

УМОВИ ІСНУВАННЯ ПРОВОКАЦІЇ ЗЛОЧИНУ У СПЕЦІАЛЬНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ (IN ABSENTIA)

CONDITIONS FOR THE EXISTENCE OF CRIME PROVOCATION IN SPECIAL CRIMINAL PROCEEDINGS (IN ABSENTIA)

Кіншов Д.С., аспірант кафедри кримінального процесу

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

orcid.org/0009-0005-3093-7253

У статті досліджується питання провокації злочину, зокрема історичний складовий її формування та розвитку судових позицій у низці рішень ЄСПЛ та Верховного Суду США. Автор не залишив поза увагою розвиток сутнісних (матеріальних) та процесуальних критеріїв визначення провокації, які є дієвим інструментом для суду під час перевірки дій правоохоронних органів на їх відповідність ознакам провокації.

Плюралізм думок сформував різні доктринальні підходи до тлумачення поняття «провокація злочину», що вбачається з робіт С. О. Шульгіна, О. М. Дроздова та Загодіренко П. О. У статті виділяється питання ототожнення дефініції «провокація» та «підбурювання», яке доречно відмежовувати між собою з метою уникнення плутанини з інститутом співучасті у кримінальному правопорушенні.

Рукопис піднімає актуальне й методологічно непросте питання перетину провокації з особливими порядками кримінального провадження – насамперед спеціальним досудовим розслідуванням і спеціальним судовим розглядом (in absentia).

Шляхом проведення аналізу судової практики наведено перелік злочинів у справах in absentia, у яких правоохоронні органи зловживають провокацією з метою отримання обвинувальних доказів. Зокрема такими правопорушеннями є злочини пов'язані зі службовою діяльністю (стаття 368 та 369 КК України). Водночас стаття містить перелік кримінальних правопорушень, де провокація майже не трапляється. Наприклад, такими злочинами є державна зрада, колабораційна діяльність, створення терористичної групи чи терористичної організації. Проблематика провокування особи у таких злочинах обумовлена певними особливостями цих правопорушень, а саме: 1) виявлення протиправних дій через певний проміжок часу; 2) відсутність об'єкту провокації – підозрюваного та обвинуваченого під час спеціального досудового розслідування та спеціального судового розгляду.

Автором сформована «тріада умов» провокації у справах in absentia, які повинні діяти у сукупності задля існування такого явища як провокація у справах in absentia. Визначені умови наведені у взаємозв'язку з верифікованими індикаторами, що може слугувати практичною моделлю під час оцінки доказів на відповідність критеріям допустимості.

Ключові слова: провокація злочину, in absentia, спеціальне досудове розслідування, спеціальне кримінальне провадження, за відсутності підозрюваного чи обвинуваченого.

The article examines the issue of entrapment, focusing in particular on the historical foundations of its formation and the development of judicial approaches in a number of decisions of the ECtHR and the U.S. Supreme Court. The author also pays attention to the evolution of substantive (material) and procedural criteria for identifying entrapment, which serve as effective tools for courts when assessing the actions of law-enforcement agencies for compliance with the features of entrapment.

The plurality of opinions has given rise to different doctrinal approaches to interpreting the concept of "entrapment," as evidenced by the works of S. O. Shulhin, O. M. Drozdov, and P. O. Zahodirenko. The article highlights the issue of equating the definitions of "entrapment" and "incitement," which should be distinguished from each other in order to avoid confusion with the institute of complicity in a criminal offense.

The manuscript addresses a relevant and methodologically complex issue – the intersection of entrapment with special procedures of criminal proceedings, particularly special pre-trial investigation and special trial (in absentia).

Through an analysis of case law, the article provides a list of offenses in in absentia proceedings in which law-enforcement agencies abuse entrapment in order to obtain incriminating evidence. In particular, such offenses include crimes related to official activity (Articles 368 and 369 of the Criminal Code of Ukraine). At the same time, the article identifies categories of criminal offenses in which entrapment almost never occurs – for example, treason, collaboration, and the creation of a terrorist group or terrorist organization. Entrapment in such cases is complicated by specific features of these offenses, namely: (1) the detection of unlawful conduct after a certain period of time; and (2) the absence of a subject of entrapment – a suspect or accused – during special pre-trial investigation and special trial.

The author formulates a "triad of conditions" for entrapment in in absentia cases, which must operate cumulatively for such a phenomenon to exist in these proceedings. These conditions are presented in connection with verified indicators, which may serve as a practical model for assessing the admissibility of evidence.

Key words: crime provocation, in absentia, special pre-trial investigation, special criminal proceedings, absence of the suspect or accused.

Питання взаємозв'язку провокації зі справами, що належать до категорії in absentia, є актуальним з 2014 року, коли було прийнято Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини» [1], який регламентував процедуру проведення досудового розслідування та судового розгляду за відсутності підозрюваного та обвинуваченого.

