

NUSIKALSTAMOS VEIKOS IMITACIJOS MODELIO KAIP TEISĖTO TYRIMO VEIKSMO ATSKYRIMAS NUO DRAUDŽIAMO PROVOKAVIMO DARYTI NUSIKALSTAMĄ VEIKĄ

Gintaras Goda

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto
Baudžiamosios justicijos katedros docentas
socialinių mokslų daktaras
Saulėtekio al. 9, I rūmai, LT-00117 Vilnius
Tel. (+370 5) 236 61 74
El. paštas: g.goda@lat.lt

Straipsnyje ieškoma atsakymo į klausimą, kokios Lietuvos teismų daromos klaidos lėmė, kad Europos žmogaus teisių teismas 2008 metais išnagrinėtoje byloje Ramanauskas prieš Lietuvą ir Malininas prieš Lietuvą nustatė, jog pareiškėjai, taikant jiems nusikalstamos veikos imitacijos modelį, buvo išprovokuoti padaryti nusikalstamas veikas. Autorius pateikia sąrašą kriterijų, kuriais vadovaujantis teismų praktikoje sprendžiant provokacijos atskyrimo nuo teisėtų veiksmų klausimus būtų išvengta žmogaus teisių pažeidimų.

Der Aufsatz erörtert im Jahre 2008 erschienene Urteile des EGMR in Fällen Ramanauskas v. Litauen und Malininas v. Litauen. Der Autor sucht die Antwort auf die Frage über die Fehler in der Rechtsprechung die Feststellung der Verletzung der EMRK verursacht haben. Der Autor versucht die Kriterien für die Rechtspraxis zu formulieren welche die Unterscheidung zwischen zulässigen Prozesshandlungen und Tatprovokation ermöglichen.

Įvadas

Lietuvos Respublikos operatyvinės veiklos įstatyme¹ ir Baudžiamojo proceso kodekse² numatoma galimybė taikyti nusikalstamos veikos imitacijos modelį, t. y. su teisėsaugos pareigūnų žinia atlikti veiksmus, formaliai atitinkančius nusikalstamos veikos požymius. Toks elgesys įstatymų leidžiamas norint atskleisti daro-

mus nusikaltimus. Vykstant baudžiamajam procesui šį veiksma taikyti galima pagal BPK 159 straipsnį, kurio 1 dalyje numatoma, kad „Prokuroras, iš asmens gavęs informaciją, kad tam asmeniui siūloma padaryti nusikaltimą ar dalyvauti jį darant, gali kreiptis į ikiteisminio tyrimo teisėją su prašymu leisti tam asmeniui atlikti nusikalstamą veiką imituojančius veiksmus, kad būtų įmanoma išaiškinti nusikaltimus darančius asmenis. Prokuroro prašymo turinys turi atitikti šio straipsnio 2 dalyje

¹ Toliau tekste – OVĮ.

² Toliau tekste – BPK.

nurodytos nutarties turinį“. OVĮ 3 straipsnio 19 dalyje pateiktas šio veiksmo apibrėžimas: „Nusikalstamos veikos imitacijos modelis – sankcionuoti veiksmai, formaliai turintys nusikalstamos veikos ar kito kio teisės pažeidimo požymių, atliekami siekiant apginti nuo nusikalstamo kėsini-mosi įstatymų saugomas asmens teises ir laisves, nuosavybę, visuomenės ir valsty-bės saugumą.“

Pagal abu įstatymus (BPK ir OVĮ) veiksmus, formaliai turinčius nusikalstamos veikos požymių, gali atlikti ne tik pareigūnai, bet ir kiti fiziniai asmenys [10, p. 403]. BPK ar OVĮ nustatyta tvarka nusikalstamą veiką imituojančius veiksmus atliekantis asmuo laikomas vykdančiu teisė-saugos institucijos užduotį, o teisėsaugos užduoties vykdymas pagal Baudžiamojo kodekso 32 straipsnį yra baudžiamąją at-sakomybę šalinanti aplinkybė³.

Nors apibrėžimas, kas yra nusikalsta-mos veikos imitacijos modelis, lyg ir aiš-kus, taikant šį veiksma kyla nemažai ne-aiškumų ir sunkumų. Sudėtingiausia teisi-nėje praktikoje aiškiai atsakyti į klausimą, kada valstybės pareigūnų veiksmai laiky-tini teisėtais, o kada gali būti įvardijami kaip provokacija. Pagrindinis šaltinis, kur galima ieškoti atsakymų į šį klausimą, yra Europos žmogaus teisių teismo⁴ jurispru-dencija. 2008 metais modelio taikymo praktikos atitiktis 1950 metų Žmogaus tei-sių ir pagrindinių laisvių apsaugos konven-cijos (EDTK) reikalavimams buvo tikrinta

³ Plačiau apie tai, kas laikoma teisėsaugos užduo-ties vykdymu, žr.: Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso komentaras. Bendroji dalis (1–98 straipsniai). Vilnius, 2004. P. 203–209.

⁴ Toliau tekste – EŽTT arba Strasbūro teismas.

EŽTT net trijose bylose prieš Lietuvą. Šiose bylose EŽTT pateikti išaiškinimai lietuviškoje teisės literatūroje kol kas ne-analizuoti. Šis straipsnis laikytinas pirmu išsamesniu bandymu suformuluoti taisy-kles, pagal kurias turėtų būti sprendžiama, ar, taikant nusikalstamos veikos imitacijos modelį, nebuvo pažeistos žmogaus teisės. Provokavimo problema straipsnyje apta-riamais aspektais lietuviškoje teisės litera-tūroje nenagrinėta. Straipsnyje analizuoja-mi naujausi EŽTT sprendimai kol kas nėra išsamiau tirti ir žinomuose užsienio teisės literatūros šaltiniuose.

1. Slaptų tyrimo veiksmų samprata EŽTT jurisprudencijoje

Pagal EŽTT jurisprudenciją veiksmas, kuris mūsų teisės sistemoje vadinamas nusikalstamos veikos imitacijos modeliu, patenka į specialiųjų (slaptųjų) technikų (angl. *special (undercover) techniques*) sąvoką, o situacijos, kai tam tikras asmuo imituoja nusikalstamus veiksmus, nagri-nėjamos kaip slapto agento atskyrimo nuo agento provokatoriaus (pagal EŽTT jurisprudenciją „*undercover agent*“ ir „*agent provocateur*“) problema. EŽTT yra ne kartą pažymėjęs, kad renkant įrodymus dėl pavojingiausių nusikaltimų pradėtuose procesuose „specialiųjų technikų“ taiky-mas EŽTK savaime nepažeidžia. Tiriant nusikalstamas veikas narkotinių ir psicho-tropinių medžiagų platinimo srityje, korup-cinius nusikaltimus, kovojant su terorizmu, organizuoto nusikalstamumo grėsmėmis, pasiekti norimų rezultatų nenaudojant slap-to pobūdžio veiksmų dažnai yra neįmano-ma. Slaptų tyrėjų („*undercover agent*“)

veikla yra pateisinama, jei slaptas tyrimas neperauga į provokavimą daryti nusikalstamą veiką, t. y. slaptas agentas nevirsta agentu provokatoriumi.

Šie EŽTT išaiškinimai nekelia jokių abejonių. Pas mus taip pat visuotinai sutariama, kad provokuoti daryti nusikalstamą veiką yra draudžiama. Tai pasakyta ir BPK, ir OVĮ. BPK 159 straipsnio 3 dalyje nurodyta, kad „Atliekant nusikalstamą veiką imituojančius veiksmus, draudžiama provokuoti asmenį padaryti nusikalstamą veiką“. OVĮ 6 straipsnio 5 dalyje, be draudimo provokuoti, yra pateikiama ir provokacijos samprata: „Operatyvinės veiklos subjektams draudžiama provokuoti asmenis padaryti nusikalstamas veikas. Provokacija – tai spaudimas, aktyvus skatinimas ar kurstymas padaryti nusikalstamą veiką apribojant asmens veiksmų pasirinkimo laisvę, jei dėl to asmuo padaro ar kėsinasi padaryti nusikalstamą veiką, kurios prieš tai neketino padaryti.“ Nustačius, kad baudžiamojon atsakomybėn patrauktas asmuo buvo išprovokuotas daryti nusikalstamą veiką, turi būti konstatuojamas EŽTK 6 straipsnio 1 dalyje įtvirtinto teisingo (sąžiningo) proceso principo pažeidimas. Ar šis principas nepažeidžiamas Lietuvoje, EŽTT 2008 m. nagrinėjo bylose *Ramanauskas prieš Lietuvą (Application no. 74420/01, judgment of 5 February 2008)*, *Milinienė prieš Lietuvą (Application no. 74355/01, judgment of 24 June 2008)* ir *Malininas prieš Lietuvą (Application no. 10071/04, judgment of 1 July 2008)*. EŽTT padarytos išvados rodo, kad mūsų teismų praktika ne visais atvejais atitiko EŽTK įtvirtintus principus.

