

PROVOKACIJA KAIP PRIEMONĖ RENKANT ĮRODYMUS BAUDŽIAMAJAME PROCESĖ

Raimundas Jurka

Mykolas Romeris universiteto Teisės fakulteto
Baudžiamosios teisės ir proceso institutas
Ateities g. 20, LT-08303 Vilnius, Lietuva
Telefonas (+370 5) 271 4584
Elektroninis paštas btpi@mruni.eu

Pateikta 2013 m. kovo 2 d., parengta spausdinti 2013 m. birželio 22 d.

Anotacija. Straipsnyje pateikiama provokacijos, kaip priemonės, jos formų renkant įrodymus baudžiamajame procese dvilypumo analizė. Baudžiamojo proceso įstatymų, teorijos ir teisminės praktikos analizė leidžia teigti, kad įrodymų rinkimo procese įgyvendinant nusikalstamą veiką imituojančius veiksmus absoliučiai neleistinas veiksmas, t. y. provokacija gali pasireikšti ne vien tik poveikiu ar kitokiu aktyviu skatinimu asmenį daryti nusikalstamą veiką. Pasirodo, provokuoti, t. y. „ne gaudyti kaltininką, o jį sukurti“, įmanoma ir asmens visiškai neskatinant daryti teisei priešingą veiką. Tai laikytina pasyvia arba netiesiogine provokacija. Pastarosios esmė – minimalios rizikos efekto, reiškiančio, kad nesant aktyvios provokacijos požymių asmuo, veikdamas iš anksto teisėsaugos institucijų suplanuotoje dirbtinėje, jau kurį laiką besitęsiančioje situacijos imitacijoje, suvokia, jog ši situacija yra neišprastai patogi elgtis nusikalstamai esant minimaliai rizikai būti patrauktam baudžiamajon atsakomybėn, sukūrimas. Pasyvaus provokavimo identifikavimas yra komplikuočiau, įmanomas tik preciziškai įvertinus teisėsaugos institucijų pareigūnų elgesio, galimai išprovokuoto asmens ir padarytos nusikalstamos veikos santykio subjektyvų ir objektyvų kriterijus.

Reikšminiai žodžiai: provokacija, nusikalstama veika, imitavimas, skatinimas, įrodymai, baudžiamasis procesas.

Įvadas

Duomenų rinkimo tiriant nusikalstamas veikas tikslas – išsamus ir visapusiškas baudžiamosios bylos aplinkybių pažinimas siekiant, kad galutinis sprendimas byloje būtų priimtas maksimaliai priartėjus prie tiesos. Lietuvos Respublikos BPK¹ numatyty duomenų rinkimo, tikrinimo ir vertinimo priemonių bei būdų visuma grindžiama viešo ir neviešo pobūdžio procesiniais tyrimo veiksmais, kurių įgyvendinimas (pasirinkimas bei derinimas) priklauso nuo konkrečios baudžiamosios bylos faktinių aplinkybių. Jų pažinimas neretai reikalauja neviešo pobūdžio veiksmų, numatyty Lietuvos Respublikos BPK 154, 158, 159 ir 160 straipsniuose, kaip procesinių prievartos priemonių, pasitelkimo. Ypač nemažai aktualijų ir diskusijų aiškinant bei taikant baudžiamojo proceso įstatymus, vertinant surinktų įrodymų legitimumą, sukelia nusikalstamą veiką imituojančių veiksmų teisinis įvertinimas. Atrodytų, jog Lietuvos baudžiamojo proceso teisės teorijoje, proceso įstatymuose ir teisminėje praktikoje analizuojamasis veiksmas yra plačiai aptartas, išanalizuotas bei sulaukęs pakankamo, kartu ir kritiško, dėmesio², tačiau teisminės praktikos byloje, kuriose dominuoja įrodymai, surinkti imituojant nusikalstamą veiką, evoliucija rodo įrodymų rinkimo esant provokacijos požymiams vertinimo kaitą.

Iš pirmo žvilgsnio gali pasirodyti, kad provokacijos renkant įrodymus baudžiamajame procese klausimas jau yra pakankamai atskleistas, todėl nebelieka pagrindo tęsti diskusiją. Tačiau autoriaus manymu, šiame straipsnyje reikalinga ir tikslinga aptarti teisminėje praktikoje regimos provokacijos renkant įrodymus formų dvilypumą. O būtent, šiuo metu didesnių diskusijų nebekyla dėl tradiciškai suvokiamos provokacijos sampratos, kuriai būdingas aktyvus asmens skatinimas, spaudimas daryti nusikalstamą veiką, o vėliau už ją tokį asmenį traukti baudžiamojon atsakomybėn, bet savotiškas mokslinis, diskusinis vakuumas juntamas kalbant apie kitą provokacijos formą – pasyviają, netiesioginę provokaciją, kuriai esant tradiciškai suvokiamo aktyvaus skatinimo iš teisės saugos institucijų pareigūnų pusės nebelieka. Tačiau vis tiek esama provokuojančiojo elgesio simptomų. Kokia forma ar pavidalu tai gali pasireikšti, nuo kokių kriterijų ir sąlygų priklauso galimos asmens provokacijos nesant jokio asmens tiesioginio skatinimo nusikalsti vertinimas? Į šį ir kitus klausimus ir bandoma atsakyti šiame straipsnyje.

Esminis šio straipsnio tikslas – išanalizuoti provokacijos, kaip priemonės, ir jos formų dvilypumą išskiriant pasyvios provokacijos formą bei apibrėžiant kriterijus, kuriais vadovaujantis būtų galima identifikuoti nusikalstamos veikos imitavimo supanašėjimą su provokuojančiu teisės saugos institucijų pareigūnų elgesiu.

-
- 1 Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodeksas. *Valstybės žinios*. 2002, Nr. 37-1341 (su vėlesniais pataisymais ir papildymais).
 - 2 Plačiau žr.: Goda, G. Nusikalstamos veikos imitacijos modelio kaip neteisėto tyrimo veiksmo atskyrimas nuo draudžiamo provokavimo daryti nusikalstamą veiką. *Teisė*. 2009, 73: 20; Šimkus, K. Nusikalstamos veikos imitacijos modelio ir slaptosios operacijos vieta operatyvinėje veikloje. *Jurisprudencija*. 2003, 42 (34): 67; Goda, G. Agento provokatoriaus veikla ir žmogaus teisė į sąžiningą procesą. *Teisė*. 2000, 37: 34 ir kt.

Mokslinio straipsnio objektas – provokacijos apibrėžtis, jos formų renkant įrodymus baudžiamajame procese identifikavimas ir jų vertinimas. Šis tyrimo objektas analizuojamas pasitelkiant istorinį, lyginamosios analizės, kritikos, dokumentinį ir kitus ne mažiau svarbius tyrimo metodus, leidusius autoriui palaiapsniui analizuoti aktualius šio straipsnio klausimus.

