

Moreover, we support T. Trubnikova's viewpoint, that a participant of the criminal procedure who is not an official can be "accused" of abusive conduct that leads or can lead to violation of the above mentioned rights only if the person's conduct is evidently unscrupulous [5, p. 71].

The abuse of the right can occur not only while choosing an inappropriate way to exercise the right, but while acting deliberately.

A deliberate choice of an inappropriate right is obvious when a person applies to law enforcement bodies or court not to protect the rights and legitimate interests. Let us consider the following example [6]. Head of Investigative Body denied initiating a case under P. 1 Art. 298 of the Criminal Code of the Russian Federation against K., who filed a request to begin a procedure against himself on libel charges towards Judge B. The motion was denied. In his appeal, K. insisted on the proper inspection of the data included in the application, and questioning the Court Judges. The Judge's decision to rule out initiation of the procedure was based on the fact that a denial to initiate a case against an applicant, cannot infringe his constitutional rights and freedoms.

It is obvious that normative acts cannot regulate all possible shades of relations in a criminal procedure.

Meanwhile, the criteria to characterize the conduct of the criminal procedure participant as abusive and methods to influence unscrupulous participants must be provided by law.

The decision on the abuse of the right by a defence lawyer at the stage of pretrial investigation and, as a result, the decision on restriction of the right or restriction of the period to exercise the right, must be made only by court.

When the decision on the restriction of the right belongs to the official in charge of the case, a law enforcer must act reasonably, not to turn the right from specific and effective into theoretical and illusory.

Пецше А.

**Агент-provokator как вызов уголовному процессу
в правовом государстве¹
(перевод В. И. Самарина)**

Полицейское провоцирование на уголовно наказуемое деяние и сопровождающие его проблемы имеют давнюю историю и сохраняют актуальность по сей день. В то время как в настоящее время частое использование тайных методов расследования, таких как работа под прикрытием сотрудников полиции и полицейских осведомителей, принимается как необходимость, использование провокации омрачено многочисленными проблемами по существу и на законо-

¹ Ссылки на источники приведены только в англоязычной версии тезисов.

дательном уровне. Одна из центральных проблем, где размыта линия между законными и незаконными методами расследования, когда тайные агенты в ходе осуществления служебных обязанностей не ограничиваются только расследованием преступлений, но распространяют действие на лицо, в отношении которого ведется расследование, в целях подстрекания его к совершению преступления (так называемый агент-provokator). Если государство и его агенты более чем просто расследуют, и если провокация и подстрекательство используются для осуществления преступления, государство само ставится в конфликт с некоторыми основными ценностями, такими как право на справедливое судебное разбирательство, корнящееся в принципе верховенства права. В этой работе утверждается, что в правовом государстве органы уголовной юстиции должны воздерживаться от использования какой-либо формы провокации. Ссылаясь на практику Европейского суда по правам человека, определены четкие критерии различия между законным и необходимым использованием тайных агентов и незаконной провокации. Более того, утверждается, что если осуществлено злоупотребление государственной властью посредством использования провокации, крайне важно, чтобы это нарушение было надлежащим образом рассмотрено. С этой целью предлагаются два альтернативных правовых механизма: исключение каких-либо доказательств, полученных в ходе провокации и процессуальный запрет на производство по уголовному делу.

«Во всех случаях, все же, применение таких “ложных и поддельных требований” запрещено в уголовном процессе, потому что это неискренне и, в любом случае, несовместимо с репутацией органов уголовной юстиции, когда их должностные лица или агенты склоняют кого-то к соблазну в осуществлении преступного поведения <...>».