2. 2008 metais EŽTT išnagrinėtų bylų prieš Lietuvą faktinės aplinkybės

Sprendimas byloje *Ramanauskas prieš Lietuvą* išskirtinis, nes priimtas EŽTT Didžiosios kolegijos. Byla nagrinėta pagal asmens, kuris Lietuvoje buvo nuteistas už 2500 JAV dolerių (tartasi dėl 3000 JAV dolerių) kyšio paėmimą, pareiškimą. Pareiškėjas, dirbęs prokuroru, Lietuvoje buvo nuteistas už neteisėtą piniginių atlygį duotą pažadą traukiamam baudžiamojon atsakomybėn asmeniui padėti išvengti atsakomybės, t. y. užtikrinti bylos nutraukimą. Kyšis buvo paimtas iš Specialiųjų tyrimų tarnyboje (STT) dirbančio A. Z., kurį su pareiškėju supažindino V. S. Kelis kartus A. Z. kartojo pareiškėjui siūlymą paimti kyšį, pareiškėjas iš pradžių kelis kartus atsisakęs, vėliau su pasiūlymu sutiko. Byloje buvo teigiama, kad A. Z. ir V. S. iš pradžių veikė savo iniciatyva kaip privatūs asmenys ir nusikalstamos veikos imitavimo modelio taikymas buvo sankcionuotas tik po to, kai pareiškėjui sutikus paimti kyšį, A. Z. apie tai pranešė STT. EŽTT pareiškėjas teigė, kad jis buvo išprovokuotas padaryti nusikalstamą veiką. EŽTT su šiais pareiškėjo argumentais sutiko ir nustatė, kad pareiškėjo teisė į teisingą (sąžiningą) procesą buvo pažeista. Pažeidimas nustatytas konstatavus, jog nacionalinės institucijos neigė bet kokią provokaciją ir nesiėmė priemonių teismų lygmeniu išnagrinėti tokius pareiškėjo teiginius. EŽTT taip pat padarė išvadą, kad pareiškėjas buvo išprovokuotas padaryti nusikalstamą veiką ir niekas nerodo, jog veika būtų padaryta be su pareiškėju kontaktavusių asmenų įsikišimo.

Byloje *Malininas prieš Lietuvą* taip pat nustatytas EŽTK 6 straipsnio 1 dalyje įtvirtinto teisingo (sąžiningo) proceso principo pažeidimas. Pareiškėjas Lietuvoje nuteistas už didelio kiekio psichotropinių medžiagų neteisėtą įgijimą, laikymą, gabenimą, turint tikslą parduoti, ir šių medžiagų pardavimą nusikalstamą veiką imituojančio modelio dalyviui. EŽTT konstatavo, kad slaptai veikusių pareigūnų veiksmai nebuvo „prisijungimas“ prie nusikalstamos veikos, o reiškė jos išprovokavimą, slaptųjų agentų vaidmuo išsiplėtė iki agentų provokatorių vaidmens, nes pareigūnas užmezgė kontaktą su pareiškėju, pareiškėjui buvo siūlyta didelė pinigų suma – 3000 JAV dolerių, o tai, EŽTT nuomone, akivaizdžiai reiškė skatinimą. EŽTT taip pat nurodė, kad proceso metu viešai nebuvo pateikti ir, vadovaujantis rungimosi principu, nebuvo patikrinti jokie įrodymai dėl pareiškėjo elgesio praeityje – teismui nepateikta jokios informacijos, rodančios, kad valstybės institucijos turėjo pakankamą pagrindą įtarti pareiškėją prekiaujant psichotropinėmis medžiagomis arba ketinant padaryti tokią nusikalstamą veiką.

Byloje *Milinenė prieš Lietuva* EŽTK pažeidimas nenustatytas. Lietuvos teismų pareiškėja nuteista už tai, kad būdama teisėja iš privataus asmens S. Š. paėmė daugiau kaip 10 000 JAV dolerių kyši. Į EŽTT pareiškėja kreipėsi teigdama, kad buvo išprovokuota padaryti nusikalstamą veiką. Skirtingai nei pirmiau nurodytose bylose prieš Lietuvą, šioje byloje Strasbūro teismas padarė išvadą, kad lemiamas vaidmuo darant veiką teko ne policijos pareigūnams, o S. Š. ir pareiškėjai. S. Š., supratęs, kad iš

jo reikalaujama kyšio, apie tai pranešė policijai. Buvo sankcionuotas modelio taikymas, kuriuo buvo „prisijungta“ prie kriminalinių veiksmų. Šiame sprendime EŽTT taip pat pažymėjo, kad pareiškėja atskirai nesiskundė dėl rungimosi ar ginklų lygybės principų pažeidimo, todėl šiame sprendime nieko nepasisakyta, ar provokacijos versija Lietuvos teismuose buvo pakankamai išsamiai išnagrinėta.

3. EŽTT pateikti išaiškinimai ir taisyklės

3.1. Dėl EŽTK 6 straipsnio 1 dalyje įtvirtinto teisingo (sąžiningo) proceso principo pažeidimo būdų

Iš *Ramanausko* ir *Malinino* bylų sprendimų matyti, kad EŽTK pažeidimas šiose bylose konstatuotas dviem aspektais: 1) Lietuvos nacionalinės institucijos netinkamai tikrino pareiškėjų argumentus dėl provokacijos ir 2) pareiškėjai buvo išprovokuoti daryti nusikalstamą veiką. Sprendimuose *expressis verbis* nėra išreikšta, kaip šie proceso trūkumai turi įtakos vienas kitam. Tačiau, atsižvelgiant į tai, kad EŽTT nustatęs, jog nacionaliniu lygmeniu nebuvo tinkamai išsiaiškinta, buvo provokacija ar jos nebuvo, tuoj pat pats padaro išvadą, kad provokacijos faktas buvo, galima manyti, kad provokavimo nepaneigimas prilygsta provokacijos faktui.

Iš ankstesnių sprendimų, pavyzdžiui, *Edwards ir Lewis prieš Jungtinę Karalystę (Application no.39647/98, 40461/98 judgment of 22 July 2003)* sprendimo, galima matyti, kad EŽTK 6 straipsnio 1 dalies pažeidimui konstatuoti pakaktų vien išvados apie pareiškėjo argumentų dėl jo teisių su-

varžymo nepaneigimą (tinkamą netikrinimą, nenagrinėjimą) teismo proceso metu. Nors tam tikrų argumentų netikrinimas ir nepaneigimas dar savaime nereiškia, kad tie argumentai yra pagrįsti, tačiau iš EŽTT sprendimų „lietuviškose“ bylose galima spręsti, kad, šio teismo nuomone, neįrodytas neprovokavimas (valstybės nesugebėjimas ar atsisakymas tai daryti) prilygsta įrodymams provokavimui. Tiesa, tokios išvados EŽTT tiesiogiai nesuformulavo ir provokacijos faktą *Ramanausko* byloje pagrindė dviem, lyg ir atskiromis išvadomis: 1) nebuvo jokių duomenų (buvo tik gandų), kad pareiškėjas būtų padaręs kokių nors nusikalstamų veikų (susijusių ar nesusijusių su korupcija) ir 2) visi pareiškėjo susitikimai su A. Z. vyko A. Z. iniciatyva, A. Z. ir V. S. aktyviai ragino pareiškėją padaryti nusikalstamus veiksmus. *Malinino* byloje, kaip minėta, taip pat konstatuota, kad pirmą kontaktą užmezgė policijos pareigūnas ir, siūlydamas pinigus, skatino pareiškėją nusikalsti.