Основна мета написання статті, шляхом проведення аналізу практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) та практики національних судів, надати відповідь на питання: чи характерна для досудового роз-

слідування та судового розгляду, яке проводиться за відсутності підозрюваного чи обвинуваченого (in absentia), провокація?; за яких умов провокація злочину можлива у справах in absentia?

Провокація злочину як явище формувалося доволі поступово та під впливом різних факторів: соціальних, правових, економічних. Тому важливо розглянути її історичні витoki. Такий аналіз допоможе зрозуміти передумови формування цього інституту, прослідкувати зміну ставлення до нього в правовій доктрині та суспільстві і зрозуміти сучасну актуальність цього питання.

На думку Альошиної О. І., історичні корені провокації як правового явища, виходять із законів Древнього Риму, якими встановлювалося правило «provocatio ad

porulum» – процедура прямої апеляції до народу громадянина, засудженого судом магістрату [2, с. 8].

У Сполучений Штатах Америки свого правозастосовного «розквіту» доктрина провокації зазнала у період дії так званого «сухого закону» (1920–1933 рр.), коли поліцейські та федеральні агенти не гребували «провокаційними засобами» для виявлення (чи фактичного «створення») злочинців, винних в обігу заборонених алкогольних напоїв [3, с. 269].

Знаковим та першим судовим рішенням в частині судового тлумачення провокації злочину, є справа Верховного Суду США за часів «сухого закону» – «Sorrells v. United States», 287 U.S. 435 (1932) U.S. Supreme Court. Завдяки цій справі сформувалася доктрина «втягнення у злочинну діяльність», що полягала у втягненні посадовою особою у злочин особу, яка цей злочин не планувала, якби не переконання посадової особи [4].

Естафету розвитку доктрини провокації злочину та поступове формування судових тестів для перевірки провокації у 1998 році підхопив Європейський суд з прав людини у справі «Teixeira de Castro v. Portugal» №44/1997/828/1034 від 09.06.1998 р. вказавши, що участь агентів під прикриттям повинна відбуватися виключно у пасивний спосіб та установивши, що провокація до злочину призводить до порушення прав обвинуваченого на справедливий судовий розгляд [5].

У справі «Ramanauskas v. Lithuania» № 74420/01 від 05.02.2008 р. ЄСПЛ виснував, що поліцейське підбурювання має місце тоді, коли відповідні співробітники чи то співробітники сил безпеки, чи то особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються розслідуванням злочинної діяльності в основному пасивним способом, а здійснюють такий вплив на суб'єкта, який підбурює його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений, з тим, щоб зробити можливим встановлення факту злочину, тобто здобути докази і порушити кримінальне переслідування [6].

Про пасивність дій ЄСПЛ також наголошував у справі «Furcht v. Germany» №54648/09 від 23.10.2014 р., остаточно 23.01.2015, вказавши, що підбурювання з боку поліції має місце тоді, коли відповідні співробітники не обмежуються пасивним розслідуванням злочинної діяльності, а здійснюють такий вплив на суб'єкта, що підбурює його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений, з тим, щоб зробити можливим встановлення злочину, тобто надання доказів і порушення кримінального переслідування [7].

Кожне рішення ЄСПЛ є унікальним та важливим задля утвердження теоретичних та практичних засад провокації злочину. Чого тільки вартує справа «Ramanauskas v. Lithuania» №55146/14 від 20.02.2018 р. зі своєю юридичною спадщиною у вигляді сутнісного (матеріального) та процесуального тесту [8].

Існує велика кількість доктринальних підходів до тлумачення поняття «провокація злочину». Серед них потрібно виділити підхід С.О. Шульгіна, який під провокацією (підбурюванням) має на увазі активні дії службової особи правоохоронного органу або іншої особи, яка була залучена до проведення оперативного-розшукового заходу або негласної слідчої (розшукової) дії, яка, не обмежуючись своїми правомірними діями під час досудового розслідування кримінального провадження, користуючись тим, що особа, яку провокують (підбурюють) на вчинення цього злочину, не знає про проведення щодо неї відповідних передбачених законом заходів, впливає на неї таким чином, щоб спонукати таку особу вчинити кримінальне правопорушення, яке в іншому випадку не було би вчинене, не маючи іншої мети, окрім як подальше викриття особи, створення доказів її винуватості та притягнення до кримінальної відповідальності [9, с. 100].

Запропоноване С. О. Шульгіним тлумачення поняття «провокація злочину» є доволі чітким та таким, що макси-

мально охоплює головні ознаки, а саме: активні дії службових осіб; спонукання особи до вчинення злочину, яке б в іншому випадку такою особою не вчинялося; наявність мети – створення доказів для притягнення особи до відповідальності.