Это четкое утверждение о применении подстрекательства или провокации со стороны агентов системы уголовной юстиции было сформулировано в самом начале прошлого века Верховным Судом Германской империи. Цитата показывает, что полицейское подстрекательство и связанные с ним проблемы имеют давнюю историю и не потеряли своей актуальности и сегодня. На практике часто полицейские и их осведомители работают под прикрытием, что получило широкое распространение по причине необходимости. Однако при этом возникают многочисленные проблемы как фактические, так и правовые. Одна из центральных проблем, где размыта линия между законными и незаконными методами расследования, когда действия тайных агентов выходят за пределы простого расследования преступлений и распространяют свое действие на лицо, в отношении которого ведется расследование, с целью подстрекательства к совершению правонарушения (так называемый агент-provokator). Тот факт, что это размывание линий происходит легко и во многих правовых системах проявляется в кейсах по правам человека, например, в практике Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), который рассматривает подобные дела на регулярной основе.

Сначала определим угрозу, которую провокация представляет для уголовного процесса в правовом государстве. Далее осветим возможные правовые границы для использования тайных агентов, предусмотрев критерии для различения законного внедрения тайных агентов и незаконной провокации. Затем приведем дискуссию о правовых последствиях провокации для того, чтобы сделать вывод.

I. Провокация как угроза справедливому уголовному судопроизводству

В принципе, использование агентов под прикрытием и полицейских информаторов является законным и допустимым. Можно даже утверждать, что в некоторых сферах, имеющих криминальные структуры, в которые затруднительно проникнуть (например, в контексте организованной преступности), существует необходимость использования тайных методов расследования. Конституционный суд Германии подчеркивает, что справедливость и работоспособная система уголовного правосудия не только позволяют, но даже могут потребовать использования агентов, работающих под прикрытием. Таким образом, законное проникновение и тайные методы должны быть допустимы.

Однако это не означает и не может означать, что такое расследование должно обеспечить желаемые результаты любыми возможными способами. Если государство и его должностные лица не только осуществляют расследование, и если провокация и подстрекательство используются, чтобы повлечь совершение преступления, государство ставит себя в противоречие с такими основными ценностями, как надлежащий процесс и верховенство права. Тот факт, что эта практика существует и нередко, не дает повода для ее допущения. Требования принципа верховенства права должны соблюдаться не только на стадии фактического уголовного судопроизводства, но и в течение всей продолжительности производства по уголовному делу, в том числе на стадии предварительного расследования. Следует подчеркнуть, что в таких случаях государство, по сути, наказывает поведение, которое оно посредством своих органов прямо или косвенно «вызвало». Таким образом, государство действует явно в противоречии с принципом верховенства права, или, как прямо говорит ЕСПЧ: «задача полиции предотвращать и расследовать преступление, а не подстрекать к его совершению». Необходима четкая правовая позиция в этом вопросе.

II. Ограничение использования агентов, работающих под прикрытием

С одной стороны, должна быть признана необходимость в тайных методах расследования, с другой – для правового государства неприемлемо использовать противоправные и/или незаконные методы

расследования. Следовательно, чрезвычайно важно разработать четкие критерии для разграничения между законным и необходимым использованием тайных агентов и незаконной провокацией.

В этом контексте особое значение имеет право на справедливое судебное разбирательство, которое возлагает на государство ограничения в осуществлении своих уголовных расследований. При установлении пределов таких методов расследования в качестве примера используется подход ЕСПЧ. Суд неоднократно указывал, что «использование агентов под прикрытием может допускаться при условии, что оно подлежит четким ограничениям и гарантиям... Хотя рост организованной преступности, несомненно, требует принятия надлежащих мер, тем не менее право на справедливое отправление правосудия занимает такое видное место, что его нельзя принести в жертву ради целесообразности». Таким образом, суд пришел к выводу, что использование специальных методов расследования само по себе не нарушает права на справедливое судебное разбирательство. Однако из-за риска полицейского подстрекательства, вызванного такими методами, их использование должно осуществляться в четко очерченных рамках, при несоблюдении которых возникает конфликт с правом на справедливое судебное разбирательство в отношении затронутого указанными действиями лица.