Apibendrinant EŽTT *Ramanausko* bylos sprendime išdėstytus argumentus, galima teigti, kad pagal EŽTT logiką, nacionalinės institucijos turėjo pareigą nacionalinio proceso metu neigti pareiškėjo argumentus, bet neturėjo šansų to padaryti, nes jei duomenų apie ankstesnę pareiškėjo nusikalstamą veiką vis tiek atsirasti negalėjo ir nebuvo įmanoma paneigti, kad susitikimus inicijavo A. Z., tai nebuvo ir jokios galimybės įrodyti, kad buvo „prisijungimas“ prie nusikalstamų veikų. Taigi tuo atveju, kai modelis taikomas asmeniui, apie kurio nusikalstamą veiką prieš modelio taikymą teismo proceso metu nepateikiama jokių duomenų, konstatuotinas dvigubas

teisingo (sąžiningo) proceso reikalavimų nesilaikymas: 1) svarbių įrodymų neištyrimas ir 2) provokacija. Aišku, kad pirmas pažeidimas padeda pamatus konstatuoti ir antrą pažeidimą. Kol kas neaišku, ar galimas EŽTT sprendimas, kuriame būtų nustatyta atvirkštinė situacija – valstybės institucijos teikia įrodymus apie ankstesnę (iki modelio taikymo) nusikalstamą veiką ir šiuo požiūriu priekaištų procesui išsakyti neįmanoma, tačiau provokavimo faktas vis tiek nustatomas. Tikėtina, kad tai gali būti skirtingo prieš modelio atlikimą surinktų duomenų vertinimo atveju – hipotetiškai negalima atmesti situacijos, kad nacionaliniu lygmeniu būtų nuspręsta, jog asmens nusikalstamo elgesio iki modelio atlikimo įrodymų yra surinkta, o EŽTT padaro išvadą, kad „prisijungimo“ prie veikos nebuvo ir asmuo buvo sukurstytas padaryti pažeidimą. Tokiu atveju nebūtų pažeidimų sutapties, o tik vienas pažeidimas – neleistina provokacija.

Ramanausko byloje, remiantis ankstesne praktika, pateikiama ir provokacijos sąvoka. Pagal EŽTT, ***policijos provokacija yra tada***, kai veiksmus atliekantys pareigūnai ar kiti asmenys, veikiantys pagal pareigūnų nurodymus, neapsiriboja iš esmės pasyviu nusikalstamos veikos tyrimu, bet daro asmeniui tokio pobūdžio poveikį, kad paskatintų padaryti nusikalstamą veiką, kurios jis kitaip nebūtų padaręs, taip siekdami sudaryti sąlygas veikos padarymo faktui konstatuoti, t. y. gauti įrodymus ir vykdyti persekiojimą⁵. Atkreiptinas dėme-

⁵ Lyginant OVĮ ir EŽTT sprendime suformuluotas provokacijos sąvokas matoma, kad mūsų įstatymų leidėjas ir EŽTT provokavimą suvokia iš esmės vienodai.

sys, kad vos keliolika dienų po sprendimo priėmimo *Ramanausko byloje*, sprendime, priimtame byloje *Pyrgiotakis prieš Graikiją* (*Application no. 15100/06, judgment of 21 February 2008*), išaiškinta, kad provokacija konstatuotina ir tuo atveju, kai policijos pareigūnai asmenį, kurį ketinama traukti baudžiamojon atsakomybėn, daryti veika skatina ne tiesiogiai, o per kitą niekuo neįtariamą asmenį. Šiame sprendime taip pat pakartota nuostata, kad teisingo (sąžiningo) proceso reikalavimas taikytinas tiriant visų kategorijų nusikalstamas veikas, įskaitant ir priskiriamas organizuotam nusikalstamumui.

3.2. Byloje Teixeira de Castro prieš Portugaliją išsakytų motyvų patvirtinimas

Ar EŽTT sprendimus *Ramanausko* ir *Malinino* bylose reikėtų laikyti netikėtais? Į šį klausimą derėtų atsakyti neigiamai. Nors, bent jau šio teksto autoriui, dabar EŽTT sprendimai kur mažiau nuspėjami nei prieš dešimt ar daugiau metų, vis dėlto tikėtis, kad šiose bylose provokavimo situacija bus vertinama skirtingai nei dešimt metų precedentiniu laikomame sprendime, priimtame byloje *Teixeira de Castro prieš Portugaliją* (*Application no. 25829/94, judgment of 9 Juni 1998*), nebuvo svaraus pagrindo. Faktinės aplinkybės portugalijoje ir lietuviškose bylose kažkiek skiria-

si, tačiau pagrindinis visose trijose bylose atsakytinas klausimas buvo tas pats – kam priklausė iniciatyva darant veiksmus, už kuriuos buvo traukiama baudžiamojon atsakomybėn: kaltinamajam ar su valstybės institucija žinia veikiantiems (valstybės institucijose dirbantiems) asmenims? Visose trijose bylose EŽTT darė išvadą, kad baudžiamojon atsakomybėn patrauktas asmuo baudžiamojo įstatymo draudžiamus veiksmus atliko ne pats iš anksto apsisprendęs taip elgtis, o sulaukęs atitinkamų pasiūlymų, be kurių baudžiamojo įstatymo draudžiama veika apskritai nebūtų buvusi padaryta.

1998 m. birželio 9 d. sprendimas, priimtas byloje *Teixeira de Castro prieš Portugaliją*⁶, cituojamas ir 2008 m. vasario 5 d. Didžiosios kolegijos sprendime. Čia pravartu priminti, kad *Teixeiros de Castro* byloje provokacijos faktas buvo nustatytas narkotinių medžiagų pirkimo situacijoje. Iš pareiškėjo (*Teixeiros de Castro*) narkotines medžiagas (20 g heroino) pirko du policijos agentai, kurie su pareiškėju susitiko per tarpininkus, iš kurių vienas, policijos pareigūnų manymu, buvo susijęs su narkotinių medžiagų platinimu. Pareigūnai, pirmą kartą matydami pareiškėją, išreiškė norą pirkti narkotines medžiagas. Pareiškėjas, nuvykęs dar pas vieną asmenį, policijos pareigūnams atgabeno pageidaujamos narkotinės medžiagos. EŽTT, išnagrinėjęs tokius faktus, konstatavo, kad

EŽTT, aiškindamas šią sąvoką, nurodo ir tikslus (surinkti įrodymus, vykdyti persekiojimą), kurių siekdami pareigūnai gali atlikti tam tikrus veiksmus. OVĮ atskirai apie tikslus nekalbama, bet šie tikslai yra savaime aiškūs – pareigūnai gali veikti siekdami išsiaiškinti nusikalstamų veikų aplinkybes, surinkti duomenis, kuriais galėtų būti įrodoma veikas atlikusių asmenų kaltė.

⁶ Atsižvelgiant į tai, kad sprendimas byloje *Ramanauskas prieš Lietuvą*, nors ir priimtas Didžiojoje kolegijoje, nėra labai informatyvus, sprendimas *Teixeira de Castro* byloje ir toliau nepraras savo aktualumo, ir, matyt, bus cituojamas ne rečiau už 2008 m. vasario 5 d. Didžiosios kolegijos sprendimą.

policijos pareigūnai neapsiribojo pasyviu nusikalstamos veikos tyrimu, bet pareiškėjui darė poveikį, paskatindami jį padaryti nusikalstamą veiką. Pagrindiniai argumentai, kuriais EŽTT grindė išvadą buvus provokavimą, yra tokie: 1) policijos pareigūnų veiksmai nebuvo teismo nei sankcionuoti, nei kontroliuojami; 2) joks tyrimas prieš pareiškėją nevyko, pareigūnai neturėjo jokių duomenų apie jo nusikalstamą veiką, pareiškėjas nebuvo teistas; 3) pareiškėjas atliko tik tuos veiksmus, kurių pageidavo policijos pareigūnai, pats narkotinių medžiagų neturėjo – policijos pareigūnams paprašius, jų gavo iš kitų asmenų ir 4) policijos pareigūnų parodymai buvo svarbus įrodymas byloje [5, p. 34–43]. Šis EŽTT sprendimas sulaukė nemažo atgarsio teisinėje visuomenėje. Labiausiai diskutuotinas sprendimo aspektas buvo tas, kad provokacija buvo išvėlyta policijos pareigūnams neatlikus kažkokių intensyvesnių veiksmų, o vien išreiškus norą pirkti narkotinių medžiagų⁷.