1. Provokacijos apibrėžties ribos

Istoriniai šaltiniai liudija, jog provokacijos renkant įrodymus baudžiamosiose bylose apibrėžties, taigi atitinkamai ir vertinimo problema buvo keliamą dar XIX amžiaus antrojoje pusėje. Antai, precedentinės teisės tradicijų valstybėse provokacijos kilmė buvo siejama su valstybės institucijų neleistinu poveikiu asmens apsisprendimui, kokį elgesį pasirinkti – teisėtą ar neteisėtą. Štai dar *Goode prieš Jungtines Valstijas* (*Goode v. United States*) (1895 m.), *Grimson prieš Jungtines Valstijas* (*Grimson v. United States*) (1894 m.) bylose buvo teigiama, kad teisėsaugos pareigūno esminė pareiga – užkardyti nusikaltimus. Jis negali kurstyti ir sukurti nusikaltimo dėl vienintelio tikslo – persekioti ir vėliau už tai bausti. Vėlesnėse, o būtent – *Visuomenė prieš Tomasovich* (*People v. Tomasovich*) (1922 m.), *Visuomenė prieš Malone* (*People v. Malone*) (1930 m.) bylose teismai nurodė – pripažintina, jog kai pareigūnas paskatina asmenį daryti nusikaltimą, kurio jis nebūtų daręs nesant tokio skatinimo, teisė negali bausti tokio sugundyto (įvilieto) asmens, ir tik jeigu tokį skatinimą lėmė pareigūno ketinimai, o kaltininkas nė nesvarstė nusikalsti. *Visuomenė prieš Makovsky* (*People v. Makovsky*) (1934 m.) byloje buvo konstatuota, jog nors masalas (angl. – *decoy*) gali būti panaudojamas siekiant paspėsti spąstus nusikaltėliams ir taip sudaryti prielaidą jiems atlikti nusikalstamus veiksmus, teisėsaugos pareigūnai savo veiksmais negali „sukurti“ ketinimų elgtis nusikalstamai ir tuomet įvilieti į spąstus bei paveikti (paskatinti) nekaltus asmenis padaryti nusikaltimą³. Taigi atrodytų, kad provokacijos renkant įrodymus baudžiamajame procese tema per daugelį metų jau išsikvėpė, tarytum į visus klausimus – kas laikytina provokacija, kokios jos formos, kokios tai įtakos turi sąžiningam procesui ir t. t., jau yra atsakyta ir tai yra savaime suprantamas kaip absoliučiai neleistinas veiksmas. Vis dėlto ilgainiui teisės modernėjimo procese kylantys klausimai reikalauja labiau pamatuotų ir pagrįstesnių atsakymų, kas ir lemia iki šiol besitęsiančias diskusijas apie provokaciją ir jos formas.

Sugrįžtant į šių laikų baudžiamojo proceso teisės doktriną, pozityviąją teisę ir teisminę praktiką vis dėlto pripažintina, jog provokacijos prielaidų renkant įrodymus baudžiamajame procese klausimas išlieka aktualus, mat „nusikalstamumo pramonė“ nepaliaujamai vystosi, dėl ko ir kovos su šiuo reiškiniu instrumentarijus pasirinkimas neretai kelia grėsmę dėl neteisėtų tokios kovos būdų. Lietuvos teisėje diskusijos apie provokaciją renkant įrodymus baudžiamajame procese prasidėjo XX amžiaus paskutinio dešimtmečio pabaigoje, todėl siekiant apčiuopti provokacijos esmę, suvokti, kokio-

3 Karnes, W. G. Illegal Entrapment by Police Officer in Sale of Unlawful Weapons. *Journal of Criminal Law & Criminology*. 1935, 1: 949–951.

mis formomis ji gali pasireikšti, tikslinga bent trumpai apžvelgti, kaip palaiptui kito provokacijos apibrėžtis.

Bene pirmasis teisės šaltinis, išplėtojęs provokacijos draudimo, jos grėsmės bei įtakos sąžiningam teisiniam procesui valstybės specialiosioms tarnyboms vykdant joms pavestas užduotis, skirtas kovai su nusikalstamumu, klausimus buvo Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2000 m. gegužės 8 d. nutarimas⁴, skelbęs, jog valstybės valdžios institucijos negali nustatyti tokio teisinio reguliavimo, kuris leistų valstybės specialiosioms tarnyboms kurstyti, provokuoti asmenį padaryti nusikaltimą, kad vėliau dėl to atsirastų pagrindas šį asmenį nubausti. Pasak teismo, nusikalstamos veikos imitavimo modeliu negali būti kurstomas ar provokuojamas naujo nusikaltimo darymas, negali būti kurstoma padaryti nusikalstamą veiką, kurią asmuo tik rengė ir tokius veiksmus nutraukė. Galima teigti, kad ši konstitucinės justicijos byla lėmė pirmosios provokacijos sąvokos susiformavimą įstatyminiu lygmeniu. Antai, 2002 m. priimtame naujos redakcijos Lietuvos Respublikos operatyvinės veiklos įstatyme⁵, būtent jo 6 straipsnio 5 dalyje, pirmą kartą apibrėžta provokacijos samprata – tai spaudimas, aktyvus skatinimas ar kurstymas padaryti nusikalstamą veiką apribojant asmens veiksmų pasirinkimo laisvę, jei dėl to asmuo padaro ar kėsinaisi padaryti nusikalstamą veiką, kurios prieš tai neketino padaryti. Nepakitusi sąvoka išliko ir nuo 2013 m. sausio 1 d. galiojančiame Lietuvos Respublikos kriminalinės žvalgybos įstatyme⁶.

Šios sąvokos pagrindu, taip pat remdamasi EŽTT praktika, provokacijos renkant įrodymus baudžiamajame procese esmę ir reikšmę teisingam bylų procesui yra išplėtojusi ir Lietuvos aukštesniųjų teismų formuojama praktika. Antai, 2001 m. vasario 27 d. kasacinėje nutartyje⁷ Nr. 2K-7-52/2001 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo išplėstinė septynių teisėjų kolegija nurodė, kad provokacija – tai asmens lenkimas (kurstymas) padaryti nusikalstamą veiką, turint tikslą vėliau su juo susidoroti teisėsaugos institucijų pagalba patraukiant baudžiamojon atsakomybėn dėl nusikalstamos veikos, kuri buvo padaryta sukursčius. Teismas pažymėjo, kad nusikaltimo provokacija yra artima kurstymui, tačiau tai ne tapatus reiškinys. Nusikaltimo provokacija tai kurstymo padaryti nusikaltimą atmaina. Kitoje byloje (2006 m. spalio 4 d. kasacinė nutartis⁸ Nr. 2K-549/2006) teismas nurodė, kad provokacija kaip veika gali pasireikšti kito asmens lenkimu padaryti konkrečią nusikalstamą veiką jį įtikinėjant, grasinant, šantažuojant, prašant ar naudojant kitus veiksmus, palaužiančius asmens valią ir turinčius įtakos jo apsisprendimui elgtis nusikalstamai. 2008 metais atnaujintoje byloje kasacinis teis-

4 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.

5 Lietuvos Respublikos operatyvinės veiklos įstatymas. *Valstybės žinios*. 2002, Nr. 65-2633 (negalioja nuo 2013 m. sausio 1 d.).

6 Lietuvos Respublikos kriminalinės žvalgybos įstatymas. *Valstybės žinios*. 2012, Nr. 122-6093.

7 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus išplėstinės septynių teisėjų kolegijos 2001 m. vasario 27 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-7-52/2001.

8 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2006 m. spalio 4 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-549/2006.