Право на справедливое судебное разбирательство – право, являющееся общепризнанным и защищаемым документами по правам человека во всем мире – это один из основных принципов, которые защищают обвиняемого от несправедливого обращения на протяжении всего уголовного процесса. Здесь также кроются корни запрещения на использование провокации и из этого принципа выводятся ограничения на ее использование. Статья 6 ЕКПЧ гарантирует различные судебные и процессуальные права, общим знаменателем которых является принцип эффективной правовой защиты. Эти гарантии можно разделить на три основные сферы: «суды», право на доступ к суду и процессуальные гарантии в узком смысле. Последнее обеспечивает соответствующий контекст для рассматриваемого вопроса. Таким образом, ограничения, направленные на необходимое и законное использование тайных агентов, могут быть получены из этого защитительного принципа.

Как правило, несовместимость с принципом справедливого судебного разбирательства возникает тогда, когда тайные агенты не ограничиваются деятельностью по расследованию преступного поведения, но провоцируют совершение преступления, которое без их вмешательства не было бы совершено. Для того чтобы различить законное внедрение тайных агентов и нарушающую права провокацию, необходимо разработать специальные критерии. Согласно судебной

практике ЕСПЧ критерии можно разделить на процессуальные и материальные условия для законного использования тайных полицейских расследований, как указано ниже.

На процессуальном уровне использование негласных расследований требует наличия процессуальных гарантий. Их использование является допустимым только в том случае, если будут созданы адекватные и достаточные меры против злоупотреблений, в частности, ясная и предсказуемая процедура санкционирования, осуществления и надзора за рассматриваемыми процессуальными действиями. В связи с этим прежде всего требуется соответствующий орган, надзирающий за всем процессом. Хотя наиболее уместным может быть судебный контроль, могут использоваться и другие средства, если они предусматривают адекватные процессуальные гарантии. Кроме того, необходима четкая и предсказуемая процедура. В принципе нецелесообразно, чтобы санкция исходила из «простого административного решения того же органа, который проводит действие, без какого-либо независимого надзора, без необходимости обоснования действия и без фактического следования определенным формальностям».

На материальном уровне ЕСПЧ установил, что «полицейское подстрекательство возникает там, где вовлеченные должностные лица не ограничиваются расследованием уголовно-наказуемой деятельности по существу пассивным образом...». Таким образом, подстрекательство не происходит, если тайные агенты полностью бездействуют либо инициатива принадлежит самому обвиняемому. При решении вопроса о том, было ли расследование «по существу пассивным» Суд рассматривает всю негласную операцию и, в частности, поведение органов, ее осуществляющих. При этом используются два ключевых фактора: существует ли объективное подозрение, что обвиняемый был вовлечен в преступную деятельность или был предрасположен к совершению уголовного преступления.

Критерий разумного подозрения в совершении преступления является беспроблемным и всегда должен рассматриваться как минимальный стандарт. Как правило, он рассматривается как базовая предпосылка для допустимого внедрения тайного агента и в основном имеет центральное значение для обоснований в ЕСПЧ. В отсутствие каких-либо конкретных подозрений в совершении преступления напрямую затрагивается принцип справедливого судебного разбирательства, поскольку такая практика нарушает основы уголовного процесса в правовом государстве.

В качестве альтернативы необходима предрасположенность к совершению уголовного преступления затронутым лицом. ЕСПЧ

постановил, что хотя предыдущая судимость сама по себе не свидетельствует о предрасположенности, осведомленность данного лица о действующей цене на наркотические средства и его способность получать наркотики в короткие сроки, в сочетании с его неспособностью выйти из сделки, несмотря на ряд возможностей, позволяющих сделать это, свидетельствуют о существующей ранее преступной деятельности или таком намерении.