Perskaičius sprendimą yra aišku, kad EŽTT polinkio padaryti nusikalstamą veiką (EŽTT konstatavo, kad *Teixeira de Castro* potencialiai buvo linkęs padaryti nusikalstamą veiką) nelaiko aplinkybe, paneigiančia provokacijos faktą – toks paneigimas yra galimas tik nustatant, kad **veika būtų padaryta ir be pareigūnų įsikišimo**. Antra vertus, teoretikams ir praktikams, atidžiau nagrinėjusiems 1998 m. birželio 9 d. EŽTT sprendimą, liko neaišku, kiek aplinkybių

(koks jų kompleksas) leidžia daryti išvadą apie provokuojantį pareigūnų elgesį. Kilo klausimų, ar policijos pareigūnų veiksmai nebūtų buvę laikomi provokacija, jei: pirktami narkotikus policijos pareigūnai būtų pasirūpinę teismo sankcija; jei pareigūnai būtų užfiksavę ikiteisminio tyrimo pradžią; jei pareiškėjas būtų anksčiau persekiotas už panašias nusikalstamas veikas; jei būtų surinkta daugiau (iš kitų šaltinių) įrodymų apie pareiškėjo nusikalstamą veiką ir pan.? Suprantama, kad tikslus, aritmetiniais kriterijų skaičiavimais pagrįstas atsakymas į tokius klausimus apskritai nėra galimas – neįmanoma aiškiai teigti, kad trijų ar keturių tam tikrų veiksmų ar klaidų pakanka konstatuoti provokavimą, tačiau universalesnių taisyklių, iš kurių galėtų būti sprendžiama apie slaptų veiksmų teisėtumą, iš EŽTT buvo laukiama. Pasirodžius informacijai, kad provokacijos problema bus nagrinėjama *Ramanausko* byloje ir kad tai darys Didžioji kolegija, buvo galima tikėtis, kad būtent šioje byloje tokios taisyklės bus suformuluotos.

Deja, šiuo aspektu 2008 m. vasario 5 d. Didžiosios kolegijos sprendime jokia nauja ar išsamesnė teorija dėl slapto tyrėjo / agento provokatoriaus nėra pateikta. EŽTT šiame sprendime apžvelgė savo praktiką nagrinėjamu klausimu, nuroydamas bylas, kuriose provokacijos buvo nustatyta, ir bylas, kuriose provokacijos nenustatyta, ir padarė išvadą, kad nagrinėjamu atveju su pareiškėju bendravę asmenys savo veiksmiais peržengė vien pasyvaus tyrimo ribas. Lyginant bylas (*Teixeiros de Castro* ir *Ramanausko*) pareigūnų aktyvumo / pasyvumo požiūriu, darytina aiški išvada, kad

⁷ Kinzig J. Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR: Muss die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden? Strafverteidiger. 1999, Nr. 5, S. 288–292.

lietuviškoje byloje pareigūnai (konkrečiai A. Z.) buvo kur kas aktyvesni įvykių dalyviai nei Portugalijos policininkai – A. Z. kelis kartus inicijavo susitikimus, Portugalijos pareigūnai tik išreiškė norą pirkti narkotikų. Todėl, padarius išvadą, kad Portugalijos policininkų elgesys buvo provokuojantis, visiškai būtų nelogiška teigti, jog A. Z. elgesys buvo pasyvus.

Lyginant šių bylų faktines aplinkybes, be to, kad nacionaliniai procesai vyko dėl skirtingų nusikaltimų (Portugalijoje dėl narkotikų platinimo, Lietuvoje dėl kyšio priėmimo⁸), galima matyti du ryškesnius skirtumus:

- 1) Portugalijoje veiksmai buvo atlikti eilinio pilietčio atžvilgiu, Lietuvoje – prieš prokurorą ir
- 2) Portugalijoje pareigūnai veikė atlikdami tarnybines pareigas, Lietuvos Vyriausybė teigė, kad A. Z. ir V. S. pirminius veiksmus atliko savo iniciatyva kaip privatūs asmenys.

Nė vienas iš šių skirtumų nebuvo pripažintas reikšmingu nustatant provokavimo faktą.

3.3. Dėl asmens, prieš kurį nukreipti proceso veiksmai, einamų pareigų

Ramanausko byloje buvo tikimasi, kad galbūt pareiškėjo tvirtinimus dėl provoka-

⁸ Skirtingos nusikalstamos veikos tiriamos iš dalies skirtingais metodais, skirtingose bylose reikšmę gali turėti skirtingi faktai, teisinių garantijų užtikrinimas taip pat gali turėti savo specifiką. Provokavimo problemos sprendimas narkotikų ir korupcijos bylose taip pat gali skirtis. Pavyzdžiui, *Teixeiros de Castro* byloje viena iš reikšmingų aplinkybių EŽTT pripažino faktą, kad pats pareiškėjas narkotinių medžiagų neturėjo, o jas gavo iš kitų asmenų, o korupcinio nusikaltimo byloje panašus argumentavimas yra neįmanomas.

cijos pavyks paneigti argumentu, jog toks pareigūnas kaip prokuroras kyšininkavimo byloje apskritai negali tapti provokacijos auka. Deja, reikia apgailestauti, kad šis Lietuvos Vyriausybės byloje išsakytas argumentas liko neišnagrinėtas. Pavyzdžiui, kai proceso dalyvio statusas gali turėti įtakos EŽTT byloje priimamam sprendimui, yra. Byloje *van Mechelen ir kiti prieš Nyderlandus (Application no. 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93; judgment of 23 April 1997)* buvo paaiškinta, kad anonimiškumo suteikimas liudytojui, kuris yra policijos pareigūnas, turi būti grindžiamas kitokiais išsamesniais, įtikinamesniais argumentais, nei tai įprasta daryti anonimiškumą suteikiant paprastam liudytojui. Šiame sprendime nurodyta, kad „Teismo nuomone, gynybos interesų ir argumentų liudytojų anonimiškumo išsaugojimo naudai suderinimas sukelia ypatingų problemų, jeigu liudytojai priklauso policijos pajėgoms. Nors jų ir neabejotinai jų šeimos narių interesai taip pat turi būti apsaugomi pagal Konvenciją, reikia pripažinti, kad jų padėtis šiek tiek skiriasi nuo nesuinteresuotų liudytojų ar nukentėjusiųjų padėties. Jie turi bendrąją pareigą paklusti valstybės vykdomosios valdžios institucijoms, taip pat ryšių su baudžiamąjį persekiojimą vykdančiomis institucijomis. Vien dėl šių priežasčių anonimiškumas jiems, kaip liudytojams, turėtų būti taikomas tik išimtinėmis aplinkybėmis. Be to, jų tarnybinės pareigos pagal pobūdį, ypač kalbant apie sulaikymą, gali būti susijusios su parodymų viešame teismo posėdyje davimu“. Tokia EŽTT praktika leidžia daryti prielaidas, kad ir kitais atvejais asmens eina-

mos pareigos (tarnybinis statusas) gali lemti EŽTK nuostatų aiškinimą. Žinoma, čia negalima nematyti skirtumo, kad Ramanauskas EŽTT buvo pareiškėjas, o *van Mechelen ir kiti prieš Nyderlandus* byloje buvo sprendžiamas pareigūno kaip liudytojo įslaptinimo klausimas.

