провокації хабаря) здебільшого в межах українського права, а не крізь призму практики ЄСПЛ.

**Метою цієї статті** є встановлення на підставі аналізу практики ЄСПЛ загальноправової оцінки «провокації хабаря» як різновиду «провокації злочину». У цій статті використовується термін «хабар», а не «неправомірна вигода», хоча тільки останній нині передбачений у Кримінальному кодексі України та використовується в кримінально-правовій науці. Однак, беручи до уваги те, що саме про хабар (англ. *bribe*), а не неправомірну вигоду, йдеться у практиці ЄСПЛ, у цьому дослідженні вживатимемо цей термін.

#### **Виклад основного матеріалу дослідження.**

Поліція, як відомо, завжди мала у своєму розпорядженні провокаторів і користувалася їхніми послугами. У 1928 році у Великій Британії таким агентам навіть офіційно було надано визначення: «Особа, яка спонукає іншого до явного порушення закону, яке він інакше не вчинив би, а потім і далі інформує про нього щодо такого правопорушення». Однак розуміння змісту діяльності провокатора на службі держави не зняло головного питання – якою має бути юридична оцінка спровокованого вчинку? Різні держави пішли тут різними шляхами і напрацьовували власну практику, поки це питання не постало перед ЄСПЛ, який змушений був почати формувати власне ставлення до правової оцінки провокації злочину з боку поліцейських підрозділів, передусім щодо корупційних злочинів і злочинів у сфері незаконного обігу наркотиків.

Наявність у різних державах-учасниках Європейської конвенції з прав людини різної практики щодо правової оцінки провокації злочину змусила ЄСПЛ надати так зване «автономне тлумачення» поняття «провокація злочину». Як відомо, такі тлумачення можуть докорінно відрізнитися від понять у національному законодавстві, є такими, що сформульовані самим ЄСПЛ і дозволяють йому забезпечити незалежність положень Конвенції від можливої інтерпретації її термінів або принципів у законодавстві чи практиці держав-членів.

Наразі наявність автономного тлумачення поняття «провокація злочину», наданого ЄСПЛ, означає, що усі держави-учасниці Конвенції повинні керуватися саме таким його розумінням і привести у відповідність з ним національне законодавство та практику. Такий висновок випливає з низки рішень ЄСПЛ, ухвалених протягом понад двадцяти років (починаючи від рішення у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 року) [9], де Суд

послідовно жодного разу не змінював своєї позиції, зокрема в рішеннях своєї Великої Палати. Востаннє Суд звернув на це увагу в Рішенні у справі «Баннікова проти Російської Федерації»: «У своїй загальній практиці з цього питання Європейський Суд напрацював концепцію провокації, що порушує пункт 1 статті 6 Конвенції та відрізняється від застосування законних оперативних методів проведення досудового слідства. Він встановив, що, тоді як застосування спеціальних методів розслідування, зокрема негласних, не може само по собі порушити право на справедливий судовий розгляд, небезпека поліцейської провокації в результаті таких заходів передбачає, що їх застосування має бути обмежене зрозумілими рамками» [10, п. 35].

Іноді висловлюється хибна думка про те, що подібні рішення ЄСПЛ спрямовані виключно на зміни законодавства, оскільки Суд дійсно звертає на це увагу і навіть ініціює необхідність внесення таких змін. Однак тут варто зробити декілька важливих зауважень. Справді, згадка в рішеннях ЄСПЛ про вади в якості законодавства або про вимоги щодо відповідності законодавства Конвенції вимагає від держав-учасниць необхідних дій у парламентах. Однак, якщо б цього було достатньо, то все обмежувалося б необхідністю ухвалити закони, але це зовсім не так. Щодо України тут важливо наголосити на особливій ролі національних судів у внутрішньодержавній імplementації офіційних тлумачень норм Конвенції Європейським судом з прав людини. Як відомо, практика ЄСПЛ є в Україні джерелом права відповідно до Закону України «Про виконання рішень Європейського суду з прав людини», і тому на українських судах лежить обов'язок узгодження практики правозастосування з практикою ЄСПЛ. Тому ми й говоримо про пряму дію норм Конвенції, про їх пряме застосування в Україні. Є ще один важливий нюанс, який варто пам'ятати. Європейська система захисту прав людини має особливості та відмінності від інших аналогічних регіональних систем захисту прав людини, чи навіть від національних систем прав людини неєвропейських держав. Тому правозастосовна практика неєвропейських держав у сфері прав людини, навіть тривала й авторитетна, зокрема щодо провокації злочину, не обов'язково відповідатиме тим стандартам, які встановлює європейська модель у рішеннях ЄСПЛ.

Отже, перейдемо до правової оцінки провокації хабаря в практиці ЄСПЛ. Передусім, хоча Суд розглянув декілька справ про провокацію хабаря, він наразі не відрізняє її від провокації

інших видів злочинів. Суд дивиться на проблему значно ширше, розглядаючи ситуацію «провокації злочину» загалом. Це свідчить про те, що ЄСПЛ наразі не пов'язує провокацію хабаря та інших корупційних злочинів з необхідністю надання їй окремої правової оцінки. У цьому контексті мають значення усі рішення ЄСПЛ щодо провокації злочинів. Найявністю окремих рішень ЄСПЛ щодо провокації хабаря не змінює його загальних підходів щодо провокації злочину, але в окремих випадках може пояснити мотивацію Суду щодо відповідних видів злочинів. Наразі Суд розглядав скарги щодо порушення Конвенції у випадках провокацій хабаря і провокацій у сфері незаконного обігу наркотиків.