mas, remdamasis Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo, EŽTT jurisprudencija, yra nurodęs, kad provokacijos faktas nustatytinas ir tokiu atveju, kai galima daryti išvadą, kad konkreči veika nebūtų buvusi atlikta be valstybės pareigūnų įsikišimo (2008 m. gruodžio 16 d. nutartis⁹ Nr. 2A-P-6/2008). Kiek abstrakčiau provokacijos esmę 2009 metais atnaujintoje byloje (2009 m. kovo 5 d. nutartis¹⁰ Nr. 2A-P-2/2009) atskleidė kasacinio teismo plenarinė sesija, nurodydama, kad „nustatant provokaciją turėtų būti atsižvelgiama ne vien tik į NVIM dalyvių veikimo būdą modelio realizavimo metu (t. y. į tai, ar buvo asmens spaudimas, skatinimas, kurstymas, įtikinėjimas ir pan. padaryti konkrečią nusikalstamą veiką); provokavimo faktas nustatytinas iš visų bylos aplinkybių, įskaitant ir aplinkybes, nesusijusias su NVIM dalyvių veikla, visumos, kurioje reikšminga yra tai, ar buvo pakankamas pagrindas įtarti asmenį iki modelio taikymo darant nusikalstamą veiką ar rengiantis ją daryti, kai tokio rengimosi jis nebuvo nutraukęs; provokavimas konstatuotinas tada, kai iš aplinkybių visumos galima daryti išvadą, kad atitinkama veika nebūtų buvusi atlikta be NVIM dalyvių įsikišimo“. Su provokacija supanašėjanti situacija laikoma ir tuomet, kada privatūs asmenys veikia kontroliuojami bei prižiūrimi pareigūnų ir skatina nusikalsti asmenį, apie kurio nusikalstamą veiką jokių konkrečių duomenų neturima (2010 m. lapkričio 30 d. kasacinė nutartis¹¹ Nr. 2K-544/2010). Specialiai sukurtą situaciją, verčiančią kaltininką atlikti nusikalstamus veiksmus, taip pat pasirinkimo laisvės elgtis vienaip ar kitaip apribojimą kaip vienus iš esminių provokacijos elementų kasacinis teismas yra nurodęs 2010 m. balandžio 27 d. kasacinėje nutartyje¹² Nr. 2K-255/2010 ir 2011 m. lapkričio 29 d. kasacinėje nutartyje¹³ Nr. 2K-510/2011. Išvada, kad valstybės pareigūnai skatina asmenis daryti nusikalstamas veikas, gali būti daroma ne tik tada, kai nustatoma, jog asmenys, prieš kuriuos atliekami neviešo pobūdžio veiksmai, buvo tiesiogiai įtikinėjami, raginami atlikti priešingus teisei veiksmus, bet ir tada, kai pareigūnų elgesys nebuvo vien tik pasyvus ir iš jo galima spręsti, kad ilgesnį laiką besitęsiantys pareigūnų veiksmai turėjo esminę įtaką asmenų, prieš kuriuos buvo taikomos neviešo pobūdžio priemonės, veiksmams (2012 m. gegužės 29 d. kasacinė nutartis¹⁴ Nr. 2K-262/2012). Anot teismo, provokacija yra ir tada, kai asmuo nesirengė daryti nusikaltimo, o teisėsaugos pareigūnai sukurstė asmenį padaryti nusikaltimą. Taigi provokacija pripažįstama tada, kai nusikaltimas be teisėsaugos pareigūnų žinios nebūtų padarytas (2012 m. lapkričio 6 d. kasacinė nutar-

9 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2008 m. gruodžio 16 d. nutartis Nr. 2A-P-6/2008.

10 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2009 m. kovo 5 d. nutartis Nr. 2A-P-2/2009.

11 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2010 m. lapkričio 30 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-544/2010.

12 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2010 m. balandžio 27 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-255/2010.

13 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2011 m. lapkričio 29 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-510/2011.

14 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2012 m. gegužės 29 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-262/2012.

tis¹⁵ Nr. 2K-530/2012). Galiausiai išankstinės įtakos (poveikio) pažeidėjui buvimas taip pat yra vienas iš požymių, rodančių, jog esama provokacijos prielaidų (2010 m. kovo 3 d. nutartis¹⁶ Nr. N438-137/2010).

Taigi teisminės praktikos pavyzdžių fragmentinis iliustravimas rodo, kad provokacijos renkanti įrodymus baudžiamajame procese esmė teisminėje praktikoje dažniausiai siejama su aktyvia teisėsaugos institucijų pareigūnų, jų pasitelktų privačių asmenų veikla, kuria asmuo yra lenkiamas, kurstomas daryti nusikalstamą veiką, lenkiamas daryti tokią veiką jį įtikinėjant, grasinant, šantažuojant, kitaip palaužiant (pavyzdžiui, apeliuojant į prašomo asmens gailėtį, skundžiantis bloga savijauta ir pan.¹⁷) tokio asmens valią, kitaip valstybės pareigūnams įsikišant, specialiai sukuriant situaciją, verčiančią kaltininką atlikti nusikalstamus veiksmus, nors apie nusikalstamą veiką jokių konkrečių duomenų neturima, išankstinė įtaka (poveikis) asmeniui ir pan. Būtent tokių su provokavimu susijusių elementų visuma lemia valstybės, taip pat ir valstybės pasitelkiamų privačių asmenų aktyvi veikla, kuri neapsiriboja pasyviu veikimu. Tai, jog provokuojantis elgesys paprastai siejamas su aktyviu šio reiškinio pobūdžiu, nusako ir terminas „provokacija“ [lot. *provocatio* – sukėlimas] siejamas su pastangomis dirbtinai sukelti kokius nors veiksmus, kieno nors reakciją, gal net jam pačiam pražūtingą¹⁸. Taigi pastangos specialiai sukelti kokius nors veiksmus, dėl kurių apribojama asmens valia pasirinkti vieną ar kitą elgesio būdą, ir atitinkamai lemiančius teisėsaugos institucijų pareigūnų siekį sulaukti norimo, įsivaizduojamo provokuojamo asmens elgesio arba priešingai – neveikimo, kai įstatymai numato pareigą pasirinkti aktyvų elgesio variantą, siejamos su aktyvia provokacijos forma. Kyla klausimas – ar Lietuvos Respublikos BPK 158 straipsnio 4 dalyje ir 159 straipsnio 3 dalyje įtvirtintas draudimas atliekant nusikalstamą veiką imituojančius veiksmus provokuoti asmenį padaryti nusikalstamą veiką leidžia daryti išvadą apie kitokią provokacijos formą nei aktyviają provokaciją? Ar apskritai apie provokaciją galima kalbėti tik tuomet, kai teisėsaugos institucijų pareigūnai baudžiamojo proceso metu taiko tokius stebėjimo metodu grindžiamus duomenų rinkimo būdus, kuriais asmens, prieš kurį atliekami nusikalstamą veiką imituojantys veiksmai, nusikalstami veiksmai paskatinami aktyvia forma? Į šį klausimą galima atsakyti tik atskleidus imitacijos ir provokacijos santykį.

Apskritai teisinėje literatūroje sutinkama, kad nusikalstamą veiką imituojančiais veiksmis, t. y. imitavimu, siekiama nusikalstamas veikas linkusį daryti asmenį „sugauti, o ne sukurti“. Rašoma, kad jeigu toks asmuo yra pernelyg sužavėtas nusikalstamo elgesio ar nusikalstamų ketinimų iki jam buvo suteikta „proga“ pažeisti teisę, vadinasi, toks asmuo nėra laikomas išprovokuotu¹⁹. Nusikalstamos veikos imitacijos

15 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2012 m. lapkričio 6 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-530/2012.

16 Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2010 m. kovo 3 d. nutartis administracinėje byloje Nr. N438-137/2010.

17 Palyginimui žr.: *Vanyan v. Russia*, no. 53203/99, § 49, ECHR 2006-XII, taip pat žr.: *Bannikova v. Russia*, no18757/06.

18 *Tarptautinių žodžių žodynas*. Antra pataisyta laida. Vilnius: Alma littera, 2001, 2003, p. 611.

19 Williams, J. B. Entrapment – a Legal Limitation on Police Techniques. *Journal of Criminal Law & Police Science*. 1957, 48: 344–345.