Ramanausko byloje pareiškėjo įvykių metu eitos pareigos atskiro EŽTT aptarimo nesulaukė. Matyt, tai reiškia, kad, sprendžiant provokavimo klausimą, provokuojamojo turimas postas ar dirbamas darbas nėra reikšminga aplinkybė, galinti turėti esminės reikšmės darant išvadą dėl provokacijos: ji buvo ar nebuvo. Neaišku, ar tai pasakytina tik apie šią bylą, ar apie korupcinio pobūdžio bylas, ar tai laikytina universaliais taisyklėmis. Žinoma, būtų kur kas paprasčiau, jei EŽTT nuo tokių spėlionių būtų išvadavęs ir sprendimo tekste tuo klausimu būtų aiškiai pasisakęs. Dabar šiuo klausimu darant savarankiškas išvadas, galima teigti, kad asmens, su kuriuo kontaktuoja slapti tyrėjai, savybės, vis dėlto gali būti ne svarbiausios, bet vienu iš veiksnių, sprendžiant, ar slaptų tyrėjų veiksmai nelaikytini provokacija. Manytina, kad, pavyzdžiui, nepilnametis arba mažesnio išsilavinimo ar intelekto, taip pat sveikatos ar kitokio pobūdžio problemų turintis asmuo, tam tikromis situacijomis gali būti lengviau pastūmėtas elgtis neteisėtai. Visais atvejais lemiamos reikšmės turės prisidėjimo prie daromos veikos ar naujos, neplanuotos veikos padarymo kriterijus, tačiau, atsakant į hipotetinį klausimą, ar veika būtų buvusi padaryta be pareigūnų įsikišimo, svarbi gali būti įvairi informacija apie asmenį, prieš kurį veiksmai atliekami.

3.4. Dėl privačių asmenų veiksnių imituojant nusikalstamą veiką

Ramanausko ir *Milinenės* bylose EŽTT pasisakė dėl privačių asmenų dalyvavimo baudžiamojo proceso veiksmuose. Problema, kai tam tikruose tyrimo veiksmuose dalyvauja privatūs asmenys, EŽTT jau buvo nagrinėta. *Ramanausko* byloje taip pat cituojamos bylos *Vanyan prieš Rusiją* (*Application no. 53203/99, judgment of 15 December 2005*) ir *Sequeira prieš Portugaliją* (*Application no. 73557/01, decision of 6 Mai 2003*). Šiose bylose buvo priimti priešingi sprendimai – byloje prieš Rusiją provokacija konstatuota, nustačius, kad privatus asmuo, pirkdamas narkotines medžiagas, veikė pagal policijos (matyt, milicijos) nurodymus ir buvo jos kontroliuojamas; *Sequeira* byloje pažeidimas nenustatytas, nes privatus asmuo su teisės saugos institucijomis pradėjo bendradarbiauti tik po to, kai baudžiamojon atsakomybėn patrauktas asmuo su vienu iš jų užmezgė santykius, norėdamas organizuoti kokaino siuntos gabenimą. *Ramanausko* byla spręsta pagal *Vanyan* bylos pavyzdį: EŽTT nurodė, kad Lietuvos valstybės institucijos yra atsakingos ir už iki modelio sankcionavimo atliktus A. Z. ir V. S. veiksmus ir kad priešinga išvada atvertų kelią piktnaudžiavimams „privatizuojant“ policijos provokaciją. Prisimenant, A. Z. buvo STT darbuotojas, toks EŽTT paaiškinimas yra visai logiškas. Priešinga pozicija būtų sunkiai suprantama – teisės saugos institucijoje dirbantis asmuo negali tam tikrais atvejais tirti kaip privatus asmuo, o kitais atvejais būti pareigūnu. Jei A. Z. nebūtų buvęs STT darbuotoju ir nebūtų nustaty-

ti kokie nors kitokie jo ir V. S. išankstiniai ryšiai su teisėsaugos institucijomis, privačios iniciatyvos klausimu EŽTT tikriausiai būtų išsakęs tokius pat argumentus kaip ir *Milinienės* byloje. Minėta, kad *Milinienės* byloje modelyje numatytus veiksmus atliko privatus asmuo S. Š., kuris, sužinojęs apie teisėjos norą gauti kyši, pranešė policijai ir vėliau veikė pagal teisėsaugos pareigūnų nurodymus. Iš *Sequeira* ir *Milinienės* bylose priimtų sprendimų galima daryti aiškią išvadą, kad privačių asmenų dalyvavimas įrodinėjimo procese EŽTK pažeidimo nereiškia, jei tokie asmenys su teisėsaugos pareigūnų žinia pradeda veikti po to, kai jiems prieš tai tampa žinoma apie asmens, kurio atžvilgiu atliekamas tyrimas, nusikalstamus ketinimus ar veiksmus, tačiau teisėsaugos įstaigoje dirbantis asmuo negali imtis privačios iniciatyvos ir tam tikrais atvejais veikti ne kaip pareigūnas, o kaip paprastas pilietis.

Pažymėtina, kad EŽTT pastaruoju metu nesiremia gana įdomiais argumentais, išsakytais jau pakankamai senoje byloje *Stocke prieš Vokietiją (Serie A Nr. 199)*. Šioje byloje Konvencijos pažeidimas nekonstatuotas, nustačius, jog policijos informatorius veikė savarankiškai, nederino plano su policijos ir prokuratūros pareigūnais. Informatorius pasisiūlė padėti surasti į užsienį pabėgusį įtariamąjį. Pareigūnai sutiko priimti pagalbą, tačiau norimų pinigų nežadėjo, išskyrus pažadą švelninti padėtį jo paties procese, taip pat nurodė, kad viskas turi vykti legaliai. Informatorius įkalbėjo pabėgusįjį skristi lėktuvu į Liuksemburgą, o pilotus įtikino nusileisti Vokietijos teritorijoje Saarbrükene, kur

policija bėglį sulaukė. Informatoriui buvo sumokėta 3000 markių turėtoms išlaidoms atlyginti. Taigi *Stocke* byloje, panašiai kaip ir *Vanyan* byloje, tam tikras policijos dalyvavimas privataus asmens veiksmuose išvelgtinas, nors sprendimai bylose priimti skirtingi. Antra vertus, šių bylų palyginimas gali būti naudojamas kaip vienas iš argumentų teigiant, kad EŽTT pozicija griežtėja, t. y. šiuo metu pažeidimai nustatomi situacijomis, kurios anksčiau buvo vertinamos kaip atitinkančios EŽTK reikalavimus.

3.5. Taisyklės, kuriomis turi būti vadovaujamosi taikant nusikalstamos veikos imitacijos modelį ir vertinant modelio taikymą teismo proceso metu

Primintina, kad dar 2000 metais Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas, be kitų motyvų, duodamas ir nuorodą į EŽTT sprendimą *Teixeiros de Castro* byloje, yra nurodęs, kad „...modeliu gali būti tik „prijungiamas“ prie tęstinių ar trunkamųjų nusikaltimų, taip pat kitų besitęsiančių, bet nepasibaigusį nusikaltimų. Ši nusikalstama veika tęsiasi be operatyvinės veiklos slaptųjų dalyvių pastangų. Jie tik imituoja rengiamo ar daromo nusikaltimo veiksmus. Modeliu negali būti kurstomas ar provokuojamas naujo nusikaltimo darymas, negali būti kurstoma padaryti nusikalstamą veiką, kurią asmuo tik rengė ir tokius veiksmus nutraukė.“ Šiame Konstitucinio Teismo nutarime pasisakyta ir dėl pareigos tikrinti, ar asmuo nebuvo išprovokuotas: „Įstatyme nustatytų modelio taikymo ribų nepaisymas, nusikaltimo provokavimas ar kitoks piktnaudžiavimas

modeliu daro jį neteisėtą. Šių aplinkybių tyrimas ir vertinimas – teismo nagrinėjimo dalykas.<...> Ar nebuvo daroma spaudimo asmeniui, kuriam taikomas modelis, ar nebuvo toks asmuo kurstomas, provokuojamas padaryti nusikaltimą, – baudžiamojame byloje sprendžia šią bylą nagrinėjantis teismas.“ *Ramanausko* byloje priimtame EŽTT sprendime pažymėta, kad šių raginimų nacionalinės institucijos Lietuvoje neįvykdė.