Принципове значення має мотивація відмови ЄСПЛ виокремлювати провокацію окремих видів злочинів з-поміж інших. У цьому зв'язку важлива констатація Суду щодо так званого суспільного інтересу (або особливого суспільного значення) тієї чи іншої злочинної діяльності. Наприклад, чи може мати значення особлива небезпека такої діяльності (чи, як пропонують казати, «особлива шкода, яку завдає така діяльність суспільним або приватним інтересам») для оцінки правомірності провокації злочину? Чи може така особливість злочинної діяльності (з погляду її суспільної небезпеки) бути юридичною або суспільно значущою підставою для виходу за межі загальних конвенційних стандартів дотримання прав людини в кримінальному процесі? Інакше кажучи, чи може боротьба з такими злочинами процесуально відрізнитися від боротьби з іншими видами злочинів? Таке питання не є зайвим або штучним, оскільки держави схильні пов'язувати допустимість провокацій зі значенням, що має надаватися боротьбі зі злочинами, які є особливо небезпечними і особливо непокоять суспільство. Це змусило ЄСПЛ спеціально пояснити свою позицію, причому в декількох рішеннях.

Зокрема, вперше Суд звернув на це увагу в ухваленому 9 червня 1998 року Рішенні у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії», де йшлося про використання органами з підтримання правопорядку провокацій у боротьбі з незаконним обігом наркотиків. Суд тут сформулював свою принципово важливу позицію, що лишається незмінною: «...повинні дотримуватися права людини, навіть у випадках боротьби з незаконним обігом наркотиків. Хоча сплеск організованої злочинності, безсумнівно, змушує вживати адекватних заходів, проте справедливе відправлення правосуддя є тим принципом, який не має страждати від цього. Основні вимоги справедливості, зазначені в статті 6 Конвенції, стосуються

будь-якого виду злочинів, від найнезначніших до особливо тяжких. Суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих за допомогою провокацій поліції» [9, п. 36]. У Рішенні від 26 травня 2016 року у справі «Баннікова проти Російської Федерації» Суд у контексті боротьби зі злочинами особливого суспільного значення згадав також про корупційні злочини поряд із незаконним обігом наркотиків: «З огляду на специфіку слідчих заходів, що проводяться з метою боротьби з незаконним обігом наркотиків і корупцією, давно сформованою позицією Європейського Суду є те, що суспільні інтереси не можуть обґрунтовувати використання доказів, отриманих у результаті поліцейської провокації...» [10, п. 34].

Провокацію хабаря можна розглядати в матеріально-правовому і процесуально-правовому аспектах. ЄСПЛ досі звертався виключно до процесуально-правового аспекту, надаючи оцінку того, наскільки провокація хабаря впливає на якість отриманих у результаті такої провокації доказів. Суд розглядає скарги про провокацію хабаря в контексті прав, передбачених статтею 6 Конвенції «Право на справедливий судовий розгляд». Про це Суд неодноразово зазначав у своїх рішеннях, вважаючи, що «наявність доведеної провокації злочину позбавляє особу справедливого судового розгляду з самого початку» [9, п. 35-36; 10, п. 34; 11, п. 128]. Більше того, у Рішенні у справі «Ваньян проти Російської Федерації» провокація злочинів з боку поліції оцінюється як така, що «непоправно підірвала справедливість судового розгляду» [12, п. 49]. Інакше кажучи, з точки зору ЄСПЛ, порушення права за статтею 6 Конвенції виникає з того моменту, коли в суді було доведено факт провокації злочину, а отже неприпустимо в принципі використовувати в кримінальному процесі такий доказ.

З цього очевидно випливає обов'язок суду перевірити допустимість використання доказів, отриманих у результаті провокації злочину. Загальною тут є позиція, проголошена ЄСПЛ у Рішенні 2008 року у справі «Раманаускас проти Литви»: «сама прокуратура мала довести, що факту підбурювання не було» [3, п. 70]. Цю позицію Суд підтвердив у Рішенні 2014 року у справі «Носко і Нефьодов проти Російської Федерації»: «...якщо обвинувачені висувають аргумент про підбурювання, внутрішньодержавні суди зобов'язані розглянути його в рамках змагальної, ретельної, всебічної і переконливої процедури, при цьому на сторону обвинувачення покладається тягар доведення відсутності підбурювання» [13, п. 55].

Отже, ЄСПЛ покладає на *сторону обвинувачення* позитивний обов'язок доведення в національному суді, що розглядає справу, відсутності підбурювання як ключової ознаки провокації злочину. У цьому випадку це подібно до обов'язку держави доводити відсутність факту катувань за статтею 3 Конвенції. Постраждала сторона не зобов'язана доводити факт протиправних дій агентів держави або осіб, які діють за їхніми наказами. Натомість держава в особі прокуратури повинна довести в суді відсутність протиправних дій щодо підсудного в контексті відповідних статей державного обвинувачення. Обов'язок суду – здійснити належний судовий контроль за належним виконанням прокуратурою цього обов'язку. Такий обов'язок виникає у прокурора незалежно від того, чи було порушено в суді питання про підбурювання до злочинних дій, оскільки мова йде про доведення наявності в діях підсудного складу злочину. Це тим більше важливо, що у справі *«Баннікова проти Російської Федерації»* встановлення ЄСПЛ належної процедури оцінки національними судами заяви про провокацію, включно з перевіркою оперативних матеріалів і допитом оперативних працівників, дало змогу зробити висновок про відсутність провокації, *«який ґрунтується на оцінці доказів, належних і достатніх»* [10, п. 77].