Помимо этих двух элементов, ориентированных на поведение лица, в отношении которого ведется расследование, существуют определенные рамки для действий полиции. Граница нарушается, когда действующий тайный агент оказывает неоправданное давление. Неправомерное давление оказывается, в частности, в случае, если агент повторяет предложение, несмотря на первоначальный отказ лица, настойчиво подсказывает, поднимает цену выше среднего или просит сострадания у лица, упоминая абстинентный синдром.

Указанные процессуальные и материальные критерии определяют линию между законным внедрением тайных агентов и нарушающей права провокацией. Если государство и его органы используют только четкую и предсказуемую процедуру санкционирования, осуществления и надзора за негласными следственными действиями и остерегаются материальных ограничений, описанных выше, уголовное расследование является законным и может вести к законному уголовному процессу.

III. Правовые последствия провокации

В свете явного нарушения права на справедливое судебное разбирательство, которое влечет за собой любая полицейская провокация, необходимо подчеркнуть, что государству не следует использовать провокацию, превышая описанные выше границы. Однако, если провокация все же осуществляется, возникает вопрос: какие последствия должны быть в уголовном процессе, основанном на принципе верховенства права? Для ответа на этот вопрос снова целесообразно обратиться к практике ЕСПЧ.

К сожалению, из-за структуры ЕСПЧ в судебной практике нет четкого ответа, но есть возможность вывести решение из обоснований суда. ЕСПЧ обычно подчеркивает, что заявитель был посредством провокации «определенно лишен справедливого судебного разбирательства с самого начала». Это говорит о том, что суд не критикует (только) структуру процесса, но само производство по уголовному делу. Если несправедливость существует «изначально» и из-за этого с самого начала производства по делу остается неясным, как любое последующее действие может изменить это положение. Кажется сомнительным, что компенсация в рамках уголовного процесса может быть достаточной.

Но что это значит с точки зрения правовых последствий? ЕСПЧ оставляет детали на усмотрение национальных законодателей и дает им широкую свободу усмотрения. Суд «неоднократно заявлял, что допустимость доказательств в первую очередь является предметом регулирования в соответствии с национальным законодательством и, как правило, национальные суды должны оценивать представленные им доказательства». Тем не менее, ЕСПЧ также подчеркивает, что «ст. 6 не допускает использование доказательств, полученных в результате подстрекательства со стороны полиции. Чтобы разбирательство было справедливым, исходя из этой нормы, все доказательства, полученные в результате подстрекательства со стороны полиции, должны быть исключены или должна применяться процедура с аналогичными последствиями».

Как следствие, не может быть достаточным принятие во внимание полицейской провокации как фактора для постановления приговора. Длительное время такой подход был предпочтительным для немецких судов, которые рассматривали провокацию как смягчающее обстоятельство при постановлении приговора. Однако в другом известном решении ЕСПЧ пришел к выводу, что такая скидка при назначении наказания все же нарушает ст. 6 ЕКПЧ, требуя тем самым противоположного ответа.

В принципе, это право государства решить, какой механизм наиболее подходит в рамках своего национального законодательства. Но есть два варианта, которые удовлетворяют требованиям ЕСПЧ соразмерно нарушению ст. 6 ЕКПЧ: исключение любого доказательства, полученного от провокации, и процедурный барьер для осуществления производства по уголовному делу. В большинстве случаев конечный результат применения обеих мер проявляется в неосуждении подстрекателя лица за совершенное правонарушение. Такой результат является правильным в свете явного нарушения принципа справедливого судебного разбирательства, которое будет представлять возможное осуждение, и утверждения ЕСПЧ, что такое уголовное производство лишило бы затронутое лицо с самого начала права на справедливое судебное разбирательство.