Nors *Ramanausko*, *Malinino* ir *Milnienės* bylose pateikti išaiškinimai nėra visiškai nauji ar netikėti⁹, nurodytos „lietuviškos“ bylos tiek Lietuvos, tiek kitų Europos valstybių teisei praktikai neabejotinai reikšmingos. *Ramanausko* bylos nagrinėjimas Didžiojoje kolegijoje leidžia tvirtinti, kad pagrindiniai požymiai, pagal kuriuos nustatomas provokacijos faktas, EŽTT jurisprudencijoje yra tvirtai užfiksuoti. Jei sprendimas *Teixeiros de Castro* byloje kartais buvo vertintinas kaip netikėtas, galbūt atsitiktinis, teisės literatūroje nebuvo atmetama, kad EŽTT savo poziciją koreguos [8, S. 276], tai dabar galima neabejotinai teigti, jog EŽTT praktikoje yra tvirtai išaiškinta, kad:

1) tokie veiksmai kaip nusikalstamos veikos imitacijos modelis gali būti atliekami tik asmenis, apie kurio galimą nusikalstamą veiką jau turima duomenų, atžvilgiu (vien gaudų ar panašios nepatikrinamos informacijos nepakanka),

⁹ Be Konstitucinio Teismo išaiškinimų, ir bendrosios kompetencijos teismų praktikoje yra pabrėžta pareiga, jeigu taikomas modelis, teismo proceso metu kruopščiai tirti modelio taikymo aplinkybes (žr., pvz., Lietuvos Aukščiausiojo Teismo kasacinę bylą 2K-332/2006).

nes tik tokiu atveju gali būti daroma išvada apie „prisijungimą“ prie daromos nusikalstamos veikos, o ne naujos veikos išprovokavimą;

- 2) jei konkreti veika nebūtų buvusi atlikta be valstybės pareigūnų įsikišimo, konstatuotinas provokacijos faktas; išvada apie provokaciją daroma ir tuo atveju, kai valstybės pareigūnų skatinimas atlikti tam tikrus veiksmus nėra labai intensyvus, primygtinis;
- 3) privatūs asmenys gali vykdyti pareigūnų užduotis, jei jie prieš tai kreipėsi į pareigūnus ir pranešė apie gautus siūlymus atlikti nusikalstamus veiksmus; teisėsaugos įstaigų pareigūnai negali veikti kaip privatūs asmenys; privačių asmenų veiksmai gali būti pripažinti provokacija, jei tie asmenys veikia kontroliuojami bei prižiūrimi pareigūnų ir skatina neteisėtai elgtis asmenį, apie kurio nusikalstamą veiką jokių konkrečių duomenų neturima;
- 4) nagrinėjant bylą teisme valstybės institucijoms tenka našta paneigti gynybos argumentus dėl provokavimo (nebent tie argumentai būtų visiškai neįtikinami). Tai gali būti padaryta teismo posėdyje, kuriame laikomasi rungimosi principo, ištyrus įrodymus apie kaltinamojo elgesį iki specialių veiksmų jo atžvilgiu sankcionavimo;
- 5) visi įrodymai, gauti provokacijos metu, turi būti pašalinami iš bylos; kaltinamojo prisipažinimas provokacijos fakto bei jo padarinių nepaneigia;
- 6) pageidautina, kad neviešo pobūdžio veiksmų atlikimas būtų kontroliuojamas teismo, nors tokios kontrolės per-

davimas prokurorui EŽTK pažeidimo nelemia¹⁰.

Iš *Ramanausko* bylos sprendimo taip pat yra aišku, kad tikrinant gynybos teiginius apie provokavimą turi būti nustatyta:

- a) priežastys, dėl kurių buvo nuspręsta vykdyti operaciją;
- b) pareigūnų dalyvavimo darant nusikalstamą veiką laipsnis ir
- c) pareiškėjui taikyto provokavimo ar spaudimo pobūdis.

EŽTT išaiškino, kad asmuo, kuris, jo manymu, buvo išprovokuotas, turi turėti galimybę išdėstyti argumentus dėl kiekvieno iš šių aspektų. Pavyzdžiui, *Ramanausko* byloje kaip proceso trūkumas nurodomas faktas, kad reikšmingą vaidmenį įvykiuose vaidinęs V. S. baudžiamojoje byloje nebuvo apklaustas kaip liudytojas. Antra vertus, iš EŽTT praktikos negalima daryti kategoriškos išvados, kad tiriamame įvykyje dalyvavusių asmenų apklausa teismo proceso metu visada yra būtina.

¹⁰ Panašiai suformuluoti išaiškinimai yra pateikti minimoje Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus plenarinės sesijos nutartyje Nr. 2A-P-6/2008. Išaiškinimai pateikti duodant nuorodas į EŽTT bylas *Teixeira de Castro prieš Portugaliją* (*Teixeira de Castro v. Portugal*, no. 25829/94, judgment of 9 June 1998); *Sequeira prieš Portugaliją* (*Sequeira v. Portugal*, no. 73557/01, decision of 6 May 2003); *Edwards ir Lewis prieš Jungtinę Karalystę* (*Edwards and Lewis v. the United Kingdom*, no. 39647/98, 40461/98, judgment of 22 July 2003); *Eurofinacom prieš Prancūziją* (*Eurofinacom v. France*, no. 58753/00, decision of 7 September 2004); *Vanyan prieš Rusiją* (*Vanyan v. Russia*, no. 53203/99, judgment of 15 December 2005); *Khudobin prieš Rusiją* (*Khudobin v. Russia*, no. 59696/00, judgment of 26 October 2006); taip pat jau po *Ramanauskas prieš Lietuvą* bylos išnagrinėjimo nagrinėtose bylose *Pyrgiotakis prieš Graikiją* (*Pyrgiotakis c. Grece*, no. 15100/06, arrêt du 21 février 2008); *Milinienė prieš Lietuvą* (*Miliniene v. Lithuania*, no. 74355/01, judgment of 24 June 2008); *Malininas prieš Lietuvą* (*Malininas v. Lithuania*, no. 10071/04, judgment of 1 July 2008).

Pavyzdžiui, byloje *Sapunarescu prieš Vokietiją* (*Application no. 22007/03, decision of 11 September 2006*) pareiškimas, kuriam, be kitų Konvencijos pažeidimų, buvo nurodomas ir provokacijos faktas, buvo paskelbtas nepriimtiniu, nors narkotikų pirkimo operacijoje dalyvavusio policijos informatoriaus teisėsaugos pareigūnai (vadovai) neleido apklausti kaip liudytojo. Proceso metu buvo paskelbti rašytiniai informatoriaus paaiškinimai ir atsakymai į jam pateiktus klausimus, apklaustas informatorių kontroliavęs policijos pareigūnas, taip pat konstatuota, kad narkotikų pardavimo veiksmai nuo pat pradžių policijos buvo stebimi. Toks įrodymų tyrimas EŽTT buvo pripažintas pakankamu pareiškėjo tvirtinimams apie proceso neteisingumą (nesąžiningumą) paneigti.

Atkreiptinas dėmesys į tai, kad dėl įrodymų rinkimo ir vertinimo taisyklių EŽTT paprastai nepasisako pabrėždamas, kad šie klausimai priskiriami valstybių nacionalinei kompetencijai. Tik retais atvejais EŽTT sprendimuose galima aptikti išvadų, susijusių su įrodinėjimo problemomis. Byloje *Ramanauskas prieš Lietuvą* priimtas sprendimas būtent yra vienas iš tokių. Šiame sprendime ne tik pasakyta, jog panaudojus policijos provokaciją gauti įrodymai turi būti pašalinami, bet pasisakyta ir dėl pareiškėjo prisipažinimo. EŽTT nurodė, kad pareiškėjo prisipažinimas padarius nusikalstamą veiką nepašalina provokacijos ir jos padarinių. Tai reiškia, kad valstybė neturi galimybės paneigti provokavimo fakto, motyvuodama tuo, kad ir pats traukiamas baudžiamojon atsakomybėn asmuo

pripažįsta padaręs įstatymo draudžiamą veiką. Šie EŽTT argumentai akivaizdžiai kertasi su nagrinėjant *Ramanausko* bylą Lietuvos Aukščiausiojo Teismo išplėstinės kolegijos motyvais, kad, nustačius kaltinamojo kaltę, kurią jis pats pripažįsta, galimas išorės poveikis padaryti nusikalstamą veiką netenka prasmės. Minėtoje byloje *Pyrgiotakis prieš Graikiją* Strasbūro teismas labai aiškiai pabrėžė, kad policijos provokacijos metu surinktų įrodymų panaudojimas negali būti pateisintas visuomenės interesais.