Підставою для перевірки в суді допустимості використання доказів, отриманих у результаті провокації злочину, є також заява сторони підсудного. Визнаючи порушення у справі *«Раманаскас проти Литви»*, ЄСПЛ, зокрема, вказав: *«органи державної влади заперечували факт підбурювання з боку поліції, а суд не вжив жодних заходів з перевірки відповідних доводів заявника»* [3, п. 72].

Але, перш ніж перейти до питання, що саме повинен перевірити суд, якщо є підстави підозрювати наявність факту провокації хабаря, варто розглянути, чим усе-таки є «провокація хабаря» з погляду ЄСПЛ. Позиція ЄСПЛ тут однозначна: «провокація хабаря», як і провокація іншого виду злочину (а практика Суду тут однакова), – це підбурювання до скоєння злочину. Про це прямо говориться в низці рішень ЄСПЛ. Суд надає, зокрема, таке визначення «провокації злочину»: *«Коли трапляється, що дії таємних агентів спрямовані на підбурювання до вчинення злочину, і немає підстав вважати, що він був би скоєний без їхнього втручання, то це виходить за рамки діяльності таємного агента і може бути названо провокацією»* (Рішення від 15 грудня 2005 року у справі *«Ваньян проти Російської Федерації»*) [12, п. 47]. Через три роки у Рішенні у справі *«Раманаскас*

*проти Литви»* від 5 лютого 2008 року Суд ще раз повторив свою позицію, прямо пов'язавши підбурювання з провокацією злочину [3, п. 55].

Як можна зрозуміти, провокація злочину є безпосереднім наслідком підбурювання. Позиція ЄСПЛ щодо *«використання доказів, отриманих унаслідок підбурювання з боку поліції»* міститься в низці рішень і в принципі є незмінною усі ці роки [3, п. 54; 9, п. 35-36; 11, п. 128].

Уперше ЄСПЛ сформулював поняття «підбурювання до злочину» в контексті «провокації злочину» у справах 2008 року (*«Тейксейра де Кастро проти Португалії»* та *«Юрофінаком проти Франції»*), заклавши підвалини автономного тлумачення такої термінології. *«Підбурювання з боку поліції наявне тоді, коли відповідні працівники органів з підтримання правопорядку або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб'єкта, схилиючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений»*, – тут мова йшла про провокацію у сфері боротьби з незаконним обігом наркотиків. У 2015 році Суд сформулював поняття «підбурювання» у справі про провокацію хабаря: *«...підбурювання поліції відбувається тоді, коли відповідні працівники правоохоронних органів або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються лише розслідуванням злочинної діяльності за принципом пасивного характеру, а здійснюють такий вплив на суб'єкта, що спонукає його до вчинення правопорушення, яке в іншому випадку не було б вчинене, а також для того, щоб зробити можливим доведення правопорушення, тобто забезпечити докази та порушити кримінальне переслідування»* [14, п. 61].

З цього, на нашу думку, можна зробити висновки про *ознаки* підбурювання до злочину як невід'ємної складової провокації злочину:

1) участь у провокації злочину органів з підтримання правопорядку, чи то у вигляді агентів під прикриттям, чи то за участі осіб, які не перебувають на службі в органах правопорядку, однак діють за вказівками таких органів або агентів;

2) активне схиляння такими агентами визначеної особи до вчинення правопорушення, яке в іншому випадку не було б вчинене;

3) метою провокації злочину є забезпечення доказів для кримінального переслідування особи, яку для цього спеціально схилили до вчинення злочинних дій.

Розглянемо ці три ознаки.

Щодо *першої* з них зазначимо, що участь агентів держави є обов'язковою для правової оцінки провокації злочину тому, що саме вони створюють своїми діями умови для того, щоб злочин відбувся. Саме така їхня діяльність «з виконання оперативного завдання» має виключати їхню відповідальність за фактичну співучасть у контрольованому злочині. Звинувачуючи державу в порушенні Конвенції в разі притягнення до відповідальності осіб, спровокованих органами держави до вчинення злочину, ЄСПЛ визнає, таким чином, протиправною як діяльність самої держави, так і тих «підбурювачів», що виконують відповідні накази.

З огляду на сказане, ЄСПЛ сформулював деякі вимоги до державних органів, які здійснюють оперативну діяльність. Зокрема, це чітко визначення в законодавстві таких органів та їхньої компетенції. Звертається увага на відсторонення від розслідування, де це можливо, уповноважених осіб оперативних підрозділів (щоправда, визнається, що це не завжди можливо, особливо у випадку невеликих організацій або там, де треба діяти терміново або з міркувань безпеки). Важливим є санкціонування діяльності уповноважених осіб, а якщо така особа діє на власний розсуд, то це має бути зафіксовано окремо.

Отже, з практики ЄСПЛ випливає, що на етапі надання дозволу уповноваженим органам держави на участь у контрольованих заходах необхідно:

- встановити, чи мають вони «конкретні та об'єктивні докази, які свідчать про те, що було зроблено початкові дії для вчинення діянь, що становлять правопорушення, за яке заявник згодом притягується до відповідальності»;

- встановити, чи було перевірено попередню інформацію стосовно попереднього злочинного наміру;

- органи влади повинні мати можливість на будь-якому етапі продемонструвати, що у них були вагомі причини для проведення таємної операції.