IV. Заключение

Принцип справедливого судебного разбирательства имеет настолько большое значение в демократическом государстве, что его никогда не следует ограничивать в пользу соображений уголовно-правовой политики в отношении целесообразности. В связи с этим в правовом государстве органы уголовной юстиции, будучи уполномочены использовать законные негласные методы расследования, должны воз-

держиваться от использования в какой-либо форме провокации, будь то через своих должностных лиц или других сотрудников (например, полицейских осведомителей). Как показывает практика ЕСПЧ, существуют четкие критерии для определения законности такого вмешательства и его пределов. Эти критерии включают на процессуальном уровне наличие судебного или иного независимого санкционирования и четкую и предсказуемую процедуру; а на материальном уровне – степень уверенности в том, что лицо было вовлечено в преступную деятельность или было предрасположено к совершению преступления и что полицией не оказывалось никакого ненадлежащего давления.

Если все же было злоупотребление государственной властью с использованием провокации, то имеет первостепенное значение, чтобы нарушения прав были надлежащим образом рассмотрены. Пострадавший должен иметь возможность заявить об этой проблеме во время судебного разбирательства, и если суд найдет достаточными доказательства в поддержку ходатайства о подстрекательстве, то либо все доказательства, полученные в результате провокации, должны быть признаны недопустимыми, либо производство по уголовному делу должно быть прекращено. Только посредством этого обеспечения восстановления нарушенных прав может быть надлежащим образом эффективно нивелирована угроза уголовному процессу, основанному на верховенстве права, вызванная использованием агента-провокатора.

Petzsche A.

Agent provocateur as a challenge to criminal proceedings governed by the rule of law

Police entrapment and its accompanying problems have a long history, but its topicality and relevance persists to this day. While at present, the frequent use of covert investigation techniques, such as deployment of undercover police officers and police informants, is commonly accepted as a necessity, its usage is marred by numerous problems in fact and in law. One central problem, where the lines between legitimate and illegitimate investigation techniques are blurred, is when undercover agents, in the course of duty, do not confine themselves to merely investigating crimes, but exert influence on the investigated subject as to incite the commission of an offence (so-called agent provocateur). If a state and its agents do more than investigate, and if entrapment and incitement is used to produce a crime, the state places itself squarely in conflict with certain core values, such as the right to a fair trial rooted in the rule of law. In this paper, it is argued that within a state governed by the rule of law, the criminal justice agencies should refrain from using any form of entrapment. By drawing on the jurisprudence of the European Court of Human Rights, clear criteria to distinguish between legal and necessary use of undercover agents and illegal entrapment are developed. Furthermore, it is contended that if an abuse of the

state's power through the use of entrapment is committed, it is of paramount importance that the violation be adequately addressed. To this effect, two alternative legal mechanisms are proposed: the exclusion of any evidence derived from the entrapment and a procedural bar to criminal proceedings.

*“In all circumstances, however, the application of such “false and pretended requests” is prohibited in criminal proceedings because it is disingenuous and, in any event, incompatible with the reputation of criminal justice authorities when their officials or agents stoop to lure someone into criminal behaviour [...]”*¹.

This clear statement on the use of incitement or entrapment by criminal justice agents was already given at the beginning of the last century by the *Reichsgericht*². The quotation shows that police incitement and the problems associated with it have a long history. Today, this issue continues to be relevant. The current practice sees frequent use of undercover police officers and police informants, which has gained widespread acceptance on the grounds of necessity. However, accompanying this usage are numerous problems, both in fact and in law. One central problem where the lines between legitimate and illegitimate investigation techniques are blurred is when undercover agents' actions exceed the limits of merely investigating crimes, and translate into exerting influence over the investigated subject for the purpose of inciting the commission of an offence (so-called agent provocateur). The fact that this blurring of lines happens easily and in many jurisdictions is shown by human rights case law, e. g. the case law of the European Court for Human Rights (ECtHR) that deals with such cases on a regular basis.

In the following, I identify the challenge that entrapment poses to criminal proceedings governed by the rule of law. I then illustrate the available juridical boundaries to the use of undercover agents, by drawing out criteria to distinguish between legal deployment of undercover agents and illegal entrapment. I continue with a discussion on the legal consequences of entrapment before drawing a conclusion.