О. М. Дроздов у своїй науковій праці, під час проведення аналізу практики ЄСПЛ, також не оминув питання дефініції провокації злочину. На його думку провокація має місце, коли співробітники правоохоронних органів не обмежуються переважно пасивним встановленням обставин можливого вчинення особою злочину з метою збору відповідних доказів і, при наявності на те підстав, притягнення її до відповідальності, а підбурюють цю особу до вчинення злочину [10, с. 36].

Переважає більшість науковців ототожнюють поняття «провокація» та «підбурювання». Вказані поняття як тотожні також вживаються й у положеннях частини 3 ст. 271 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України). Водночас, Загородіренко П. О. у своїй праці звернула увагу на важливу деталь розмежування провокації злочину від підбурювання. На її думку, по-перше, юридична природа підбурювання до злочину і провокації злочину не є тотожною. Зокрема, для підбурювання властивим є двосторонній суб'єктивний зв'язок між особами, тоді як при провокації такий зв'язок може бути відсутній: провокатор може діяти таємно, шляхом прихованого створення умов і обставин, які обумовлюватимуть подальше викриття особи, яку провокують. По-друге, для провокації обов'язковою суб'єктивною ознакою є спеціальна мета – викриття особи, яку спровокували на вчинення злочину. Натомість така мета відсутня у випадку підбурювання до вчинення злочину [11 с. 159].

На нашу думку дефініції «провокація» та «підбурювання» доречно відмежовувати з метою уникнення плутанини. Інститут співучасті, який закріплений у розділі VI Кримінального кодексу України, визначає кримінально-правове підбурювання, що вчиняється особою, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення кримінального правопорушення. Водночас інститут провокації за своєю правовою природою є зовсім іншим. У розумінні положень частини 3 статті 271 КПК України та практики ЄСПЛ, провокація полягає у вчиненні правоохоронними органами активних дій, що можуть виражатися у ініціативності в контактах, повторних пропозиціях, наполегливих нагадуваннях, задля спонукання особи вчинити злочин та отримання доказів з метою притягнення такої особи до відповідальності.

Цікавим є те, що незважаючи на актуальність питання провокації в судовій практиці ЄСПЛ та інтерес з боку представників наукової сфери, КПК України оминув цей інститут значною нормативно-правовою увагою, зазначивши тільки в частині 3 статті 271 КПК України те, що під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона би не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем [12].

Відсутність належної нормативно-правової визначеності в питанні провокації у КПК України зумовило Верховний Суд приділити особливу увагу уточненню певних механізмів, що допомагають сторонам кримінального провадження та суду визначити наявність або відсутність провокації.

Із метою створення єдиного підходу встановлення провокації колегія суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі: Марчук Олександра Петровича – головуєчий суддя та членів колегії: Матієк Тетяни Василівни, Яковлевої Світлани Володимирівни, справа

№ 404/2409/20, провадження № 51-2742км23, у постанові від 26.09.2023 наголосила, що під час підготовки та проведення заходів із контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, якого вона би не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв. Здобуті в такий спосіб речі та документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні. Зазначені положення процесуального закону узгоджуються з практикою Європейського суду з прав людини, який у своїх рішеннях розробив ряд критеріїв для відмежування провокації від допустимої поведінки правоохоронних органів – змістовний та процесуальний критерії. При цьому під змістовним критерієм розуміється наявність/відсутність суттєвих змістовних ознак, притаманних провокації правоохоронних органів, а під процесуальним – наявність у суду можливості перевірити відомості про ймовірну провокацію під час судового засідання з дотриманням принципів змагальності та рівності сторін. Так, для визначення провокації злочину ЄСПЛ встановив, зокрема, такі критерії: чи були дії правоохоронних органів активними, чи мало місце з їх боку спонукання особи до вчинення злочину, наприклад, прояв ініціативи у контактах з особою, повторні пропозиції незважаючи на початкову відмову особи, наполегливі нагадування, підвищення ціни вище середньої; чи було би скоєно злочин без втручання правоохоронних органів; вагомість причин проведення оперативної закупівлі, чи були у правоохоронних органів об'єктивні дані про те, що особу було втягнуто у злочинну діяльність і чи була суттєвою ймовірність вчинення нею злочину [15].

Верховний Суд колегією суддів Третьою судовою палатою Касаційного кримінального суду у складі головуючого судді: Фомін Сергія Борисовича та членів колегії: Іваненко Ігоря Володимировича, Анісімова Германа Миколайовича виснував, що під час дослідження заяви сторони захисту про наявність провокації у діях органів правопорядку суд має ретельно перевірити доводи сторін з урахуванням позицій, напрацьованих ЄСПЛ стосовно відмежування провокування вчинення злочину, яке суперечить ст. 6 Конвенції, від дозволеної поведінки під час законних таємних методів у кримінальних розслідуваннях, а саме: чи існували об'єктивні підозри в тому, що обвинувачені були причетними до злочинної діяльності або схильними до вчинення кримінального правопорушення; у який момент була залучена особа до конфіденційного співробітництва: до першої зустрічі з посадовцями (що може свідчити про провокацію) або після того, як посадові особи висунули їй вимоги щодо отримання неправомірної вигоди; хто був ініціатором зустрічей першої та подальших; чи носили дії органів правопорядку пасивний характер коли відповідні працівники правоохоронних органів або особи, які діяли за їхніми вказівками, з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів протиправної діяльності, впливали на суб'єкта, схилиючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений; чи була особа, яка залучена до конфіденційного співробітництва, залежною від правоохоронних органів [16].