Щодо *другої* з визначених нами ознак «підбурювання до злочину» як невід'ємної складової його провокації, то йдеться про оцінку участі агентів органів з підтримання правопорядку у контрольованих заходах, а саме критерій «пасивності» під час проведення негласних операцій.

Загальний підхід Суду тут полягає в тому, що «використання негласних агентів має бути обмежене...» [9, п. 36], вони не мають своїми діями впливати або спрямовувати волю особи на скоєння злочину. Їхня поведінка має бути «пасивною». У Рішенні 2014 року у справі «Носко

*і Нефьодов проти Російської Федерації»* Суд назвав таку свою позицію «усталеною»: «негласні операції мають проводитися пасивним шляхом без тиску на заявника для вчинення ним злочину за допомогою таких засобів, як взяття на себе ініціативи в контактах із заявником, наполегливе спонукання, обіцянка фінансової вигоди або апелювання до почуття жалю заявника» [13, п. 54]. Визнавши порушення Конвенції в Рішенні у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії», Суд звернув увагу на те, що працівники поліції «не обмежилися пасивним розслідуванням протиправної діяльності п. Тейксейра де Кастро, а вплинули на нього, підбуривши до вчинення злочину». Суд, зокрема, встановив, що «їхні дії вийшли за межі функцій негласних агентів, оскільки вони спровокували злочин, і не було підстав вважати, що його було б вчинено без їхнього втручання» [9, п. 38].

Так, в одному випадку, як зазначив ЄСПЛ, ініціатива була саме з боку офіцера поліції під прикриттям, «коли він першим вийшов на зв'язок із заявником, цікавлячись, де можна придбати заборонені наркотики. Потім заявник сам запропонував доставити їх. У процесі операції заявнику було запропоновано значну суму – 3000 доларів США – за поставку великої кількості наркотиків. Очевидно, – як зазначив ЄСПЛ, – це є спонуканням до доставки товару... Ці ознаки в цій справі свідчать про розширення функцій поліцейських від оперативних співробітників до провокаторів. Вони не просто “приєдналися” до розслідування злочину, який вчинявся, а й спровокували його. Неминучим висновком із зазначених обставин є те, що поліція не обмежилася розслідуванням злочинної діяльності пасивним по суті способом, а справила вплив, який призвів до вчинення злочину...» [15, п. 37].

В іншому випадку ЄСПЛ встановив порушення Конвенції в активних діях поліції зі схилення до злочину особи, щодо якої не було достовірних відомостей про наявність у неї кримінального досвіду. У справі «Раманаускас проти Литви» було встановлено, що «як засвідчують записи телефонних розмов, заявник неодноразово зустрічався із A.Z. (агентом поліції) з ініціативи останнього (цей факт, очевидно, спростовує наведені Урядом доводи про те, що правоохоронні органи жодного разу не тиснули на заявника і не вдавалися до погроз). Навпаки, через контакти, встановлені з ініціативи A.Z. та V.S. (ще один агент поліції), органи з підтримання правопорядку явно схилили заявника до протиправних дій, хоча, крім чуток, не було об'єктивних доказів для припущення, що заявник займається

незаконною діяльністю» [3, п. 67]. І далі в п. 68 свого рішення ЄСПЛ робить остаточний висновок: «Цих міркувань достатньо для обґрунтування висновку, що дії працівників органів з підтримання правопорядку вийшли за межі пасивного розслідування наявної протиправної діяльності» [3, п. 68]. У Рішенні у справі «Таранекс проти Латвії» міститься така характеристика відхилення агентів поліції від критерію «пасивності»: «...всі телефонні дзвінки та приватні зустрічі, під час яких заявник нібито попросив агента виплатити хабар, відбулися за ініціативою або навіть наполяганням агента, а не заявника. Суд приділяє особливе значення події ..., коли агент наполягав на очікуванні прибуття заявника, якого не було в офісі, а також відмовився отримати копію рішення від іншої особи та наполягав на обговоренні із заявником» [14, п. 65]. Нарешті, в справі «Носко і Нефьодов проти Російської Федерації» Суд вказав на такий нюанс, що характеризує порушення критерію «пасивності»: «...міліція направила А. до заявниці не прямо, а через колишнього однокурсника заявниці і багаторічного колегу. Залученням Х. до негласної операції і поміщенням заявниці в неформальне оточення міліція деякою мірою розраховувала на довіру заявниці до цієї особи і її бажання допомогти колезі. Отже, можна зробити висновок, що міліція не залишалася повністю пасивною і негласна операція містила, зокрема, певний елемент тиску на заявницю» [13, п. 62].

З наведених прикладів можна зрозуміти, що оцінка критерію «пасивності» з боку ЄСПЛ має надзвичайно широкі межі і спрямовує національну судову практику на ретельне дослідження відсутності будь-яких фізичних або психологічних впливів на особу з боку агентів держави з метою підбурити її до вчинення злочину.

Крім того, з'ясування дотримання критерію «пасивності», що застосовує ЄСПЛ, пов'язано з дотриманням критерію «об'єктивної підозри». Суд його сформулював у Рішенні у справі «Секвейра проти Португалії» і пов'язує з «етапом, на якому національна влада здійснює оперативний захід, тобто чи просто оперативні співробітники “приєдналися” до вчинення кримінально караного діяння, чи вони спровокували його» [16].