I. Entrapment as a challenge to fair criminal proceedings

In principle, the use of undercover agents and police informants is legal and permissible. One can even argue that in certain areas that have closed-off and difficult to penetrate criminal structures – such as in the context of organized crime – a necessity exists to employ covert investigation techniques. The German Constitutional Court stresses that justice and a functioning criminal justice system not only allow for, but can even necessitate the use of

¹ *Kohlrausch*, ZStW 33 (1912), 695 (translation by author).

² The Supreme court of the German Reich.

undercover agents¹. Thus, legitimate infiltration and undercover techniques are to be accepted.

However, that does not and cannot mean that such investigation should achieve the desired results through any means possible. If the state and its agents do more than investigate, and if entrapment and incitement is used to produce a crime, the state sets itself in contradiction with core values such as due process and the rule of law. The fact that this practice happens, and frequently so, does not supply an excuse for tolerating it. Rule of law-requirements must be adhered to not only at the stage of the actual criminal trial, but during the entire length of criminal proceedings, including the investigative phase. It has to be stressed that in such cases the state effectively punishes behaviour that the state, through its institutions, directly or indirectly “created”. Thus, the state acts strikingly contradictory to the principles of the rule of law. Or as the ECtHR puts it bluntly: “it is the police’s task to prevent and investigate crime and not to incite it”². A clear legal principle on this point is therefore needed.

II. Limitation to the use of undercover agents

On the one hand, the necessity for covert investigation techniques needs to be acknowledged, on the other hand, it is unacceptable for a state governed by the rule of law to use illegitimate and/or illegal investigation techniques. Consequently, it is of paramount importance to develop clear criteria to distinguish between the legal and necessary use of undercover agents and illegal entrapment.

In this context, of special importance is the right to a fair trial, which imposes limitations on the state in the pursuit of its criminal investigations. To establish the limits of such investigation techniques, the approach of the ECtHR is utilized as an example. The court has iterated that “the use of undercover agents may be tolerated provided that it is subject to clear restrictions and safeguards [...]. While the rise in organised crime undoubtedly requires that appropriate measures be taken, the right to a fair administration of justice nevertheless holds such a prominent place that it cannot be sacrificed for the sake of expedience.”³ Consequently, the court finds that the use of special investigative methods does not in itself infringe the right to a fair trial. However, on account of the risk of police incitement created by such techniques, their use must be kept within clear limits⁴. Where these limits are not respected, a conflict with the right to a fair trial of the affected person arises.

¹ BVerfG, 2 BvR 186/87 = NStZ 1987, 276.

² Furcht v GER, § 48.

³ Teixeira de Castro v POR, § 36; Furcht v GER, § 47.

⁴ Ramanauskas v LIT, § 51.

The right to a fair trial – a right that is universally acknowledged and protected in human rights instruments around the world – is one of the core principles that protects the accused from being subjected to unfair treatment throughout the criminal process. It is therefore also where the prohibition of the use of entrapment is rooted and from which the limitations for its usage are derived. Art. 6 ECHR guarantees various judicial and procedural rights whose common denominator is the principle of effective legal protection¹. These guarantees can be divided into three main areas: “tribunals”, the right to have access to a tribunal and procedural guarantees in a narrow sense². The latter provides the relevant context for the addressed issue. Thus, the limitations to the necessary and legitimate use of undercover agents can be derived from this protective principle.

As a general rule, it follows that an incompatibility with the fair trial principle arises when undercover agents do not confine themselves to investigating criminal conduct but instigate an offence that without their intervention would not have been committed³. In order to distinguish between the legal deployment of undercover agents and the rights-violating entrapment, specific criteria need to be developed. Following the jurisprudence of the ECtHR the criteria can be divided into procedural and material conditions for the legitimate use of covert police investigations, as outlined below.