Po naujausių Strasbūro teismo sprendimų yra aišku, kad išorės poveikis nusikalstamos veikos imitacijos modelio taikymo atvejais turi būti tikrinamas visada, neatsižvelgiant į tai, kokius parodymus dėl veikos padarymo aplinkybių duoda pats kaltinamasis. Teisės literatūroje išsakoma pagrįsta nuomonė, kad valstybės pasirinkimas taikyti slaptus tyrimo metodus tam tikrais atvejais suteikia daugiau erdvės ir gynybos argumentams [4, S. 287]. Tai reiškia, kad specialių priemonių taikymas be, valstybės požiūriu, teigiamų rezultatų (kaltės įrodymų užfiksavimo), sukelia ir „šalutinį poveikį“ – išplečia galimus gynybos argumentus. Modelio taikymo atveju įrodinėjimo našta neabejotinai pasunkėja: be įprastų baudžiamojoje byloje įrodinėtinių aplinkybių (veikos padarymo aplinkybių, traukiamo baudžiamojon asmens kaltumo ir kt.), valstybė privalo įrodinėti ir neigiamą faktą – kad nebūta provokacijos. Na, o gynyba tokioje situacijoje, keldama provokacijos versiją, įgauna papildomų galimybių neigti kaltinimų pagrįstumą.

4. EŽTT nustatyto Konvencijos pažeidimo pašalinimo (atitaisymo) galimybės

Asmens, kuris buvo išprovokuotas padaryti nusikalstamą veiką, nuteisimo teisėtumas ir pagrįstumas kelia abejonių. Tokia situacija sąlygoja baudžiamosios bylos atnaujinimą pagal BPK XXXV skyriaus (456–461 straipsniai) nuostatas. EŽTT *Malinino* bylos sprendime konkrečiai nurodė, kad bylos nagrinėjimas iš naujo ar proceso atnaujinimas yra tinkamas pažeidimo ištaisymo būdas. Nagrinėjant atnaujintas *Ramanausko* ir *Malinino* bylas buvo būtina apsispręsti, kaip turi būti koreguojami šiose bylose Lietuvos teismų priimti sprendimai, atsižvelgiant į Strasbūro teismo padarytas išvadas ir pateiktus išaiškinimus. Iš EŽTT sprendimų buvo neginčijamai aišku tik tai, kad iš naujo bet kurios instancijos tvarka nagrinėjant atnaujintas bylas negali būti remiamasi įrodymais, gautais provokacijos metu, patrauktų baudžiamojon atsakomybėn asmenų prisipažinimas taip pat nėra tinkamas įrodymas apkaltinamajam nuosprendžiui pagrįsti. Tai reiškia, kad atnaujintuose procesuose sprendimai turėjo būti priimami neleistinai pripažinus bent dalį įrodymų, kuriais anksčiau buvo grindžiama kaltė.

Tačiau dalies įrodymų pripažinimo neleistinai atnaujintuose procesuose problema nėra pagrindinė. Principinis klausimas šiuose procesuose yra tas, ar apskritai galima taikyti baudžiamąją atsakomybę už veiką, kurią asmuo buvo išprovokuotas padaryti. EŽTT savo sprendimuose aiškios pozicijos šiuo klausimu nėra išreiškęs, kaip minėta, šiuose sprendimuose kartais

tik nurodoma (pvz., *Malinino, Pyrgiotakio* bylos), kad baudžiamosios bylos turi būti nagrinėjamos iš naujo arba procesas jose turi būti atnaujinamas¹¹. Teisės literatūroje bendros nuomonės, ar asmuo, tapęs provokacijos auka, gali būti patrauktas baudžiamojon atsakomybėn, nėra. Dažniausiai siūlomi du skirtingi sprendimų variantai:

- 1) traukimas atsakomybėn nėra galimas, nes valstybė pažeistų principą *venire contra factum proprium*, reiškiantį, kad valstybės institucijos negali elgtis prieštarinčiai – skatinti padaryti veika, o paskui bausti už jos padarymą. Nubaudimas tokiu atveju iškreiptų ir principą *nulla poena sine iudicium* (nėra bausmės be (tinkamo) proceso), nes iš neteisybės pradėtas procesas negali tapti legitimiu – nubaudimo tikslais suplanuotas procesas virsta farsu. Negalimybė bausti kildinama ir iš materialinės teisės – teisinės valstybės principui prieštaraujantis valstybės elgesys šalina valstybės pretenzijas taikyti bausmes;
- 2) nubaudimas galimas, nes valstybės saugomi gėriai vis tiek turi būti ginami, ir agento provokatoriaus veikla negali atleisti valstybės nuo šios pareigos. Na, o kaip kompensacija išprovokuotam asmeniui taikytina bausmės lengvata [3, S. 170–171; 4, S. 286; 6, S. 175–176; 11, 119–120; 2, S. 91–93; 12, S. 63–65].

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus plenarinė sesija,

¹¹ Įdomu pažymėti, kad abiem nurodomais atvejais proceso atnaujinimo perspektyva nurodoma kaip vienas iš neturtinės žalos būdų, atsisakius priteisti neturtinės žalos atlyginimą pinigais.

nagrinėdama atnaujintas bylas, kuriose buvo nuteisti Ramanauskas (byla Nr. 2A-P-6/2008) ir Malininas (byla Nr. 2A-P-2/2009), taip pat priėmė skirtingus sprendimus: pirmoji byla nutraukta, antroje byloje priimtas sprendimas perduoti bylą iš naujo nagrinėti apeliacine tvarka. Iš Lietuvos Aukščiausiojo Teismo nutarčių matyti, kad skirtingus sprendimus lėmė skirtingos EŽTT nustatytų pažeidimų pašalinimo galimybės. Pirmosios bylos aplinkybės leido daryti išvadą, kad nėra jokių galimybių nustatyti traukto baudžiamojon atsakomybėn asmens nusikalstamos veikos požymius iki provokuojančių veiksmų atlikimo pradžios, nes, kaip kad yra konstatavęs EŽTT, be gandų nebuvo užfiksuota jokių duomenų apie šio asmens nusikalstamus veiksmus. Tai reiškia, kad, Lietuvos Aukščiausiojo Teismo nuomone, nesant galimybės paneigti provokavimo fakto, asmens traukimas baudžiamojon atsakomybėn yra negalimas, bausmės švelninimo variantas nesvarstytinas. Sprendimas nutraukti procesą, vadovaujantis BPK 3 straipsnio 1 dalies 1 punktu (nepadaryta nusikaltimo ar baudžiamojo nusižengimo požymių turinti veika), byloje Nr. 2A-P-6/2008 motyvuotas:

- *pirma*, materialinės teisės pagrindais: „Valstybė turi pareigą imtis visų priemonių, kad nusikalstamos veikos nebūtų daromos, ir jokiau atveju pati nekurstyti tokių veikų darymo. Už valstybės sukurstytą veika negali būti baudžiama ir todėl, kad tokia veika dėl valstybės kontroliavimo bei jos indėlio ją darant negali būti laikoma tiek pavojinga, jog pateisintų baudžiamųjų sankci-

jų taikymą. Tokia veika BK 11 ir 12 straipsnių prasme negali būti laikoma nusikalstama“ ir,

- *antra*, procesinėmis priežastimis „... baudžiamoji byla nutrauktina ir dėl to, kad neleistinai pripažinus visus įrodymus, kuriais buvo grindžiama nuteistojo kaltė, byloje nelieka jokių kaltinančių įrodymų“.

Byloje Nr. 2A-P-2/2009 Lietuvos Aukščiausiasis Teismas nustatė, kad bylą nagrinėję teismai, paneigdami gynybos keliamą provokavimo versiją, neatliko įrodymų tyrimo veiksmų, kuriuos atlikus buvo įmanoma padaryti tikslesnes išvadas apie modelio taikymo aplinkybes ir priežastis, taip pat kaltinamojo elgesį iki modelio atlikimo. Tokioje situacijoje bylą nagrinėti iš naujo yra prasminga, nes įmanoma nustatyti naujas bylai reikšmingas aplinkybes.