filosofija, anot J. B. Williamso, yra ta, jog „žmogaus natūra geriausiai atveju yra gana netvirta ir nereikalaujanti ryžto daryti ką nors neteisėta. Jeigu negalime kam nors sutrukdyti daryti nusikaltimą, ką mažiausiai galime padaryti – tai atsiriboti nuo bet kokių aktyvių veiksmų, kurių veikiamas asmuo, linkęs daryti nusikaltimą, tai ketintų padaryti“. Todėl imitavimas – tai stebėjimas esant tikslui fiksuoti nusikalstamus veiksmus bei sulaikyti asmenį, kuris pats pasirinko tokį veikimo būdą, nuo tolesnio neteisėto elgesio²⁰. Ir iš tiesų, nusikalstamą veiką imituojuojantys veiksmai kaip procesinis teisinis pažinimo būdas neįmanomas be dirbtinumo – jų metu sudaromos iš anksto suplanuotos dirbtinės sąlygos ar netikras imituojuojančius veiksmus realizuojančių subjektų veikimas ir/ar neveikimas siekiant užfiksuoti asmens, apie kurio nusikalstamus ketinimus turima duomenų, nusikalstamą veiką. Taigi imitacijos esmė – sudaryti tokias iš anksto suplanuotas dirbtines sąlygas, kurioms esant duomenys apie nusikalsti linkusį asmenį ar jo daromus neteisėtus veiksmus būtų renkami tik esant lemiamai sąlygai – laisvam tokio asmens apsisprendimui kokį kelią rinktis – teisėtą ar ne. Nesvarbu, kokios dirbtinės sąlygos būtų besudarytos, kokį veikimo (pažymėtina – ne poveikio) būdą – aktyvų ar pasyvų, pasirinktų teisėsaugos institucijų pareigūnai (slaptieji agentai), svarbu, kad imitavimo procese asmeniui, apie kurio nusikalstamus ketinimus jau turima duomenų, būtų suteikta alternatyva laisvai pasirinkti – neveikti taip, kaip draudžia baudžiamieji įstatymai ar vis dėlto rinktis šių įstatymų draudimus pažeidžiantį elgesį. Būtent Lietuvos Respublikos BPK 159 straipsnyje numatytos procesinės prievartos priemonės įgyvendinimo procesinė forma sietina su valstybės negatyviosios ir pozityviosios pareigų, skirtų užtikrinti teisingą teisinį procesą, kaip nepaneigiamą²¹, įgyvendinimu. Valstybės institucijos, rinkdamos duomenis apie nusikalstamą veiką darantį ar jau padariusį asmenį, taip pat apie pačią veiką, turi susilaikyti nuo tokių veiksmų, kuriais linkęs nusikalsti asmuo būtų „sudominamas“ elgtis neteisėtai. Tai yra negatyviosios pareigos esmė. Tuo tarpu pozityvioji pareiga suponuoja valstybės institucijas imtis priemonių, jog iki pradėdant, taip pat įgyvendinant imituojuojančius veiksmus būtų šalinami provokacijos simptomai. Tas pats pasakytina ir apie tokių veiksmų provokacijos pagrindu surinktų duomenų vertinimą kaip neatitinkančių įrodymų leistinumo reikalavimų. Šių pareigų visumos pagrindu valstybės institucijos turi suvokti, kad ne kiekviena neteisėta nusikalstamos veikos imitacija yra tolygi provokacijai, jeigu kalbama apie imituojuojančių nusikalstamą veiką veiksmų neteisėtą sankcionavimą, realizavimą ir pan. Tuo tarpu provokacija yra visuomet tolygi neteisėtam nusikalstamų veiksmų imitavimui.

Taigi provokacija – paprastai tariant – tai „kūrimas iš asmens nusikaltėlio laužiant, stebint ir nieko nedarant, jog asmuo nenusikalstų“²². Kaip mažų mažiausiai neteisišką²³ teisėsaugos institucijų elgesį sudarant tokias sąlygas, kurioms esant asmuo,

20 *Ibid.*

21 Plačiau žr.: Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2005 m. lapkričio 10 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos administracinių teisės pažeidimų kodekso 163² straipsnio (2002 m. liepos 5 d. redakcija) 5 dalies ir šio straipsnio (2003 m. liepos 4 d. redakcija) 6 dalies atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“. *Valstybės žinios*. 2005, Nr. 134-4819.

22 Williams, J. B., *supra* note 19, p. 344–345.

23 Menachem, A. Criminal Undercover Agents or “Bad People” Doing “Good Things”. *Substance Use & Misuse*. 2003, 38 (10): 1427.

kurio atžvilgiu atliekami nusikalstamą veiką imituojantys veiksmai, neatsispiria nusikalstamiems ketinimams, gali apibūdinti teisinėje literatūroje išskiriami požymiai, mat, pasak L. H. Hocko, „provokavimas – tai nei suktybė, nei kažkas kita, ką būtų galima tiksliai apibūdinti“²⁴.

Šie požymiai būtų tokie: *pirma* – tai iš anksto apgalvota „viliojimo“ situacija, kai asmuo, kurio atžvilgiu imituojama nusikalstama veika, yra gundomas, raginamas, patraukiamas, įtikinamas, įkalbinėjamas, palenkiamas, priverčiamas, atitinkamas jo nusikalstamas elgesys pasiekiamas jį įkalbinėjant. Kitaip tariant, išankstinis asmens gundymas nusikalsti siejamas su neįprastai lengvų galimybių šiam asmeniui vienaip ar kitaip elgtis sudarymu²⁵. Šis požymis, anot minėto autoriaus, gali apibūdinti ir tokią situaciją, kurią gana tiksliai būtų galima iliustruoti ir Lietuvos teisminės praktikos pavyzdžiu, o būtent – tęsiant pareigūnų veiksmus, pradėtus pagal NVIM, nesant provokacijos, dėl ilgalaikio asmens, kurio atžvilgiu vykdomas tyrimas, nusikalstamos iniciatyvos palaiškymo, net kai pati iniciatyva kyla ne iš pareigūnų, o iš asmens, kurio atžvilgiu vykdomas tyrimas, susidaro situacija, kai formaliai teisėti valstybės veiksmai supanašėja su provokacija ir tampa neteisėti²⁶. Kitaip tariant, čia pradeda ryškėti pasyvios, netiesioginės provokacijos požymiai. *Antra*, provokavimas neatsiejamas nuo slaptumo ir iš anksto suplanuotos, dirbtinės situacijos. *Trečia*, provokavimui apibūdinti ypač svarbu suvokti tikslus, kurių siekia teisėsaugos institucijų pareigūnai. Teisėtu tikslu gali būti tik vienintelis siekis – stebint asmenį surinkti duomenis apie jį, jo daromą nusikalstamą veiką, taip pat kitus asmenis, galimai susijusius su šia veika. *Ketvirta*, provokacijos, kaip absoliučiai neleistino veiksmo, esmę nusako ir valstybės institucijų įsikišimas. Nesvarbu, kas inicijuoja provokuojančius veiksmus – teisėsaugos institucijų pareigūnai ar privatūs asmenys, veikiantys per minėtus pareigūnus, pozityvioji bei negatyvioji atsakomybė už provokuojančius veiksmus visuomet atitenka valstybės institucijoms. *Penkta* – tai provokacijos pasekmė – nusikalstama veika, kuri nebūtų buvusi padaryta be teisėsaugos institucijų įsikišimo. Literatūroje provokacijos pasekmė yra aiškinama trimis formomis, o būtent, pirmoji, kuri laikoma tradicine, – tai nusikalstama veika, kurios asmuo nebūtų padaręs be teisėsaugos institucijų įsikišimo. Antra – asmuo buvo taip paveiktas, kad jam buvo apribota galimybė rinktis – kaip elgtis – teisėtai ar ne. Ir trečia – asmuo iki jis padarė nusikalstamą veiką veikiamas teisėsaugos pareigūnų, nebuvo „tikrasis nusikaltėlis“²⁷. Taigi šių požymių²⁸ visumos pagrindu būtų galima spręsti, ar imitacija peraugo į provokaciją, ar imitavimas nesant tiesioginio skatinimo asmenį daryti nusikalstamą veiką supanašėjo su iš pirmo žvilgsnio nieko bendro su provokacija neturinčiu teisėsaugos institucijų elgesiu. Kalbant toliau, esama ir kitų būdų, leidžiančių juridiskai diagnozuoti provokacijos prielaidas.

24 Hock, L. H. State Entrapment. *Legal Studies*. 1989, 31(1): 72.

25 *Ibid.*, p. 73.

26 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2011 m. vasario 22 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-7-86/2011.

