

НАУКОВИЙ ВИСНОВОК
У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ ЩОДО ТОВСТОРОГА В.О.,
ЗАСУДЖЕНОГО ЗА ЧАСТИНОЮ 2 СТАТТІ 307 КК УКРАЇНИ
(НА ВИКОНАННЯ УХВАЛИ СУДДІ ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ
ПОШВИ Б.М. ВІД 16 ЛИПНЯ 2015 РОКУ)¹

Ознайомлення з наданими матеріалами дозволяє висловити такі міркування.

1. Із заяви В.О. Товсторога про перегляд ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) від 26 березня 2015 р. випливає, що ця особа вважає кримінальну справу з обвинувачення її у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК України, схожою за подібністю суспільно небезпечних діянь зі справами, розглянутими касаційними інстанціями 30 жовтня 2012 р. та 15 січня 2013 р. На думку засудженого, суд, на відміну від прийнятих у зазначених справах рішень, не встановив у діях працівників міліції, які виявили вчинений злочин, ознак його провокації. В обґрунтування своєї думки В.О. Товсторог посилається на рішення Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 р.

2. Вивчення поданих для ознайомлення матеріалів (серед яких, на жаль, відсутні вирок Вінницького міського суду від 15 листопада 2012 р. про засудження В.О. Товсторога за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК України, та ухвала Апеляційного суду Вінницької області від 03 лютого 2014 року щодо цього вироку), дозволяє констатувати, що засуджений повторно вчинив незаконний збут гр-ці Воловик Ю.О. особливо небезпечний наркотичний засіб.

3. У зазначеному рішенні ЄСПЛ у справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 р. суд, розмірковуючи з питання про застосування неправомірної провокації, зазначає таке: потрібно розмежовувати

¹ Висновок підготовлено спільно з Є.О. Письменським.

справи, у яких негласні агенти провокують виникнення злочинного наміру, якого до того не було, від тих справ, де підозрюваний уже мав намір вчинити злочин.

4. У національному законодавстві відмежування провокації злочину від правомірних оперативно-розшукових заходів, спрямованих на викриття злочинів, здійснюється на подібних засадах.

Вважається, що при провокації злочину винний сам викликає в інших осіб намір вчинити злочин з метою їх викриття. При проведенні ж правомірних оперативно-розшукових заходів під контроль правоохоронних органів беруться вже наявні процеси, пов'язані з посяганням на відповідний об'єкт кримінально-правової охорони. Критерієм відмежування правомірних дій правоохоронців від провокаційної поведінки в процесі виявлення тих, хто вчиняє злочин, визнаються ініціативні дії з боку останніх, зафіксовані одним із способів, передбачених законодавством. Тому проведення оперативно-розшукових заходів у подібних випадках є не провокацією; такі заходи не ініціюють злочинну поведінку особи, а втручаються в уже триваючу реалізацію злочинного наміру, засвідчуючи при цьому події і факти.

Отже, виявлення і документування ознак злочинів треба вважати правомірною оперативно-розшуковою діяльністю, яка відрізняється від провокації злочину, за умови, що має місце конкретна інформація. Якщо чітко вираженої і зафіксованої ініціативи з боку відповідної особи вчинити злочин немає, а працівники правоохоронних органів лише припускають, що ця особа може це вчинити, підстав для проведення оперативно-розшукових заходів згідно з чинним законодавством не вбачається. Називаючи діяльність правоохоронців із проведення правового експерименту і провокаційну діяльність, що зумовлює вчинення злочину, взаємовиключними поняттями, В.В. Навроцька справедливо зазначає, що проведення правового експерименту не повинне впливати на свідомість ймовірного злочинця, щодо якого здійснюється перевірка, обумовлювати його поведінку. У протилежному випадку матиме місце підбурювання до вчинення злочину, що ігнорує завдання

правоохоронних органів (див.: *Навроцька В.В. Доказове значення даних, здобутих в результаті провокації // Вісник Кримінологічної асоціації України. – 2013. – № 4. – С. 236*).

Підтвердження викладеному вище – контроль за вчиненням злочину як негласна слідча (розшукова) дія (ст. 271 КПК України), суть якої полягає в тому, що за наявності достатніх даних про готування тяжкого чи особливо тяжкого злочину чи якщо такий злочин фактично вже вчиняється, за рішенням прокурора може проводитися контроль за розвитком зазначених злочинних дій з метою їхнього повного виявлення, установлення всіх учасників злочину, його документування та припинення, зокрема у формах спеціального слідчого експерименту та імітування обстановки злочину. При цьому ч. 3 ст. 271 КПК України забороняє під час підготовки та проведення вказаної негласної слідчої (розшукової) дії провокувати (підбурювати) особу на вчинення злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона не вчинила, якби слідчий, співробітник уповноваженого оперативного підрозділу та інші не сприяли цьому, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем.

5. Резюмуючи сказане, треба зазначити, що у випадку наявності у працівників міліції конкретної інформації щодо здійснюваної засудженим злочинної діяльності зі збуту наркотичних засобів, їхні дії із викриття цієї діяльності з використанням контролю за вчиненням злочину можна вважати правомірними. У разі ж, якщо правоохоронці такої інформації не мали, а вплинули на поведінку В.О. Товсторога за власної ініціативи, зумовивши вчинення ним злочину, то є підстави констатувати наявність провокації злочину. Через відсутність зазначених вище процесуальних документів зробити остаточний висновок про те, чи мала місце в аналізованій ситуації провокація злочину, видається неможливим.

При цьому треба враховувати, що особа, яка вчинила злочин унаслідок вчинення щодо неї провокації, згідно з чинним КК України в будь-якому разі підлягає кримінальній відповідальності. У юридичній літературі з цього

приводу зустрічаються різні пропозиції. Так, підкресливши, що законодавець не враховує специфіку провокаційного впливу на особу, яка вчиняє злочин під впливом провокаційної діяльності, О.І. Альошина ініціює доповнення ч. 1 ст. 66 КК України обставиною, яка пом'якшує покарання, у виді вчинення спровокованого злочину. Підтримуючи таку пропозицію, В.В. Навроцька слушно зауважує, що виправдання особи, яка піддалася на вмовляння вчинити злочин, призведе до того, що уникнути справедливої відплати за скоєне зможуть справжні злочинці (наприклад, корупціонери), які завжди зможуть заявити про те, що їх спровокували на вчинення злочину.

6. У поданих для порівняння ухвалах ВССУ, на відміну від справи щодо В.О. Товсторога, з урахуванням фактично встановлених обставин (наприклад, в ухвалі ВССУ від 30 жовтня 2012 р. суд визначив, що в матеріалах справи відсутні будь-які дані, які свідчили б про те, що особа вчинила би збут психотропних речовин без втручання працівників міліції) констатовано наявність ознак спровокованих злочинів.

16 серпня 2015 р.