Провокація має вираження у різних формах, що підтверджує її складний і багатоаспектний характер. Як наголошує Дроздов О.М., ЄСПЛ в своїй практиці визнає можливість «непрямої» провокації (рішення у справах Akbay and others v. Germany від 15.10.2020, заява № 40495/15 та інші, § 117, Leas v. Lithuania від 01.03.2011, заява № 13109/04, § 45), коли особа безпосередньо не контактувала з поліцейськими під прикриттям, але була залучена до правопорушення співучасником, який був безпосередньо підбурений до вчинення правопорушення з боку поліції, якщо дії поліції спонукали до вчинення злочину і цю наступну особу. Для встановлення наявності чи відсутності непрямої (опосередкованої) провокації в таких

випадках суд має перевірити, (1) чи передбачалося для поліції, що особа, безпосередньо підбурювана до вчинення правопорушення, буде контактувати з іншими особами для участі у правопорушенні; (2) чи діяльність цієї особи також визначається поведінкою поліцейських та (3) чи вважали причетних осіб співучасниками злочину національні суди [17 с. 196].

Отже, історична складова інституту провокації злочину вказує на його довгий та складний шлях розвитку. На початку це було певне явище, що мало своє відображення у законах Древнього Риму, але в подальшому таке явище трансформувалося в самостійний інститут, який сьогодні є постійним об'єктом уваги з боку Європейського суду з прав людини, національних судів та наукового дослідження.

Правозастосовна практика вказує на те, що провокування до вчинення злочину з боку правоохоронних органів є характерним для різних видів правопорушень. Зокрема, переважна більшість таких справ стосується «білокомірцевих злочинів» та злочинів пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів.

Провокування з боку правоохоронних органів застосовується, навіть, у злочинах проти життя та здоров'я особи. Яскравим прикладом цього є справа ЄСПЛ «Yakhymovych v. Ukraine» № 23476/15 від 16.12.2021 р., остаточне 09.05.2022, де національні суди визнали винуватим обвинуваченого в підбурюванні до вчинення вбивства (замах) на замовлення [18].

Рішення ЄСПЛ «Yakhymovych v. Ukraine» [18] є знаковим. Як зазначила О.В. Капліна, особливості цієї справи є те, що заявник не визнав себе винним під час судового розгляду в першій інстанції, втім ЄСПЛ, розглянувши справу та з огляду на сукупність процесуальних недоліків, та характер захисту, який був використаний, не виключив справу з категорії «справа про провокацію злочину», розглянувши її по суті та визнав порушення ЄКПЛ. Осмислення аргументації суду у цій справі обумовлює уважність аналізу правниками мотивів рішень ЄСПЛ з урахуванням індивідуальних обставин кожної справи. Такий досвід є доволі цінним для сторони захисту та сприятиме формуванню орієнтирів для побудови ефективної правової позиції у справах про провокацію та водночас актуалізує обговорення питання про можливий відхід суду від установленої практики, відповідно до якої визнання вини обвинуваченим вважалося умовою прийнятності скарги про провокацію та її розгляду [19, с. 223].

Під час впровадження в Україні воєнного стану та внаслідок криміналізації продажу гуманітарної допомоги у Кримінальному кодексі України (далі – КК України) провокація стала характерним й для злочинів у сфері господарської діяльності, підтвердженням чого є стаття «Провокація злочину у справах про використання гуманітарної допомоги (стаття 201-2 КК): вигадки чи реальність?» у якій Олексій Гура підняв питання можливості існування провокації під час продажу предметів гуманітарної допомоги [20].

Тобто, правоохоронні органи вдаються до провокації у різноманітних категоріях кримінальних правопорушень. Однак, такі провокативні дії вчиняються у провадженнях, де підозрюваний або обвинувачений присутній. Але, якщо на досудовому розслідуванні або під час судового розгляду підозрюваного чи обвинуваченого немає? Чи можливо спровокувати того, хто відсутній?

Щоб надати відповіді на вищевказані питання, для початку, необхідно зрозуміти природу, особливості та підстави формування спеціального кримінального провадження.

Виникненню спеціального кримінального провадження за відсутності підозрюваного або обвинуваченого (in absentia) зумовила диференціація кримінальної процесуальної форми шляхом її поділу на особливі порядки кримінального провадження.