Критерій об'єктивної підозри застосовувався ЄСПЛ як у справах за участі агентів під прикриттям, так і в декількох справах, де поліція вступала в справу тільки після звернення до неї приватної особи (яка не співпрацює з поліцією і не є її інформатором) з інформацією, що свідчила про те, що заявник уже почав здійснювати

злочинну діяльність. Застосовуючи цей критерій, Суд щоразу зазначав, що оперативна діяльність поліції починалася на підставі заяви приватної особи про вже розпочату злочинну діяльність. Наприклад, у Рішенні у справі «Мілінене проти Литви» ЄСПЛ так оцінив ситуацію: «[37.] ... Ініціатива в цій справі була з боку SS, приватної особи, який, усвідомивши, що заявник вимагатиме хабар з метою вирішення справи в сприятливий для нього бік, звернувся в поліцію. Згодом поліція звернулася до заступника Генерального прокурора, який санкціонував і порушив подальше розслідування в правових рамках симулювання кримінально караного поведінки, надавши імунітет від кримінального переслідування SS в обмін на отримання доказів щодо підозрюваного. [38.] Оскільки SS мав підтримку поліції для істотного фінансового стимулювання заявника, а також надані нею технічні засоби для запису розмови, є очевидним те, що поліція впливала на перебіг подій. Проте Європейський Суд не вважає, що роль поліції була надмірна, враховуючи її обов'язок здійснювати перевірки за скаргами про вчинення злочинів, а також необхідність припинення руйнівних наслідків корупції серед суддів відповідно до принципу верховенства права в демократичному суспільстві. Він також не вважає, що поліція була визначальним чинником. Вирішальною у цій справі була поведінка SS і заявника. У зв'язку з цим Європейський Суд визнає, оцінивши обставини справи, що поліція, так би мовити, “приєдналася” до злочинної діяльності, а не спровокувала її. Отже, дії поліції радше були в межах оперативної роботи, ніж провокаційними...» (підкреслення наше. – М. Б., В. Г.) [17].

Деяко складнішою є ситуація із застосуванням критерію «об'єктивної підозри» в разі залучення агентів під прикриттям. Тут ЄСПЛ вимагає відповіді на такі запитання:

1. Чи можуть органи влади встановити, чи «вже почалася злочинна діяльність на момент, коли джерело (агент) розпочало співпрацю з поліцією»? Інакше кажучи, який ступінь впливу здійснюють агенти, які перебувають під прикриттям, і якою мірою вони провокують злочин, який не був би вчинений без їхнього втручання? У зв'язку з цим, вирішуючи, чи було розслідування «по суті пасивним», ЄСПЛ вивчить причини, що лежать в основі таємної операції та поведінки органів, що її проводять.

2. Чи існували об'єктивні підозри стосовно того, що злочинець був причетний до злочинної діяльності чи був схильний до вчинення кримінального правопорушення [10, п. 38]?

3. Окрім того, залежно від обставин конкретної справи також можуть вважатись ознаками попередньої злочинної діяльності або умислу, наприклад, демонстрація правопорушником знання злочинної діяльності.

Зважаючи на останні два пункти застосування критерію «об'єктивної підозри», важливим є аспект, пов'язаний з характеристикою особи, щодо якої відбулася провокація злочину. Якою мірою наявність чи, навпаки, відсутність у такої особи кримінального досвіду може вплинути на оцінку провокативних дій негласних агентів?

Наявна практика ЄСПЛ свідчить, що для Суду мають значення підстави, які викликали оперативний інтерес органів з підтримання правопорядку до конкретної особи, чому саме така особа стала об'єктом спостереження. У Рішенні у справі «Таранекс проти Латвії» ЄСПЛ вказав на важливість «вивчити причини, що лежать в основі таємної операції, та поведінку органів влади, що її проводять» [14, п. 62]. В усіх випадках ЄСПЛ звертає увагу на наявність/відсутність доведеного кримінального досвіду особи. Відсутність такого досвіду зазвичай схиляє ЄСПЛ до презумпції добросовісності особи, щодо якої було здійснено провокацію хабаря або іншого злочину. Тому ЄСПЛ не лише констатує важливість відсутності доведеної кримінальної практики, а й встановлює обов'язок національного суду переконатися в її відсутності. У справі «Раманускас проти Литви» було встановлено, що «не було доказів, які б підтверджували, що заявник раніше вчиняв злочини, зокрема пов'язані з корупцією; як свідчили матеріали справи, крім чуток, не було об'єктивних доказів для припущення, що заявник має намір займатися такою діяльністю» [3, п. 67]. Це стало однією з причин визнання у цій справі порушення Конвенції, оскільки суд повинен «врахувати цю обставину». У Рішенні у справі «Таранекс проти Латвії» ЄСПЛ зазначив: «Ніщо в матеріалах справи або в зауваженнях, поданих Урядом, не вказує на те, що заявник мав судимість або що національні органи мали будь-які підстави підозрювати його в будь-якій попередній злочинній діяльності» [14, п. 63]. В іншому випадку у поліції були в розпорядженні оперативні матеріали агентів, однак ця особа не мала судимостей і стала відома поліції лише в процесі оперативного заходу. Однак поліція вирішила замість проведення розслідування спровокувати таку особу. Визнавши порушення п. 1 статті 6 Конвенції, ЄСПЛ вказав: «...співробітники поліції не розслідували злочинну діяльність заявника в пасивний спосіб, а здійснювали на нього такий вплив, щоб підбурити до вчинення злочину. Зрештою