Paminėtos Lietuvos Aukščiausiojo Teismo nutartys rodo, kad atnaujintose bylose, taisant EŽTT nustatytus pažeidimus, gali būti priimami skirtingi sprendimai, jei tai pateisinama iš esmės kitokiomis bylų aplinkybėmis. Su tokia Lietuvos Aukščiausiojo Teismo pozicija derėtų sutikti, nes skirtingų situacijų teisinis vertinimas negali būti vienodas¹².

Išvados

1. Naujausių EŽTT sprendimų, kuriuose nagrinėti slapto tyrimo metodų taikymo klausimai, analizė leidžia daryti išvadą,

¹² Deja, dėl straipsnio apimties išsamesnis Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus plenarinės sesijos nutarčių aptarimas negalimas. Neabejotina, kad minėtos nutartys, kaip reikšmingi precedentai, bus analizuojamos kitose publikacijose.

kad Lietuvos teismai, vertindami nusikalstamos veikos imitacijos modelio taikymą, tam tikrais atvejais daro EŽTK nuostatų neatitinkančias išvadas.

2. Pagal sąžiningo (teisingo) proceso principą reikalaujama, kad kiekvienoje byloje, kurioje buvo taikytas nusikalstamos veikos imitacijos modelis, tiriant įrodymus teismo proceso metu teismas, vadovaudamasis EŽTT nurodytais kriterijais, įsitikintų, ar atliekant modelį nebuvo provokuojama padaryti nusikalstamą veiką.
3. Išnagrinėjus naujausią EŽTT jurisprudenciją darytina vienintelė išvada, kad nusikalstamos veikos imitacijos modelis, nepažeidžiant EŽTK nuostatų, gali būti atliekamas tik asmenis, apie kurio nusikalstamą veiką jau turima įrodymais pripažintinų duomenų, atžvilgiu. Priešingu atveju modelio taikymas laikytinas sąžiningo (teisingo) proceso principą pažeidžiančia provokacija. Provokacija gali būti konstatuojama tiek kai modelis taikomas paprasto piliečio, tiek pareigūno atžvilgiu. Nusikalstamą veiką imituojančius veiksmus gali atlikti tiek pareigūnai, tiek teisėsaugos institucijose nedirbantys asmenys. Provokacijos fakto negalima nuneigti teigiant, kad pareigūnai veikė kaip privatus asmenys – tokį tyrimo „privatizavimą“ EŽTK draudžia.
4. Sutiktina su Lietuvos Aukščiausiojo Teismo pozicija, kad po EŽTT sprendimo atnaujinta baudžiamoji byla neturi būti visais atvejais nutraukiama. Baudžiamajoje byloje nustatytos faktinės aplinkybės ir EŽTT konstatuotų

pažeidimų pobūdis gali lemti ir sprendimo iš naujo nagrinėti bylą pirmosios instancijos teisme ar apeliacine tvarka priėmimą.

5. Tais atvejais, kai nėra jokios tikimybės, kad gali būti ištirti provokacijos faktą paneigiantys įrodymai, turi būti daroma išvada, kad dėl provokacijos įtakos

atlikti veiksmai nelaikytini pavojingais, kartu nusikalstamais. Proceso požūriui tai reiškia, kad turi būti konstatuojamos baudžiamosios bylos nutraukimą sąlygojančios aplinkybės – nepadaryta nusikaltimo ar baudžiamojo nusizengimo požymių turinti veika (BPK 3 straipsnio 1 dalies 1 punktas).

LITERATŪRA

1. Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2000 m. gegužės 8 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos operatyvinės veiklos įstatymo 2 straipsnio 12 dalies, 7 straipsnio 2 dalies 3 punkto, 11 straipsnio 1 dalies ir Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodekso 198¹ straipsnio 1 bei 2 dalių atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai“ // Valstybės žinios. 2000, Nr. 39-1105.
2. Bertel Ch., Venier A. Strafprozessrecht. Wien, 2007.
3. Beulke W. Strafprozessrecht 9., neu bearbeitete Auflage. Heidelberg, 2006.
4. Gaede K., Buermeyer U. Beweisverwertungsverbote und „Beweislastumkehr“ bei unzulässigen Tatprovokationen nach jüngsten Rechtsprechung des EGMR // HRRS Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht <http://www.hrr-strafrecht.de>, 2008 Nr. 6.
5. Goda. G. Agento provokatoriaus veikla ir žmogaus teisė į sąžiningą procesą. // Teisė. 2000, t. 37, p. 34–43.
6. Kindhäuser U. Strafprozessrecht. Baden–Baden, 2006.
7. Kinzig J. Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR: Muss die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden? // Strafverteidiger. 1999, Nr. 5, S. 288–292.
8. Kühne H. Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht. 6. Auflage. Heidelberg, 2003. S. 515.
9. Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso komentaras. Bendroji dalis (1–98 straipsniai) / Sud. J. Prapiestis. Vilnius, 2004.
10. Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodekso komentaras. I–IV dalys (1–220 straipsniai) [mokslinis redaktorius G. Goda], Vilnius, 2003.
11. Seiler S. Strafprozessreform 2004. Ergänzungsband zum Lehrbuch Strafprozessrecht. 2. überarbeitete Auflage. Wien, 2006.
12. Roxin. C. Strafverfahrensrecht. 25. Auflage. München, 1998.

DIE ABGRENZUNG ZWISCHEN DEM MODELL DER STRAFTATIMITATION ALS ZULÄSSIGER PROZESSHANDLUNG UND VERBOTENER TATPROVOKATION

Gintaras Goda

Z u s a m m e n f a s s u n g

In litauischer StPO und im Gesetz über operative Tätigkeit ist das Modell der Straftatimitation als zulässiges Mittel für die Bekämpfung der Kriminalität vorausgesehen. Das Tatprovokationsgefahr ist Hauptproblem bei der Anwendung des Modells. Neueste Rechtsprechung der EMRK zeigt dass litauische Rechtspraxis in diesem Bereich nicht immer Konventionskonform ist. In Fällen *Ramanauskas v. Litauen* und *Malininas v. Litauen* wurde festgestellt dass das Verfahren in Litauen nicht fair war. EGMR

hat entschieden dass beide Antragssteller die Opfer der Provokation sind – die Straftat wurde imitiert ohne Beweisen über früheres strafrechtsrelevantes Verhalten den Betroffenen.

In litauischen Gesetzen ist die Provokation verboten. Das litauische Verfassungsgericht hat im Jahre 2000 hat ganz eindeutig erklärt dass die Behauptungen über die Tatprovokation im jedem Gerichtsverfahren sorgfältig zu prüfen sind. Die genannte Entscheidungen des EGMR zeigen dass für litauische

Staatsanwälte und Richter nicht immer klar ist wann die Tätigkeit verdeckten Ermittlern als Provokation zu bewerten ist. Die Analyse der Rechtsprechung des EGMR in litauischen und anderen Fällen (*Teixeira de Castro v. Portugalia*, *Sequeira v. Portugal*, *Sapunarescu v. Germany*, *Pyrgiotakis c. Grece*) lässt die Kriterien für die Abgrenzung der zulässigen Tätigkeit von der Tatprovokation formulieren. Wichtigste von denen sind: das Modell nur dann zulässig ist, wenn die Information über die durch StGB verbotene Tätigkeit schon vorhanden ist, die alle Argumente über die Provokation im Gerichtsverfahren während der Beweissaufnahme öffentlich unter der Wirkung Parteiverfahrensprinzip zu verhandeln sind, die Be-

weise die Ergebniss der Tatprovokation sind haben keine Beweisskraft.

Nach der Feststellung der Tatprovokation ist das Verfahren einzustellen. Die Alternative der Strafmilderung ist abzulehnen, weil vom der Staat provozierte Tat kann nicht als Straftat bezeichnet werden. Das Prinzip *venire contra factum proprium* verletzt wird wenn der Staat bestraft für das Handeln das selbst provoziert hat. Andererseits, nich jede die Verletzung der EMRK feststellende Entscheidung EGMR die Pflicht das Verfahren einzustellen begründet. Bei der Wiederaufnahme des Verfahrens nicht auszuschliessen ist das neue Beweissaufnahme Tatprovokation verneinen lässt.

Itiekta 2009 m. balandžio 16 d.
Priimta publikuoti 2009 m. rugsėjo 9 d.