Відповідно до статті 297-1 та частини 3 статті 323 КПК України, кримінально процесуальне законодавство до справ *in absentia* відносить спеціальне досудове розслідування, яке здійснюється за відсутністю підозрюваного та спеціальний судовий розгляд, що відбувається без обвинуваченого [12].

Законодавець вирішив не відносити спеціальне кримінальне провадження *in absentia* до VI розділу КК України, який регламентує особливі порядки кримінального провадження. Однак, доктринальний підхід сформував іншу позицію. Наприклад, Демура М.І., у своїй статті, до особливих порядків кримінального провадження відносить спеціальне досудове розслідування кримінальних правопорушень, яке регламентовано главою 24-1 КПК України [21, с. 257–258].

Досліджуючи природу та особливості інституту спеціального кримінального провадження А. В. Шевчишин вказав, що спеціальне досудове розслідування – це екстраординарний порядок здійснення досудового розслідування, який застосовується у передбачених кримінальним процесуальним законом випадках ухилення підозрюваного від кримінальної відповідальності шляхом переховування від органів слідства та суду, спрямований на забезпечення доказування на стадії досудового розслідування у кримінальному провадженні з урахуванням стандартів справедливого правосуддя [22, с. 132].

Основні ознаки кримінального провадження за відсутності підозрюваного, обвинуваченого (*in absentia*) були сформовані Дроздовим О. М. Такими ознаками є: 1) ускладнена форма кримінального провадження, порівняно з ординарним порядком кримінального провадження; 2) метою виокремлення заочного кримінального провадження є необхідність виконання завдань кримінального провадження за умови обов'язкового дотримання прав та законних інтересів осіб, щодо яких здійснюється кримінальне переслідування, їх права на справедливий суд (ст. 6 КЗПЛ); 3) кримінальне провадження за відсутності підозрюваного або обвинуваченого (*in absentia*) є полістадійним, його специфіка втілюється у відповідних особливостях спеціального досудового розслідування (глава 24' КПК) та спеціального судового провадження (ст. 323 КПК); 4) особливості заочного кримінального провадження зумовлені перш за все такими сутнісними ознаками цього особливого порядку, як те, що підозрюваний, обвинувачений, крім неповнолітнього, переховується від органів слідства та суду на ТОТ, на території держави, визнаної ВР України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук або ж щодо підозрюваного, стосовно якого уповноваженим органом прийняте рішення про передачу його для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся. Інакше кажучи, таке кримінальне провадження відбувається за відсутності підозрюваного, обвинуваченого (фактична підстава). Разом із тим спеціальне досудове розслідування здійснюється на підставі ухвали слідчого судді, а спеціальне судове провадження – відповідно на підставі ухвали суду (юридична підстава); 5) у провадженні за відсутності підозрюваного чи обвинуваченого при реалізації засад кримінального провадження враховуються особливості, встановлені законом [23, с. 174–178].

Таким чином, кримінальне провадження за відсутності підозрюваного або обвинуваченого (*in absentia*) являє собою полістадійну ускладнену форму кримінального провадження, яка зумовлена специфічними фактичними та юридичними підставами його здійснення, містить додаткові гарантії дотримання прав осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні, та відрізняється особливостями реалізації окремих засад кримінального провадження [23, с. 178].

Тож, чи може спеціальне кримінальне провадження, зі своїми особливостями, що полягають у відсутності під-

озрюваного чи обвинуваченого (*in absentia*), взаємодіяти з таким явищем як провокація?

Проведений аналіз правозастосовної практики на предмет провокації у справах *in absentia* дає зрозуміти, що активні дії правоохоронних органів, які полягають у провокуванні особи до вчинення злочину, не користуються особливою популярністю у спеціальному кримінальному провадженні. Водночас захисники намагаються використовувати як інструмент захисту – доведення обставин провокації з боку правоохоронних органів у справах *in absentia*.

Для прикладу можна навести вирок від 21 листопада 2024 року у справі № 310/5055/19, де Вищий антикорупційний суд у складі головуючого судді Галабала Маркіяна Васильовича та суддів-учасників колегії: Крикливого Віталія Вікторовича, Ногачевського Віктора Вікторовича розглядав кримінальне провадження відкрите 08 листопада 2018 року у якому діянні обвинувачуваних кваліфіковано за статтею 368 КК України. Судовий розгляд, у вказаній справі, розпочався ще у 2019 році. Однак, у зв'язку з військовою агресією російської федерації проти України та враховуючи місце проживання обвинувачених (м. Маріуполь), сторона обвинувачення у 2022 році звернулося до суду з клопотання про оголошення обвинувачених у розшук, а у 2024 році, після відновлення судового провадження, подало до суду клопотання про здійснення спеціального судового провадження, яке було задоволено судом. Тому подальший розгляд справи здійснювався за відсутності обвинувачених. Водночас, правова позиція сторони обвинувачення полягала в тому, що суддя висловив прохання надати неправомірну вигоду для себе за вчинення в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, дій з використанням наданої влади та службового становища та будучи службовою особою, яка займає відповідальне становище, 19 листопада 2018 року та 06 грудня 2018 року одержав неправомірну вигоду для себе за вчинення в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, дій з використанням наданої влади та службового становища, а помічник судді, в свою чергу, діючи як пособник, сприяв в одержанні ним неправомірної вигоди за прийняття ним рішення про закриття провадження у справі. Правова позиція сторони захисту, зокрема, полягала в наполегливих доводах про наявність провокативних дій правоохоронного органу. Як і у першій справі, що наводилась, суд не встановив ознаки провокативних дій у поведінці правоохоронних органів та наголосив, що дії, які призвели до істотного впливу на поведінку обвинувачених, не встановлено [24].