27 Squires, D. The Problem with Entrapment. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2006, 26 (20): 356.

28 Hock, L. H., *supra* note 24, p. 73–75.

Apie šias prielaidas galima spręsti ir vadovaujantis teisinėje literatūroje išskiriamu subjektyviųjų bei objektyviųjų kriterijų testu²⁹. Sprendžiant, ar teisėsaugos institucijų elgesys buvo provokuojantis arba supanašėjantis su provokacija subjektyvus kriterijus padeda įvertinti asmens, kuris traukiamas baudžiamojon atsakomybėn, polinkį nusikalsti. Apie asmens išprovokavimą daryti nusikalstamą veiką galima kalbėti tik tuomet, jeigu nebūtų nustatyta išankstinio asmens polinkio nusikalstamam elgesiui. Autorius P. M. Hughesas, aptardamas šį kriterijų, pabrėžia asmens, kurio atžvilgiu atliekami imitavimo veiksmai, elgesio subjektyvųjų pagrindą – *mens rea* „kaltąjį protą“³⁰. Tai apibūdina baudžiamojon atsakomybėn traukiamo asmens vidines nuostatas, lėmusias polinkio daryti nusikalstamą veiką atsiradimą ir realizavimą nesant papildomo veiksnio, galinčio veikti kaip katalizatorius, t. y. teisėsaugos institucijų įsikišimo, be kurio toks asmuo nebūtų nusikaltęs. Kiti autoriai šio kriterijaus esmę nusako griežtesniu tonu. Pasak jų, šis kriterijus toleruoja asmens, kurio atžvilgiu vykdomas tyrimo veiksmas, polinkio nusikalsti atsiradimą. Tačiau to negalima pasakyti apie teisėsaugos pareigūnų elgesį, kuriuo šį „polinkį nusikalsti“ leidžiama praktiškai realizuoti³¹. Vis dėlto šio kriterijaus identifikavimas vertinant, ar atsakomybėn traukiamas asmuo nebuvo provokuojamas daryti teisės pažeidimą, ar vis dėlto toks asmuo turėjo išankstinį polinkį elgtis neteisėtai, paprastai įmanomas nustatant bei vertinant objektyvios tikrovės – išoriškai suvokiamus ir apčiuopiamus, veiksmus, t. y. asmenų elgesį, situacijos ar aplinkos sąlygas, kitas nuo vertintojo subjektyvių pažiūrų paprastai nepriklausančias faktines tiriamos nusikalstamos veikos aplinkybes. Būtent tai ir lemia objektyvaus kriterijaus kaip *sine qua non* privalomą vertinimą.

Objektyviojo kriterijaus esmė – teisėsaugos institucijų pareigūnų elgesio, vaidmens imituojant nusikalstamą veiką, vertinimas. Šio kriterijaus testavimas leidžia įvertinti teisėsaugos institucijų įtakos (poveikio) asmeniui laipsnį ir matą. Išsakoma ir nuomonių, jog šis kriterijus, be jau nurodytų, leidžia įvertinti teisėsaugos institucijų pareigūnų elgesio imituojant veiksmus sukeliama efektą – pasekmes³². Taigi, jis leidžia nubrėžti skiriamąją liniją tarp legalumo principu grindžiamų (Lietuvos Respublikos BPK 2 straipsnis) teisėsaugos institucijų procesinių funkcijų, vadinamųjų „reaguojančiojo“ ir „iniciatyvinio“ (angl. *from reactive to proactive law enforcement*)³³ pobūdžio. Pastarasis, t. y. iniciatyvinis atspalvis, neretai sukelia dvejonės dėl pernelyg nebūdingo teisėsaugos pareigūnams intereso vieno ar kito asmens atžvilgiu atlikti neviešo pobūdžio tyrimo veiksmus, galbūt net tam tikslui pasitelkiant į pagalbą privačius asmenis. Objektyvusis kriterijus leidžia apibūdinti teisėsaugos institucijų pareigūnų elgesį nepaisant asmens, kurio atžvilgiu yra imituojami veiksmai, polinkio nusikalsti forma-

29 DelCarmen, R. V. *Criminal Procedure. Law and Practice*. Second edition. Pacific Grove: Brooks/Cole Publishing Company, 1991, p. 350–352; taip pat žr.: Lord, K. M. Entrapment and Due Process: Moving toward a Dual System of Defences. *Florida State University Law Review*. 1998, 25: 470–475.

30 Hughes, P. M. What is Wrong with Entrapment? *The Southern Journal of Philosophy*. 2004, XLII: 47.

31 Colquit, J. A. Rethinking Entrapment. *American Criminal Law Review*. 2004, 41: 1401.

32 Yaffe, G. The Government Beguiled Me: The Entrapment Defence and the Problem of Private Entrapment. *Journal of Ethics & Social Philosophy*. 2005, 1(1): 16.

33 Skolnick, J. H. The Risks of Covert Facilitation. *Journal of Social Issues*. 1987, 43 (3): 79.

vimosi dėsningumą. Išoriškai matomas, suvokiamas teisėsaugos institucijų elgesys, kaip objektyvaus kriterijaus pagrindas, asmens daryti nusikalstamą veiką provokavimo kontekste gali būti vertinamas atsižvelgiant į du elementus. Pirma – tai teisėsaugos institucijų elgesys, kuriuo pažadinama asmens, apie kurio nusikalstamą polinkį tarsi turima duomenų, motyvacija elgtis nusikalstamai. Tinkamas to pavyzdys galėtų būti fragmentai iš kasacinio teismo praktikos: „[...] pagal EŽTT praktiką prašymas gauti narkotinių ar psichotropinių medžiagų apeliuojant į prašomo asmens gailestį ir skundžiantis bloga savijauta dėl atitinkamos medžiagos stokos vertinamas kaip spaudimas padaryti nusikalstamą veiką (*Vanyan v. Russia*, no. 53203/99, judgement of 15 December 2005; *Bannikova v. Russia*)³⁴. Antra – tai nepaprastai patrauklios galimybės asmeniui, apie kurio nusikalstamą polinkį turima duomenų, galimai elgtis ir neteisėtai sudarymas. Kitaip sakant, iš anksto suplanuotos situacijos, kuriai atsispirti negali teisėsaugos institucijų dėmesį patraukęs asmuo, jau leidžia kalbėti apie galimos provokacijos ženklus. Tai matyti ir iš Lietuvos Aukščiausiojo Teismo praktikos: „[...] policijos pareigūnas „V“ ėmėsi iniciatyvos, kai jis pirmą kartą užmezgė kontaktą su S. M., klausdamas, kur gali neteisėtai įsigyti psichotropinių medžiagų; po to S. M. pats pasiūlė pateikti šių medžiagų. Vykdam sandorį, jam buvo pasiūlyta didelė pinigų suma – 3000 JAV dolerių – už didelį psichotropinių medžiagų kiekį. Tai akivaizdžiai reiškė skatinimą pateikti psichotropinių medžiagų. Pirmosios instancijos teismas nuosprendyje yra pripažinęs lemiamą policijos vaidmenį³⁵. Išoriškai suvokiamą teisėsaugos institucijų elgesį įgyvendinant nusikalstamą veiką imituojančius veiksmus padedantis „išmatuoti“ objektyvusis kriterijus teisinėje literatūroje apibūdinamas ir remiantis bihevioristine bei normatyvine teorijomis. Pirmoji jų leidžia atsakyti, ar asmens, kurio atžvilgiu buvo atliekamas analizuojamas neviešo pobūdžio tyrimo veiksmas, sukėlė tokį elgesį, kurio vertinimas kartu su kitomis faktinėmis aplinkybėmis leidžia daryti išvadą apie imitavimo peraugimą į provokaciją. Antroji teorija, t. y. normatyvinė, iš esmės koncentruojama į teisėsaugos institucijų tinkamo/netinkamo (leistino/neleistino) elgesio vertinimą nepriklausomai, ar toks elgesys sukėlė kokius nors padarinius, t. y. asmens, į kurį buvo nukreiptas minėtasis tyrimo veiksmas, elgesį³⁶. Šių teorijų reikšmė – galimybė išskirti situacijas, kurios tradiciškai vertinamos kaip provokacija. Pirma – tai teisėsaugos institucijų aktyvus skatinimas ir spaudimas asmenį padaryti nusikalstamą veiką, o po to už tai jį traukti baudžiamojon atsakomybėn. Tai situacija, suponavusi bihevioristinės teorijos atsiradimą. Antra – netinkamo „taikinio“ pasirinkimas, kai teisėsaugos institucijos, imituodamos nusikalstamą veiką, neturi duomenų apie asmens, kurio atžvilgiu nukreiptas šis veiksmas, pradėtą ar daromą nusikalstamą veiką. Ir trečia – kai imituojuantys veiksmai atliekami siekiant surinkti duomenis ne apie asmens pradėtą ar daromą nusikalstamą veiką, bet apie visiškai kitus, kad ir nusikalstamus, tokio asmens

34 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus 2011 m. sausio 18 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-113/2011.