Суд заявляє, що в актах судових органів Португалії йдеться, що заявник був засуджений в основному на підставі показань двох поліцейських» (Рішення у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії») [9, п. 38]. Ще в одній справі 2016 року («Баннікова проти Російської Федерації») ЄСПЛ знову звернувся до питання співвідношення «схильності особи до вчинення злочину» і критерію «пасивності»: «З'ясовуючи питання про те, чи було розслідування “по суті пасивним”, Європейський Суд повинен вивчити причини, що лежать в основі проведення оперативної операції, і поведінку органів влади, які її проводили. Європейський Суд повинен зважати на те, чи були об'єктивні підозри, що заявник задіяний у злочинній діяльності або схильний до скоєння злочину» [10, п. 38].

Ключова позиція ЄСПЛ полягає тут у тому, що «навіть якщо в минулому заявник і притягувався до кримінальної відповідальності, це само по собі не є ознакою того, що в цьому разі він здійснює будь-яку злочинну діяльність (див. Рішення у справі “Константін і Стоян проти Румунії”)» [18, п. 55]. Отже, національна влада повинна бути здатна продемонструвати на будь-якій стадії, що вона має достатні підстави для проведення оперативного заходу [3, п. 63-64; 15, п. 36].

Як результат з усієї практики щодо провокацій злочинів ЄСПЛ навів приклад загалом прийнятної процедури здійснення контролю за оперативним заходом у справі «Люді проти Швейцарії»: «...відповідний співробітник поліції був приведений до присяги, слідчий суддя знав про його завдання» [19, п. 49]. В іншому випадку Суд встановив порушення Конвенції, оскільки «захід, що проводиться органами внутрішніх справ, було санкціоновано звичайним адміністративним рішенням органу, який згодом і проводив захід; рішення містило дуже мало інформації щодо підстав та цілей планованої перевіркової закупівлі, а оперативний захід не контролювався ні з боку суду, ні іншого незалежного органу» [11]. При цьому Суд не виключає такого контролю також з боку прокуратури «за наявності відповідного порядку та гарантій» (Рішення у справі № 74355/01 «Мілінене проти Литви») [17, п. 36].

Отже, ЄСПЛ визначив суворі обмеження, яких потрібно дотримуватися, коли мова йде про використання спеціальних методів розслідування антикорупційних злочинів. Враховуючи свою практику в цій категорії справ, ЄСПЛ проводить *трифазну* перевірку: 1) перевірка етапу надання дозволу: чи мають органи влади «конкретні та об'єктивні докази, що свідчать про початок вчинення правопорушення»; 2) перевірка

етапу реалізації: який ступінь впливу здійснюють агенти під прикриттям, і якою мірою вони провокують злочин, який не був би вчинений без їхнього втручання; 3) перевірка здатності органів влади продемонструвати, що «будь-яке спірне підбурювання зобов'язує суди розглянути його у спосіб, сумісний із правом на справедливий судовий розгляд». Тому ЄСПЛ перевіряє, чи є на цьому етапі національна процедура нагляду «суперечливою, ретельною, вичерпною та остаточною щодо питання затримання, з тягарем доказування на стороні обвинувачення, щоб продемонструвати відсутність підбурювання».

З врахуванням зазначеного ЄСПЛ у низці своїх рішень визначив межі перевірки національними судами щодо провокації злочину. Отже, такі межі мають охоплювати:

– мотиви ухвалення рішення про негласний захід

(Конвенцією не заборонено використовувати на стадії попереднього розслідування такі джерела, як анонімні інформатори, якщо це виправдано характером злочину. Однак використання надалі таких джерел інформації судом для обґрунтування обвинувального вироку буде правомірним тільки в тому разі, коли є належні й достатні гарантії недопущення зловживань, зокрема коли встановлено чітку та прозору процедуру надання дозволу на застосування таких оперативно-розшукових заходів, їх здійснення та контролю за цими діями [11, п. 135; 20, п. 52-56]);

– ступінь участі правоохоронного органу в скоєнні злочину

(У Рішенні 2015 року у справі «Таранекс проти Латвії» міститься жорстка вимога: «Перший крок – з'ясувати, чи було б вчинене зазначене правопорушення без втручання влади» (п. 61); у Рішенні у справі «Раманаускас проти Литви» ЄСПЛ прямо зазначає обов'язок національного суду з'ясувати мотиви, з яких агенти під прикриттям ініціюють злочинну діяльність інших осіб: «суд не вжив жодних заходів з перевірки відповідних доводів заявника. Зокрема, суд навіть не намагався з'ясувати роль кожної з головних дійових осіб, наприклад, причини особистої ініціативи А.З. звернутися до заявника, незважаючи на те, що обвинувальний вирок щодо останнього ґрунтувався на доказах, отриманих унаслідок оскаржуваного ним факту підбурювання» (п. 72));

– характер будь-якого підбурювання або тиску, якого зазнав заявник

(Зіткнувшись із твердженням про провокацію, Європейський Суд повинен передовсім

спробувати встановити, чи міг відповідний злочин бути скоєний без втручання влади [10, п. 37]; «національні суди зобов'язані були проаналізувати факти у справі та взяти відповідних заходів, щоб встановити істину, а також з'ясувати, чи було підбурювання. У разі доведення цього факту вони повинні були діяти відповідно до норм Конвенції» [3, п. 70]);

– інформацію про участь підсудного у відповідній злочинній діяльності

(«Просте твердження на суді співробітників міліції, що у них була інформація про участь заявника в торгівлі наркотиками, яке, схоже, не досліджувалось судом, не може бути взято до уваги» [12, п. 49]).