Розгляд судової справи № 369/12790/18 здійснювався суддями Вищого антикорупційного суду, а саме: Сердюковою Інною Олександрівною – головуючий суддя та суддями-учасниками колегії: Кравчук Олексієм Олеговичем, Крук Євгеном Васильовичем. У межах судової справи № 369/12790/18 прийнято вирок від 30 листопада 2023 року та встановлено, що розгляд справи здійснювався за відсутності обвинуваченого діяння якого були кваліфіковані за частиною 4 статті 368 КК України та внесенні до ЄРДР 08 травня 2018 року. Обвинувальний вирок до суду було передано в 2018 році, але в 2023 році детективом НАБУ встановлено, що обвинувачений виїхав з України та не повернувся, що стало підставою для оголошення особи у розшук та призначення спеціального судового провадження. Обвинувачення наголошувало, що особа вчинила кримінальне правопорушення – пособництво в одержанні 24 травня 2018 року службовою особою неправомірної вигоди в особливо великих розмірах за вчинення в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, дій з використанням наданої їй влади. На думку сторони захисту мала місце провокація злочину з боку правоохоронних органів. Однак, судом було наголошено на відсутності доказів у матеріалах кримінального провадження, які б свідчили б про надмірну активність правоохоронних органів, відтак, відсутні ознаки, притаманні провокації

злочину правоохоронними органами, а саме спонукання до вчинення злочину [26].

Вироком суду від 27 червня 2025 року у справі № 521/1303/24 суддею Хаджибейського районного суду міста Одеси Федоренко Тетяною Іванівною обвинуваченого визнано винним у вчиненні злочину передбаченого ч. 3 ст. 369 КК України. Відомості щодо протиправних дій внесено до ЄРДР 16.08.2022 року. Під час досудового розслідування підозрюваного було оголошено у розшук, оскільки останній переховувався від органу досудового розслідування. Ухвалою слідчого судді надано дозвіл на здійснення спеціального досудового розслідування відносно підозрюваного у кримінальному провадженні. Обвинувачений в судові засідання також не прибув, викликався до суду шляхом публікації повісток про його виклик у засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження в газеті центральних органів виконавчої влади України «Урядовий кур'єр», офіційному веб-сайті Судової влади України та шляхом направлення повісток за останнім відомим місцем проживання обвинуваченого. Із урахуванням викладеного, суд дійшов висновку про наявність правових підстав для здійснення спеціального судового провадження у відношенні обвинуваченого та проведення судових засідань за його відсутністю. У межах вказаного провадження стороною обвинувачення наполягало, що 23.08.2022 року обвинувачений, переслідуючи свій злочинний умисел, спрямований на пропозицію та надання неправомірної вигоди службовій особі, яка займає відповідальне становище, запропонував та передав грошові кошти у службовій особі. Водночас стороною захисту висловлювала припущення наявності провокації вчинення кримінального правопорушення. Однак суд наголосив, що з досліджених судом матеріалів даного кримінального провадження вбачається, що жодних відомостей, які б свідчили про провокацію вчинення кримінального правопорушення немає і стороною захисту будь-яких конкретних обставин на підтвердження вказаних доводів не наведено [27].

Проведений аналіз судової практики вказує, що інститут провокації злочину у кримінальному провадженні за відсутності підозрюваного, обвинуваченого (in absentia) може існувати у кримінальних правопорушеннях пов'язаних із службовою діяльністю (стаття 368 та 369 КК України). Водночас кримінальне провадження за відсутності підозрюваного, обвинуваченого (in absentia) не обмежується виключно злочинами у сфері службової діяльності, а є характерним різним видам кримінальних правопорушень, які можливо класифікувати за об'єктом, якому злочином завдається шкода, а саме: 1) *злочини проти основ національної безпеки* (стаття 109, 110, 110-2, 111, 111-1, 111-2, 112, 113, 114, 114-1, 114-2 КК України); 2) *злочини проти життя та здоров'я особи* (стаття 115, 116, 118, частина друга стаття 121, частина друга стаття 127 КК України); 3) *злочини проти волі, честі та гідності особи* (частина друга і третя статті 146, стаття 146-1, 147 КК України); 4) *злочини проти власності* (частина друга – п'ята статті 191 (у випадку зловживання службовою особою своїм службовим становищем); 5) *злочину у сфері господарської діяльності* (стаття 209 КК України); 6) *злочину проти громадської безпеки* (стаття 255-258-6); 7) *злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та кримінальні правопорушення проти журналістів* (стаття 348); 8) *злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг* (стаття 364, 364-1, 365, 365-2, 368, 368-2, 368-3, 368-4, 369, 369-2, 370 КК України); 9) *злочини проти правосуддя* (стаття 379, 400 КК України); 10) *злочини проти встановленого порядку несення військової служби* (стаття 408 КК України); 11) *злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку* (436, 436-1, 437,