35 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus plenarinės sesijos 2009 m. kovo 5 d. kasacinė nutartis, *supra* note 10.

36 Colvin, E. Controlled Operations, Controlled Activities and Entrapment. *Bond Law Review*. 2002, 14 (2): 229–231.

ketinimus. Pastarosios dvi situacijos yra normatyvinės teorijos prielaidos. Taigi šių teorijų praktinė reikšmė – įrodymų, surinktų galimai provokacijos pagrindu, vertinimas priežasties-pasekmės santykio pagrindu.

Analizuojamas kriterijus, sudarantis galimybę apčiuopti nusikalstamą veiką imituojančių veiksmų objektyvųjį leistinumą, t. y. šio neviešo pobūdžio tyrimo veiksmo sankcionavimo bei realizavimo faktinius ir teisinius pagrindus, kartu leidžia daryti išvadas apie teisėtumo ribas peržengusio imitavimo – provokacijos, formas. Anksčiau nurodytos teisinės praktikos ekskursas, imitavimo bei provokavimo santykio atskleidimas vis dėlto leidžia plėtoti diskusiją apie provokacijos dvilypumą – aktyviają (tiesioginę) ir pasyviają (netiesioginę) provokacijų formas. Pastarosios formos apibrėžties stoka ir lemia atsakymų į klausimus – kuo šios formos skiriasi, kokios įtakos jos turi neteisėtai surinktų duomenų vertinimui ir pan., paieškas.

2. Provokacijos formos. Ar neskatinant galima išprovokuoti?

Jau buvo minėta, kad galiojančiame Lietuvos Respublikos kriminalinės žvalgybos įstatyme, taip pat ir teisinės praktikos iliustracijose provokacija renkant įrodymus baudžiamajame procese įprastai siejama su asmens spaudimu, aktyviu jo skatinimu. Taigi šios dalies esminis klausimas – ar asmenį galima išprovokuoti elgtis nusikalstamai jo neskatinant, nespaudžiant ir pan. Kitaip tariant – ar įmanoma tokia ne tik teoriškai, bet ir praktiškai apibūdinama situacija, kai nesant provokaciją liudijančių požymių sudaroma tokia situacija, kuri vis dėlto prilygsta asmens provokavimui. Šio straipsnio autoriaus nuomone – taip. Ir tai laikytina pasyvia, netiesiogine provokacija.

Apie tai, jog galima ir pasyvi provokacija, kurios apibūdinimui niekaip negali būti ieškoma požymių, būdingų klasikiniam provokacijos suvokimui, užsimenama vienoje svarbesnių EŽTT bylų prieš Lietuvą – tai *Ramanauskas prieš Lietuvą*. Šioje byloje Teismas nurodė, kad „[...] kurstymu laikytini tokie pareigūnų veiksmai, kurie [...] neapsiriboja iš esmės pasyviu nusikalstamos veikos tyrimu, bet daro subjektui tokią įtaką, kad, siekiant įrodyti nusikalstamą veiką, t. y. surinkti įrodymus ir pradėti baudžiamąjį persekiojimą, sukursto jį padaryti nusikalstamą, kuris priešingu atveju nebūtų padarytas“³⁷. Formuluoat „neapsiribojimas iš esmės pasyviu tyrimu, bet darymas subjektui tokios įtakos...“, savaime suprantama, skirta apibūdinimui, jog teisėsaugos institucijų atliekamas duomenų rinkimo procesas laikytinas provokuojančiu, jeigu šios institucijos neįprastai aktyviai, atitinkamos įtakos pagrindu, lemia asmens nusikalstamo elgesio faktą, dėl kurio jis vėliau persekiojamas baudžiamosios teisenos tvarka. Tačiau ši formuluoat kartu gali lemti ir manymą, kad ne tik aktyvus, bet ir pasyvus teisėsaugos institucijų elgesys gali sudaryti tokias situacijos sąlygas, kurios, atsižvelgiant į konkrečias bylos aplinkybes, apskritai gali reikšti nepageidaujamą elgesį, kurio nesant nebūtų nusikalstamos veikos įvykio ar asmens nusikalstamų ketinimų išoriškai apčiuo-

37 *Ramanauskas v. Lithuania* [GC], no. 74420/01, § 49-50, Reports of Judgments and Decisions 2008.

piamų požymių. Apie tokias praktiškai įmanomas situacijas, sukuriančias aktyvios ir pasyvios provokacijos formų dvilypumą, kalbama ir teisinėje literatūroje³⁸.

Taigi grįžtant prie, dabar jau perfrazuoto, klausimo – ar galima išprovokuoti asmenį jo neprovokuojant, natūraliai kyla mintys apie šio fenomeno paradigmą – nuo ko priklauso situacija, kurioje asmens atžvilgiu nesama jokio akivaizdaus tradiciškai suvokiamos provokacijos požymio, tačiau tokio asmens nusikalstamą elgesį vis dėlto paskatina teisėsaugos institucijų pareigūnų įsikišimas? Kaip šių pareigūnų neveikimas gali suveikti?

Autoriaus nuomone, čia vėl turime prisiminti nusikalstamą veiką imituojančių veiksmų esmę, t. y. lemiamą sąlygą – laisvą asmens apsisprendimą, kokį kelią rinktis – teisėtą ar ne. Neginčytina, jog ši sąlyga yra rodiklis, ar imituojantys veiksmai buvo atlikti leistinais nesant provokacijos požymių. Tačiau laisvė pasirinkti elgesio būdą turi būti „natūrali“. Kitaip sakant, teisėsaugos pareigūnai, įgyvendindami nusikalstamą veiką imituojančius veiksmus ir jų metu suteikdami galimybę asmeniui pasirinkti, negali suteikti „šanso“ asmeniui pereiti nuo galimybės pasirinkti iki galimybės nusikalsti lygmens. Valstybė, organizuodama tokį įrodymų rinkimo būdą, turi veikti išimtinai preciziškai ir neleisti, jog asmuo, apie kurio nusikalstamą elgesį jau turima duomenų, priimtų tą dirbtinę situaciją, kuri jam yra patogi ir, būtinai, patraukli. Čia, autoriaus manymu, valstybė negali sukurti minimalios rizikos efekto, reiškiančio, kad nesant aktyvios provokacijos požymių asmuo, veikdamas iš anksto teisėsaugos institucijų suplanuotos dirbtinės, jau kurį laiką besitęsiančios situacijos imitacijos sąlygomis, suvoktų, jog ši situacija yra neįprastai patogi elgtis nusikalstamai esant minimaliam rizikos „pakliūti į teisėsaugos rankas“ laipsniui. Šiuos teiginius puikiai gali pailiustruoti ir Lietuvos teisminė praktika.