On a procedural level, the use of undercover investigations requires procedural safeguards. Only if adequate and sufficient safeguards against abuse are in place, in particular, a clear and foreseeable procedure for authorising, implementing and supervising the investigative measures in question⁴, is its use acceptable. Therefore, first, an adequate authority overseeing the whole process is required. While judicial oversight might be most appropriate, other means may be used if they provide for adequate procedural safeguards⁵. In addition, a clear and foreseeable procedure is needed. It is in principle inadequate if the authorization derives from “a simple administrative decision of the same body as the one which conducts the operation, without any independent supervision, with no need to justify the operation and virtually no formalities to follow”⁶.

On a material level, the ECtHR has found that “police incitement occurs where the officers involved do not confine themselves to investigating crimi-

¹ Grabenwarter, EMRK, Art. 6 Rn. 1.

² Grabenwarter, EMRK, Art. 6 Rn. 33.

³ Teixeira de Castro v POR, §§ 38ff.; Grabenwarter, EMRK, Art. 6 Rn. 83.

⁴ Ramanauskas v LIT, § 51.

⁵ Bannikova v RUS, § 50.

⁶ Veselov a.o. v RUS, § 126.

nal activity in an essentially passive manner [...]”¹. Therefore, no incitement takes place if the undercover agents remain fully passive or the initiative is taken by the accused. In deciding whether an investigation was “essentially passive”² the Court examines the whole covert operation and, in particular, the conduct of the authorities carrying it out. Two key factors are whether there were objective suspicions that the accused had been involved in criminal activity or was predisposed to commit a criminal offence³.

The criterion of reasonable suspicion of a crime is unproblematic and should always be provided for as a minimum standard. It is generally viewed as the basic prerequisite for a permissible deployment of an undercover agent and is mostly central to the ECtHR reasoning. In the absence of any concrete suspicions of a crime, the fair trial principle is directly affected, since such practice violates the basic structures of a criminal procedure governed by the rule of law.

As an alternative, a predisposition to commit a criminal offence of the targeted person is required. The ECtHR has held that while a previous criminal record is not by itself indicative of a predisposition⁴, the person’s familiarity with the current price of drugs and her ability to obtain drugs at short notice, combined with her failure to withdraw from the deal despite a number of opportunities to do so, are indicative of pre-existing criminal activity or intent⁵.

In addition to these two elements that focus on the behaviour of the target of the investigation, there exists a specific limit to the police action. The boundary is breached where the acting undercover agent exerts undue pressure. Undue pressure is applied *inter alia* where the agent reiterates the offer despite the target’s initial refusal, insistently prompts⁶, raises the price beyond average⁷ or appeals to the target’s compassion by mentioning withdrawal symptoms⁸.

These procedural and material criteria denote the line between legal deployment of undercover agents and rights-violating entrapment. Only if the state and its agents use a clear and foreseeable procedure for authorising, implementing and supervising covert investigative measures and keep clear of any of the material limits described above, is the criminal investigation legitimate and can lead to legitimate criminal proceedings.

¹ *Ramanauskas v LIT*, § 55 with further references; *Bannikova v RUS*, § 37; *Furcht v GER*, § 48.

² *Furcht v GER*, § 50.

³ *Bannikova v RUS*, § 38.

⁴ *Constantin and Stoian v ROM*, § 55

⁵ *Shannon v. UK* (dec.)

⁶ *Ramanauskas v LIT*, § 67.

⁷ *Malininas v LIT*, § 37.

⁸ *Vanyan v RUS*, §§ 11 and 49.

III. Legal consequences of entrapment

In light of the clear violation of the right to a fair trial which any police entrapment entails, it needs to be stressed that the state should not use entrapment by crossing the described boundaries. However, if despite all, an entrapment still takes place, it raises the question of what the consequences need to be for criminal proceedings governed by the rule of law. To answer this question, it is again expedient to turn to the ECtHR's case law.