438, 439, 440, 441, 442, 442-1, 443, 444, 445, 446, 447 КК України) [28].

Наразі переважна більшість кримінальних проваджень за відсутності підозрюваного, обвинуваченого (in absentia) характерна злочинами кваліфікованим за статтями 111 (*Державна зрада*), 111-1 (*Колабораційна діяльність*), 258-3 (*Створення терористичної групи чи терористичної організації*) [28]. Діяння підозрюваних та обвинувачених, у вказаних злочинах, націлено на заподіяння шкоди основам національної та громадської безпеки. Однак, як показує судова практика, провокація не є характерною вказаним злочинам. На нашу думку, це обумовлено їх специфікою, а саме: 1) виявлення протиправних дій через певний проміжок часу; 2) відсутність об'єкту провокації (підозрюваного/обвинуваченого) під час спеціального досудового розслідування та спеціального судового розгляду.

Основною ознакою провокації є спонукання особи до вчинення злочину, яке б в іншому випадку такою особою не вчинялося, та наявність мети – створення доказів для притягнення особи до відповідальності. Однак, якщо на досудовому розслідуванні відсутній об'єкт провокування, то відповідно правоохоронні органи позбавлені можливості вчинити будь-який вплив на цей об'єкт, що унеможливує створення доказів для доведення винуватості особи.

Вважаємо, що провокація злочину у кримінальному провадженні in absentia можлива за наявності умов, які повинні існувати в сукупності: 1) перебування особи під юрисдикцією правоохоронних органів; 2) вчинення протиправних дій особою під контролем правоохоронних органів впродовж всього досудового розслідування або його частини або вчинення таких дій під час проведення правоохоронними органами інших заходів; 3) спонукання особи до вчинення злочину. Така конструкція відображає правову природу провокації у заочному кримінальному провадженні (in absentia) як наслідок протиправного та активного втручання обвинувачення, що не відповідає принципу справедливого судового розгляду закріпленого у ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [13].

Умови існування провокації злочину у кримінальному провадженні in absentia доречно розглянути через призму системи верифікованих індикаторів, що ґрунтуються на практиці ЄСПЛ (наприклад, справах Teixeira de Castro v. Portugal» №44/1997/828/1034 від 09.06.1998 р. [5], «Ramanauskas v. Lithuania (№2)» №55146/14 від 20.02.2018 р. [8]), а також національної судової практики [15; 16]. У практичній площині верифіковані ідентифікатори у взаємозв'язку з «тріадою умов» провокації у справах in absentia забезпечать можливість виявлення активної діяльності правоохоронних органів, а отже і встановлення ознак провокації.

Так, ознакою того, що особа перебуває під юрисдикцією правоохоронних органів, що є першою умовою, може бути ініціатива, яка надходить з боку правоохоронних органів, у контактах та зустрічах з особою.

Контрольованість правоохоронних органів вчинення протиправних дій особою, як друга умова, полягає у: залученні таємних агентів (агентів-провокаторів) або штатних заявників; повнота аудіо- чи відеофіксації; надання доступу до всіх речових доказів, якими володіє обвинувачення, як на користь обвинуваченого, так і проти нього, у порядку статті 290 КПК України.

Релевантними індикаторами останньої, третьої умови – спонукання до вчинення злочину, є: активні дії правоохоронних органів; повторні пропозиції незважаючи на початкову відмову особи; наполегливі нагадування; підвищення ціни вище середньої; вагомість причин проведення оперативної закупівлі; наявність суттєвої ймовірності вчинення обвинуваченим злочину.

Перелік умов існування провокації злочину у справах in absentia з використанням системи верифікованих індикаторів трансформує запропоновану теоретичну модель у практичну форму, що може бути використана під час оцінки доказів на відповідність їх критеріям допустимості.