Отже, аналіз практики ЄСПЛ щодо провокації хабаря дає змогу дійти таких **висновків**.

1. Практика ЄСПЛ виходить з того, що «провокація хабаря», як і провокація іншого виду злочину (практика Суду тут однакова), – це підбурювання до скоєння злочину. Суд не розглядає «провокацію хабаря» як провокацію унікального виду злочину, хоча він і розглянув декілька справ саме про провокацію хабаря. Суд дивиться на проблему значно ширше, розглядаючи ситуацію «провокації злочину» загалом, включно з корупційними злочинами, зокрема щодо надання, отримання, пропозиції хабаря. Отже, наразі Суд не вважає корупційні правопорушення таким видом злочинів, щодо яких потрібна спеціальна правова оцінка.

2. ЄСПЛ звертається виключно до процесуально-правового аспекту провокації хабаря, надаючи оцінку того, наскільки провокація хабаря впливає на якість отриманих у результаті такої провокації доказів. При цьому ЄСПЛ покладає на сторону обвинувачення позитивний обов'язок доведення в національному суді, який розглядає справу, відсутності підбурювання як ключової ознаки провокації злочину.

3. ЄСПЛ визначив суворі обмеження, яких потрібно дотримуватися, коли мова йде про використання спеціальних методів розслідування антикорупційних злочинів, проводячи *трифазну* перевірку: 1) перевірка етапу надання дозволу: чи мають органи влади «конкретні та об'єктивні докази, що свідчать про початок вчинення правопорушення»; 2) перевірка етапу реалізації: який ступінь впливу здійснюють агенти під прикриттям, і якою мірою вони провокують злочин, і чи був би він вчинений без втручання; 3) перевірка здатності органів влади продемонструвати, що «будь-яке спірне підбурювання зобов'язує суди розглянути його у спосіб, сумісний із правом на справедливий судовий розгляд».



### Список використаної літератури

1. Criminal Law Convention on Corruption, 27.01.1999. URL: <https://rm.coe.int/168007f3f5> (date of access: 01.02.2021).
2. Конвенція про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, 8 листопада 1990 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_029#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_029#Text) (дата звернення: 01.02.2021).
3. Case of Ramanauskas v. Lithuania: Judgment of the European Court of Human Rights, 5 February 2008 (Application no. 74420/01). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84935> (date of access: 24.01.2021).
4. Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Дніпропетровськ, 2007. 19 с.
5. Бантисhev О. Ф., Кузьмін С. А. Провокація хабара як спеціальний вид співучасті у злочині. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2008. Вип. 19. С. 105–112.
6. Навроцький В. О. Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією. *Вісник Академії правових наук України*. 1998. № 4. С. 157–159.
7. Гродецький Ю. В. Суспільна небезпечність провокації злочину. *Проблеми законності*. 2009. № 102. С. 164–172.
8. Ус О. В. Провокація підкупу: аналіз складу злочину й питання кваліфікації. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2015. Вип. 16(2). С. 66–70.
9. Case of Teixeira de Castro v. Portugal: Judgment of the European Court of Human Rights, 09 June 1998 (Application no. 25829/94). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58193> (date of access: 24.01.2021).
10. Case of Bannikova v. Russia: Judgment of the European Court of Human Rights, 4 November 2010 (Application no. 18757/06). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101589> (date of access: 24.01.2021).
11. Case of Khudobin v. Russia: Judgment of the European Court of Human Rights, 26 October 2006 (Application no. 59696/00). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77692> (date of access: 24.01.2021).
12. Case of Vanyan v. Russia: Judgment of the European Court of Human Rights, 15 December 2005 (Application no. 53203/99). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71673> (date of access: 24.01.2021).
13. Case of Nosko and Nefedov v. Russia: Judgment of the European Court of Human Rights, 30 October 2014 (Applications nos. 5753/09 and 11789/10). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147441> (date of access: 24.01.2021).
14. Case of Taraneks v. Latvia: Judgment of the European Court of Human Rights, 2 December 2014 (Application no. 3082/06). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148268> (date of access: 24.01.2021).
15. Case of Malininas v. Lithuania: Judgment of the European Court of Human Rights, 1 July 2008 (Application no. 10071/04). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87223> (date of access: 24.01.2021).
16. Case of Sequeira v. Portugal: Judgment of the European Court of Human Rights, 20 October 2009 (Application no. 18545/06). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95156> (date of access: 24.01.2021).
17. Case of Milinienė v. Lithuania: Judgment of the European Court of Human Rights, 24 June 2008 (Application no. 74355/01). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87142> (date of access: 24.01.2021).
18. Case of Constantin and Stoian v. Romania: Judgment of the European Court of Human Rights, 29 September 2009 (Applications nos. 23782/06 and 46629/06). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94406> (date of access: 24.01.2021).
19. Case of Lüdi v. Switzerland: Judgment of the European Court of Human Rights, 15 June 1992 (Application no. 12433/86). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57784> (date of access: 24.01.2021).
20. Case of Klass and others v. Germany: Judgment of the European Court of Human Rights, 6 September 1978 (Application no. 5029/71). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510> (date of access: 24.01.2021).