Vienoje iš nutarčių Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, leisdamas suprasti, jog vis dėlto provokacija galima ir nesant aktyvaus skatinimo, nurodo, jog „[...] tęsiant pareigūnų veiksmus, pradėtus pagal NVIM, nesant provokacijos, dėl ilgalaikio asmens, kurio atžvilgiu vykdomas tyrimas, nusikalstamos iniciatyvos palaikymo, net kai pati iniciatyva kyla ne iš pareigūnų, o iš asmens, kurio atžvilgiu vykdomas tyrimas, susidaro situacija, kai formaliai teisėti valstybės veiksmai supanašėja su provokacija ir tampa neteisėtais“³⁹. Kitoje nutartyje teismas pažymėjo, jog „išvada apie tai, kad valstybės pareigūnai skatina asmenis daryti nusikalstamas veikas, gali būti daroma ne tik tada, kai nustatoma, jog asmenys, prieš kuriuos atliekami neviešo pobūdžio veiksmai, buvo tiesiogiai įtikinėjami, raginami atlikti priešingus teisei veiksmus, bet ir tada, kai pareigūnų elgesys nebuvo vien tik pasyvus ir iš jo galima spręsti, kad ilgesnį laiką besitęsiantys pareigūnų veiksmai turėjo esminę įtaką asmenų, prieš kuriuos buvo taikomos neviešo pobūdžio priemonės, veiksams“⁴⁰. Galiausiai netiesioginės provokacijos reikšmę įrodymų neteisėtumui, tačiau ir baudžiamajon atsakomybėn traukiamo asmens

38 Pavyzdžiui, Hughes, P. M., *supra* note 30, p. 49.

39 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2011 m. vasario 22 d. kasacinė nutartis, *supra* note 26.

40 Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2012 m. gegužės 29 d. kasacinė nutartis, *supra* note 14.

teisinei padėčiai nusakė Lietuvos apeliacinis teismas, teigdamas, kad „[...] turint galvoje, kad valstybės tikslas yra ginti žmonių teises, laiku užkardyti nusikaltimus, o ne juos skatinti, galima teigti, kad nusikalstamos veikos imitavimo veiksmai (modelis) turi būti tęsiami tol, kol surenkama pakankami įrodymų, leidžiančių patraukti asmenį baudžiamojon atsakomybėn. Jie turi būti nutraukiami surinkus pakankami nusikalstamos veikos įrodymų, leidžiančių pradėti ir vykdyti ikiteisminį tyrimą, kad bylą galima būtų perduoti teismui, o kaltininkas būtų greitai ir teisingai nubaustas. Formaliai nusikalstami pareigūnų veiksmai turi būti tęsiami tik tiek, kiek būtina nusikalstamoms veikoms ir jas darantiems asmenims išaiškinti. Kartu pažymėtina, kad ilgesnis imitacinių veikslių tęsimas gali suponuoti sunkesnę asmens, kuris padaro veikas, kontroliuojamas valstybės pareigūnų, baudžiamąją atsakomybę, nes padaroma daugiau veikų arba peraugama į vienos veikos stambų mastą⁴⁴¹.

Anksčiau pateikti pavyzdžiai rodo, jog nusikalstamos veikos imitavimo veikslių įgyvendinimas, kurio metu išvengiama aktyvios provokacijos elementų, dėl ilgesnio jo tęsimo gali supanašėti su provokacijos situacija, kurioje asmens laisvė pasirinkti, kaip elgtis – teisėtai ar ne, tampa objektyviai nenatūrali. Taigi teisėsaugos institucijų pareigūnai, ilgainiui suteikdami laisvę asmeniui ir toliau „rinktis“ savo veikslių pobūdį ir neužkirsdami kelio tolesniems nusikalstamiems veiksams, netiesiogiai, pasyvia forma, formaliai elgdami teisėtai, skatina nusikalstamų įvykių atsiradimo faktą. Dėl to nusikaltusio asmens teisinė padėtis akivaizdžiai kinta – padaroma daugiau veikų arba peraugama į vienos veikos stambų mastą. Šiuo požiūriu teisinis autorius G. Goda, teigdamas, jog tokiu atveju asmens „traukimas atsakomybėn nėra galimas, nes valstybė pažeistų principą *venire contra factum proprium*, reiškiantį, kad valstybės institucijos negali elgtis prieštaringai – skatinti padaryti veiką, o paskui bausti už jos padarymą. Nubaudimas tokiu atvejų iškreiptų ir principą *nulla poena sine iudicium* (nėra bausmės be (tinkamo) proceso), nes iš neteisybės pradėtas procesas negali tapti legitimus – nubaudimo tikslais suplanuotas procesas virsta farsu⁴⁴². Baudžiamojo proceso veiksmai, kad ir formaliai teisėti, prasilenkiantys su tinkamam (sąžiningam) procesui keliamais reikalavimais, negali būti pateisinami, mat „nusikaltimo provokacija – tai kurstymo padaryti nusikaltimą atmaina⁴⁴³, kuri, savaime suprantama, tarsi baudžiamojo proceso paskirties svetimkūnis. Teisėsaugos pareigūnų elgesys imituojuoju nusikalstamą veiką nieko nedarant, jog kaltininkas nebetęstų, toliau nevykdytų nusikalstamų sumanymų, kad ir vienaarūšių, niekaip nesuderinama nei su Lietuvos Respublikos BPK 158 ir 159 straipsniuose numatytų tyrimo veikslių paskirtimi, nei su konstituciniu baudžiamojo proceso principu – tinkamu teisiniu procesu⁴⁴.

41 Lietuvos apeliacinio teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2011 m. lapkričio 11 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 1A-157/2011; taip pat žr.: Lietuvos apeliacinio teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2011 m. spalio 28 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 1A-226/2011; Lietuvos apeliacinio teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2012 m. gegužės 31 d. nuosprendis baudžiamojoje byloje Nr. 1A-106/2012.

42 Goda, G., *supra* note 2, p. 20.

43 Šimkus, K. Nusikalstamos veikos imitacijos modelio kaip neteisėto tyrimo veiksmo atskyrimas nuo draudžiamo provokavimo daryti nusikalstamą veiką, *supra* note 2, p. 67.

44 Plačiau žr.: Jurgaitis, R. Konstituciniai baudžiamojo proceso teisės pagrindai. *Sąžiningas baudžiamasis procesas: probleminiai aspektai*. Vilnius: Industrus, 2009, p. 33–38.

Tiesa, vis dėlto reikia sutikti su tuo, jog pati savaime teisėsaugos institucijų pareigūnų, kaip pasyvių įvykio stebėtojų, veikla nėra neleistina bei nesukelianti didesnių problemų žmogaus teisių apsaugos požiūriu⁴⁵. Tačiau kartu pažymėtina, kad tinkamo teisinio proceso principas reikalauja patikrinti, ar įgyvendinant neviešo pobūdžio tyrimo veiksmą pareigūnų iš esmės pasyvi veikla nebuvo tik iliuzija, o priešingai – provokacijos aliuzija.

Apibendrinant galima teigti, kad baudžiamojo proceso taisyklės iš teisėsaugos institucijų pareigūnų, kaip viešosios teisės subjektų, reikalauja veikti tik pagal jiems suteiktą kompetenciją *intra vires* įgyvendinant nusikalstamą veiką imituojančius veiksmus. Bet koks provokuojantis ar su provokacija supanašėjantis elgesys *ultra vires* vertintinas ne tik kaip veiklos teisėtumo principo, bet ir surinktų duomenų atitikties įrodymų leistinumui (Lietuvos Respublikos BPK 20 straipsnio 1 ir 4 dalys) reikalavimui pažeidimas. Su teisinio proceso legitimumu nieko bendro neturi ne tik aktyvus asmens skatinimas daryti nusikalstamą veiką, t. y. aktyvi (tiesioginė) provokacija, bet ir kitoks elgesys, kuris formaliai būdamas teisėtas dėl ilgalaikio asmens iniciatyvos palaikymo, net kai iniciatyva kyla ne iš teisėsaugos institucijų pareigūnų pusės, supanašėja su provokavimu, t. y. pasyvia (netiesiogine) provokacija. Abi šios provokacijos formos pasekmių požiūriu yra tapačios, mat lemia įrodymų, surinktų pažeidžiant procesinio veiksmo reikalavimus, juridinę atskirtį nuo baudžiamojo proceso paskirties.