Провокація як явище є складною структурою. Недоречно вказувати, що провокація злочину започатковується в момент вчинення правоохоронними органами активних дій, а закінчується внаслідок досягнення мети – отримання доказів винуватості особи. З такої точки зору, провокація була б характерна виключно спеціальному досудовому

розслідуванню. Однак, процесуальна складова, пов'язана з доведенням провокації, здійснюється і на стадії спеціального судового розгляду. Тому, можливо дійти до висновку, що інститут провокації злочину характерний спеціальному кримінальному провадженню, однак за наявності обов'язкових умов: особа, перебуваючи під юрисдикцією та контролем правоохоронних органів у продовж всього спеціального кримінального провадження або його частини, вчиняє злочин внаслідок активних дій правоохоронних органів. Відсутність хоча б одного з елементів «тріади умов» провокації унеможливає її верифікацію у справах in absentia.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини: Закон України від 07.10.2014 № 1689-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1689-18#Text> (дата звернення 22.10.2025).
2. Альошина О.І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: 12.00.08. Дніпропетровськ. 2007. 8 с.
3. Roiphe R. The Serpent Beguiled Me: A History of the Entrapment Defense / R. Roiphe // Seton Hall Law Review. – 2003. – № 33. – С. 257–302.
4. «Sorrells v. United States», 287 U.S. 435 (1932) U.S. Supreme Court.
5. Teixeira de Castro v. Portugal. ECHR Judgment (09.06.1998). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58193>.
6. Ramanauskas v. Lithuania. ECHR Judgment (05.02.2008). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84935>.
7. Furcht v. Germany. ECHR Judgment (23.10.2014). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147329>.
8. Ramanauskas v. Lithuania» №2. ECHR Judgment (20.02.2018). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180850>.
9. Шульгін С.О. Провокація (підбурювання) особи на вчинення злочину працівниками правоохоронного органу як підстава для закриття кримінального провадження або постановлення виправдувального вироку. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. Вип. 1. С. 96–102.
10. Дроздов О.М. Актуальні питання здійснення захисту від провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину у світлі практики Європейського суду з прав людини. *Вісник Кримінального судочинства*. 2016. Вип. 2. С. 31–44.
11. Загородіренко П.О. Провокація злочину: кримінально-правовий аналіз та удосконалення діючого законодавства. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2013. Вип. 6-1. Т. 2. С. 157–159.
12. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.
13. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. *Верховна Рада України*: [сайт]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.
14. Постанова Верховного Суду колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 02 лютого 2023 р., судова справа № 161/13738/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108822263> (дата звернення: 23.10.2025).
15. Постанова Верховного Суду колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 26 вересня 2023 р., судова справа № 404/2409/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/113817265> (дата звернення: 23.10.2025).
16. Постанова Верховного Суду колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду від 12 травня 2021 р., судова справа № 750/10362/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96933490> (дата звернення: 23.10.2025).
17. Дроздов О.М. Непряма провокація вчинення кримінального правопорушення: кримінальний процесуальний аспект. *Кримінальна юстиція в Україні: реалії і перспективи*: матеріали круглого столу (м. Львів, 11 червня 2021 р.). Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ., 2021. С. 189-197.
18. Yakhymovych v. Ukraine. ECHR Judgment (16.12.2021). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-214013>.
19. Капліна О.В. Провокація у кримінальному провадженні: особливості рішень ЄСПЛ щодо України. Аналітично-порівняльне правознавство: електрон. наук. вид. 2025. Вип. 4 (3). URL: <https://app-journal.in.ua/2025-4-chastyna-3> (дата звернення: 23.10.2025).
20. Гура О.П. Провокація злочину у справах про використання гуманітарної допомоги (стаття 201-2 КК): вигадки чи реальність. *Публічне право*. 2023. Вип. 2. Ч. 50. С. 75–84.
21. Демура М.І. Аналіз правових позицій Верховного Суду щодо регламентації особливих порядків кримінального провадження. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2022. Вип. 1. С. 256-260.
22. Шевчишен А.В. поняття спеціального досудового розслідування (in absentia) та його функціональне призначення у кримінальних провадженнях щодо корупційних злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. *Вісник Кримінального судочинства*. 2017. Вип. 2. С. 125–134.
23. Дроздов О.М. Особливі порядки кримінального провадження: підручник / за ред. О.В. Капліної. Харків: Право, 2024. Розд. 8. С. 176–206.
24. Вирок Вищого антикорупційного суду від 21 листопада 2023 р., судова справа № 310/5055/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123193489> (дата звернення: 23.10.2025).
25. Вирок Вищого антикорупційного суду від 30 листопада 2023 р., судова справа № 369/12790/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115308501> (дата звернення: 23.10.2025).
26. Вирок Хаджибейського районного суду міста Одеси від 27 червня 2025 р., судова справа № 521/1303/24. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/128455967> (дата звернення: 23.10.2025).
27. Кримінальний кодекс України: Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

Дата першого надходження рукопису до видання: 20.11.2025
 Дата прийнятого до друку рукопису після рецензування: 11.12.2025
 Дата публікації: 30.12.2025