### References

1. Criminal Law Convention on Corruption, Council of Europe, ETS No. 173, 27.01.1999. <https://rm.coe.int/168007f3f5>
2. Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Council of Europe, ETS No. 141, 08.11.1990. [zakon.rada.gov.ua. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_029#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_029#Text) [in Ukrainian].
3. *Ramanauskas v. Lithuania*. ECHR, No. 74420/01, 5 February 2008. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84935>.
4. Alosyna, O. I. (2007). Provo katsiia zlochyну (kryminalno-pravove doslidzhennia) [Provocation of Crime (Criminal Law Study)]. *Extended abstract of candidate's thesis*. Dnipropetrovsk [in Ukrainian].
5. Bantyshev, O. F., & Kuzmin, S. A. (2008). Provo katsiia khabara yak spetsialnyi vyd spivuchasti u zlochyні [Provocation of a bribe as a special kind complicity in the crime]. *Borotba z orhanizovanoiі zlochyinnostiі i koruptsiieiі (teoriia i praktyka) – The fight against organized crime and corruption (the theory and practice)*, 19, 105–112 [in Ukrainian].
6. Navrotskyi, V. O. (1998). Provo katsiia khabara yak mozhlyvyi sposib borotby z koruptsiieiі [The provocation of a bribe as a possible method to fight corruption]. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 4, 157–159 [in Ukrainian].
7. Hrodetskyi, Yu. V. (2009). Suspilna nebezpechnist provokatsii zlochyну [The public danger of the provocation of crime]. *Problems of Legality*, 102, 164–172. <http://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/2399> [in Ukrainian].
8. Us, O. (2015). Provocation of bribery: analysis of corpus delicti and questions of qualification. *Scientific Bulletin of the International Humanities University. Series: Jurisprudence*, 16(2), 66–70. [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu\\_jur\\_2015\\_16%282%29\\_20](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2015_16%282%29_20) [in Ukrainian].
9. *Teixeira de Castro v. Portugal*. ECHR, No. 25829/94, 09 June 1998. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58193>.
10. *Bannikova v. Russia*. ECHR, No. 18757/06, 4 November 2010. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101589>.
11. *Khudobin v. Russia*. ECHR, No. 59696/00, 26 October 2006. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77692>.
12. *Vanyan v. Russia*. ECHR, No. 53203/99, 15 December 2005. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71673>.
13. *Nosko and Nefedov v. Russia*. ECHR, Nos. 5753/09 and 11789/10, 30 October 2014. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147441>.
14. *Taraneks v. Latvia*. ECHR, No. 3082/06, 2 December 2014. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148268>.
15. *Malininas v. Lithuania*. ECHR, no. 10071/04, 1 July 2008. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87223>.
16. *Sequeira v. Portugal*. ECHR, No. 18545/06, 20 October 2009. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95156>.
17. *Miliniene v. Lithuania*. ECHR, No. 74355/01, 24 June 2008. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87142>.
18. *Constantin and Stoian v. Romania*. ECHR, Nos. 23782/06 and 46629/06, 29 September 2009. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94406>.
19. *Lüdi v. Switzerland*. ECHR, No. 12433/86, 15 June 1992. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57784>.
20. *Klass and others v. Germany*. ECHR, No. 5029/71, 6 September 1978. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510>.

*Mykhaylo Buromenskiy, Vitalii Gutnyk*

## THE LEGAL APPROACH TO THE PROVOCATION OF BRIBE AS A VARIETY OF PROVOCATION OF CRIME IN CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The article gives a legal assessment of “provocation of bribe” as a kind of “provocation of crime”. The authors examine the relevant case-law of the European Court of Human Rights (ECHR) and find that the Court does not consider “provocation of bribe” as a provocation of a unique type of crime, but summarizes the situation of “provocation of crime”, including corruption crimes (including, giving a bribe, offering a bribe, receiving a bribe).

The article pays special attention to the fact that the ECHR considers complaints of provocation of bribery in the context of the rights provided for in of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The Court’s position is that the existence of a proven provocation of a crime deprives a person of a fair trial from the very beginning of the proceedings. The article analyzes the signs of incitement to crime, which are an integral part of provocation of crime.

The article emphasizes that the ECHR, when considering relevant cases, refers exclusively to the procedural aspect of bribery provocation, assessing the extent to which the bribery provocation affected the quality of the evidence obtained as a result. In case of considering relevant cases in the national court, the ECHR places the positive obligation to prove the absence of incitement (as a key sign of provocation of a crime) primarily on the prosecution.

Based on the analysis of the case-law of the European Court of Human Rights, the authors draw attention to the fact that covert investigative and operational actions must be carried out in a passive way so as not to create any pressure on a person to commit a crime.

The case-law of the ECHR also provides an opportunity to determine the limits of national courts’ examination of situations in which a defendant claims to be a victim of a “provocation of crime”. The national court must find out the following: 1) motives of decision-making on a covert action; 2) the degree of participation of the law enforcement agency in the commission of the crime; 3) the nature of any incitement or pressure experienced by the applicant; 4) reliable information about the defendant’s participation in such criminal activity.

**Keywords:** corruption, protection of human rights, right to a fair trial, incitement to crime, the notion of provocation.

*Матеріал надійшов 24.01.2021*



Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)