Unfortunately, due to the structure of the ECtHR, there exists no clear-cut answer within the court's jurisprudence, but only an opportunity to deduce a solution from the court's reasoning. The ECtHR generally stresses that the applicant, through the use of entrapment, was "definitively deprived of a fair trial from the outset"¹. This suggests that the court is not (just) criticizing the procedural structure, but the criminal proceedings themselves. If the unfairness exists "right from the outset" and therefore from the beginning of the proceedings, it is unclear how any subsequent action could change that. Therefore, whether compensation as part of the criminal proceedings can suffice seems questionable.

But what does that mean in terms of legal consequences? The ECtHR leaves the details to the discretion of the national legislators and affords them a wide margin of appreciation. It "reiterates that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law and, as a rule, it is for the national courts to assess the evidence before them"². However, the court also stresses that "Article 6 does not permit the use of evidence obtained as a result of police incitement. For the trial to be fair within that provision, all evidence obtained as a result of police incitement must be excluded or a procedure with similar consequences must apply"³.

As a consequence, taking police entrapment into account as a factor in sentencing cannot be enough. For a long time, this was the preferred approach of the German courts, which viewed it as a mitigating factor in sentencing. However, in another landmark judgement the ECtHR found that such a sentencing discount still violated Art. 6 ECHR⁴, thereby necessitating a different answer.

In principle, it is up to a state to decide which mechanism is most suited within its own national legal framework. But there are two options that would

¹ Teixeira de Castro v POR, §§ 35–36; Edwards and Lewis v UK, §§ 46 and 48; Vanyan v RUS, § 46; Khudobin v RUS, § 133; Ramanauskas v LIT; and Bannikova v RUS, § 34; Furcht v GER, § 47.

² Furcht v GER, § 46.

³ Furcht v GER, § 68.

⁴ Furcht v GER.

both fulfil the ECtHR requirements of adequately addressing the violation of Art. 6 ECHR: the exclusion of any evidence derived from the entrapment and a procedural bar to criminal proceedings. In most cases the end result of both measures is that the person instigated is not convicted for the perpetrated offence. This is the correct result, in light of the clear violation of the fair trial principle that such a conviction would represent and the statement of the ECtHR that such criminal proceedings would deprive the targeted person of a fair trial from the outset.

IV. Conclusion

The principle of fair trial is of such central significance in a democratic state that it should never be restricted in favour of criminal policy considerations of expedience. Therefore, in a state governed by the rule of law, the criminal justice agencies – while being able to use legitimate covert investigation techniques – should refrain from using any form of entrapment, whether through its state agents or other operatives such as police informants. As the jurisprudence of the ECtHR shows, there exist clear criteria to determine legality of such an intervention and to identify where its limitations should lie. These criteria comprise, on a procedural level, the presence of judicial or other independent authorisation and a clear and foreseeable procedure; and on a material level, the degree of certainty that the applicant had been involved in criminal activity or was predisposed to commit a criminal offence, and that no undue pressure was exerted by the police.

If an abuse of the state's power through the use of entrapment is nevertheless committed, it is of paramount importance that the rights violation be adequately addressed. The victim needs to be able to raise this issue during trial and if the court finds enough evidence to support the claim of incitement, either all evidence derived from the entrapment should be declared inadmissible or the criminal proceedings should be discontinued. Only through this redress can the challenge to criminal proceedings governed by the rule of law, presented by the use of an agent provocateur, be adequately addressed.

Ключко Р. Н., Телюк О. Н.

Уголовно-правовые средства реализации статуса потерпевшего

Kliuchko R., Tsialiuk A.

Means of criminal law for realization of the legal nature of the victim¹

The victim is recognized as an independent participant in criminal process, whose rights and duties are provided and implemented, in criminal procedure, criminal law, and even penitentiary relations. Giving a person status of the victim in

¹ Тезисы доклада печатаются на русском языке без перевода / The report is published only in Russian/