Išvados

1. Baudžiamojo proceso įstatymų, teisės doktrinos ir teisminės praktikos analizė leidžia teigti, kad ilgainiui provokavimo atliekant nusikalstamą veiką imituojančius veiksmus apibrėžtis kito. Nuo tradiciškai suvokiamo provokavimo elemento – aktyvaus skatinimo, pamažėle pereinama ir link atvejų, kai apie provokavimą galima kalbėti ir nesant aktyvaus skatinimo.

2. Subjektyvaus ir objektyvaus kriterijų, leidžiančių vertinti, ar imituojant nusikalstamą veiką nebuvo provokacijos renkanti įrodymus prielaidų, taikymas lemia išvadą esant dviem provokacijos formoms. Tai aktyvi ir pasyvi provokacijos formos. Pastarosios esmė – teisėsaugos institucijų pareigūnams prisijungus prie daromos nusikalstamos veikos ir sudarius dirbtines sąlygas nieko nedarymas (neveikimas), kad asmuo toliau nebetęstų, nedarytų teisei priešingų ir pavojingų veikų.

3. Valstybė, sukurdamą minimalios rizikos efektą (iliuziją), reiškiantį, kad nesant aktyvios provokacijos požymių asmuo, veikdamas iš anksto teisėsaugos institucijų suplanuotos dirbtinės, jau kurį laiką besitęsiančios situacijos imitacijos sąlygomis, suvokia, jog ši situacija yra neįprastai patogi elgtis nusikalstamai esant minimaliai rizikai „pakliūti į teisėsaugos rankas“, suponuoją pasyvios provokacijos požymių atsiradimą.

45 Goda, G. *Agento provokatoriaus veikla ir žmogaus teisė į sąžiningą procesą*, supra note 2, p. 34.

Literatūra

- Colquit, J. A. Rethinking Entrapment. *American Criminal Law Review*. 2004, 41.
- Colvin, E. Controlled Operations, Controlled Activities and Entrapment. *Bond Law Review*. 2002, 14 (2).
- DelCarmen, R. V. *Criminal Procedure. Law and Practice*. Second edition. Pasific Grove: Brooks/Cole Publishing Company, 1991.
- Goda, G. Agento provokatoriaus veikla ir žmogaus teisė į sąžiningą procesą. *Teisė*. 2000, 37.
- Goda, G. Nusikalstamos veikos imitacijos modelio kaip neteisėto tyrimo veiksmo atskyrimas nuo draudžiamo provokavimo daryti nusikalstamą veiką. *Teisė*. 2009, 73.
- Hock, L. H. State Entrapment. *Legal Studies*. 1989, 31(1).
- Hughes, P. M. What is Wrong with Entrapment? *The Southern Journal of Philosophy*. 2004, XLII.
- Yaffe, G. The Government Beguiled Me: The Entrapment Defence and the Problem of Private Entrapment. *Journal of Ethics & Social Philosophy*. 2005, 1 (1).
- Jurgaitis, R. Konstituciniai baudžiamojo proceso teisės pagrindai. *Sąžiningas baudžiamasis procesas: probleminiai aspektai*. Vilnius: Industrias, 2009.
- Karnes, W. G. Illegal Entrapment by Police Officer in Sale of Unlawful Weapons. *Journal of Criminal Law & Criminology*. 1935, 1.
- Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodeksas. *Valstybės žinios*. 2002, Nr. 37-1341 (su vėlesniais pataisymais ir papildymais).
- Lietuvos Respublikos kriminalinės žvalgybos įstatymas. *Valstybės žinios*. 2012, Nr. 122-6093.
- Lietuvos Respublikos operatyvinės veiklos įstatymas. *Valstybės žinios*. 2002, Nr. 65-2633.
- 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.
- Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2005 m. lapkričio 10 d. nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos administracinių teisės pažeidimų kodekso 1632 straipsnio (2002 m. liepos 5 d. redakcija) 5 dalies ir šio straipsnio (2003 m. liepos 4 d. redakcija) 6 dalies atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“. *Valstybės žinios*. 2005, Nr. 134-4819.
- Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus išplėstinės septynių teisėjų kolegijos 2001 m. vasario 27 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-7-52/2001.
- Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2006 m. spalio 4 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-549/2006.
- Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2008 m. gruodžio 16 d. nutartis Nr. 2A-P-6/2008.
- Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus plenarinės sesijos 2009 m. kovo 5 d. kasacinė nutartis Nr. 2A-P-2/2009.
- Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2010 m. balandžio 27 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-255/2010.
- Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2010 m. lapkričio 30 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-544/2010.
- Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus 2011 m. sausio 18 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-113/2011.
- Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2011 m. vasario 22 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-7-86/2011.
- Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2011 m.

- lapkričio 29 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-510/2011.
- Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2012 m. gegužės 29 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-262/2012.
- Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2012 m. lapkričio 6 d. kasacinė nutartis Nr. 2K-530/2012.
- Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2010 m. kovo 3 d. nutartis administracinėje byloje Nr. N438-137/2010.
- Lietuvos apeliacinio teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2011 m. spalio 28 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 1A-226/2011.
- Lietuvos apeliacinio teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2011 m. lapkričio 11 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 1A-157/2011.
- Lietuvos apeliacinio teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2012 m. gegužės 31 d. nuosprendis baudžiamojoje byloje Nr. 1A-106/2012.
- Lord, K. M. Entrapment and Due Process: Moving toward a Dual System of Defences. *Florida State University Law Review*. 1998, 25.
- Menachem, A. Criminal Undercover Agents or “Bad People” Doing “Good Things”. *Substance Use & Misuse*. 2003, 38 (10).
- Ramanauskas v. Lithuania* [GC], no. 74420/01, § 49-50, Reports of Judgments and Decisions 2008.
- Skolnick, J. H. The Risks of Covert Facilitation. *Journal of Social Issues*. 1987, 43 (3).
- Squires, D. The Problem with Entrapment. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2006, 26 (2).
- Šimkus, K. Nusikalstamos veikos imitacijos modelio ir slaptosios operacijos vieta operatyvinėje veikloje. *Jurisprudencija*. 2003, 42 (34).
- Tarptautinių žodžių žodynas*. Antra pataisyta laida. Vilnius: Alma littera, 2001, 2003.
- Vanyan v. Russia*, no. 53203/99, § 49, ECHR 2006-XII.
- Williams, J. B. Entrapment – a Legal Limitation on Police Techniques. *Journal of Criminal Law & Police Science*. 1957, 48.

ENTRAPMENT AS AN INSTRUMENT IN THE COURSE OF MAKING EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE

Raimundas Jurka

Mykolas Romeris University, Lithuania

Summary. *This article refers to the analysis of types of entrapment while gathering evidence in criminal proceedings. Based on the analysis of the laws of criminal procedure, theory and judicial practice, one could say that entrapment, as absolutely impermissible action in the course of simulation of a criminal act, could not be seen as mere pressure, active enticement or instigation to engage in criminal activity by restricting a person's freedom of choice. As it happens, it is possible to provoke a person without any active enticement or instigation to engage in criminal activity. This could be regarded as passive, indirect type of entrapment. The gist of the latter – creating the effect of minimum risk, meaning that a person, without any active enticement or instigation to engage in criminal activity, is acting in the course of a simulated situation, by thinking that the criminal activity he or she is committing will never be discovered by law enforcement authorities. The identification of*

passive entrapment is quite complicated, as it requires the precise assessment of the relation between the conduct of law enforcement authorities, the criminal and the criminal act, by using subjective and objective criteria.

Keywords: *entrapment, criminal act, simulation, inducement, evidence, criminal proceedings.*

Raimundas Jurka, Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Baudžiamosios teisės ir proceso instituto profesorius, socialinių mokslų (teisės krypties) daktaras. Mokslinių tyrimų kryptys: baudžiamasis procesas, tarptautinis bendradarbiavimas baudžiamosiose bylose, proceso optimizavimas.

Raimundas Jurka, Mykolas Romeris University, Faculty of Law, Institute of Criminal Law and Procedure, Professor, Doctor of Social Sciences (Law). Research interests: criminal procedure, international cooperation in criminal matters, optimisation of criminal procedure.