

**Тертишник В. М.,**  
доктор юридичних наук, професор,  
професор кафедри кримінально-правових дисциплін  
Університету митної справи та фінансів України

**Уваров В. Г.,**  
доктор юридичних наук, заслужений юрист України

**Сачко О. В.,**  
кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративного та кримінального права  
Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара

## КОНТРОЛЬ ЗА ВЧИНЕННЯМ ЗЛОЧИНУ: ЗМІСТ, ФОРМА ТА ЮРИДИЧНА ВИЗНАЧЕНІСТЬ

### CONTROLLING CRIME: CONTENT, FORM AND LEGAL CERTAINTY

У статті розкриваються проблеми доказового права, оптимізації процесуальної форми доказування з урахуванням дії нового КПК України, удосконалення інститутів негласних слідчих (розшукових) дій, реформування інституту контролю за вчиненням злочину з урахуванням визначеного в рішеннях Європейського Суду з прав людини принципу юридичної визначеності.

**Ключові слова:** докази, доказове право, процесуальна форма, юридична визначеність, контроль за вчиненням злочину.

В статті розкриваються проблеми доказательственного права, оптимизации процессуальной формы доказывания с учетом нового УПК Украины, совершенствования институтов негласных следственных (розыскных) действий, реформы института контроля за преступлением с учетом определенного Европейским Судом по правам человека принципа юридической определенности.

**Ключевые слова:** доказательства, доказательственное право, процессуальная форма, юридическая определенность, контроль за совершением преступления.

The article reveals the problems of evidence, procedural optimization forms of proof in the light of the new code of criminal procedure, improving institutions undercover investigative (detective) action, the reform Institute to monitor crime in a given European Court of human rights, the principle of legal certainty.

**Key words:** evidence, evidence law, procedural form, legal certainty, monitoring Commission of the offence.

**Актуальність досліджуваної проблеми** зумовлюється тим, що, незважаючи на ухвалення нового КПК України, слідча й судова практика його застосування показує як недоліки чинного процесуального законодавства, так і недостатню вивченість проблеми.

Проблеми реформування процесуального законодавства взагалі та інституту негласних слідчих (розшукових) дій зокрема перебувають у центрі уваги науковців [1–17]. Але наявні публікації не вичерпують усю складну проблему, а швидше утворюють фундаментальну базу для її подальшого дослідження.

**Мета роботи** – визначити орієнтири подальшого реформування інституту контролю за вчиненням злочину в контексті міжнародних правових актів та прецедентної практики Європейського Суду з прав людини.

Контроль за вчиненням злочину – узагальнювальне поняття, яке у своєму змісті містить комплекс різнопланових за формами проведення окремих негласних слідчих (розшукових), оперативних та інших пізнавальних і попереджувальних дій.

Відповідно до ч. 2. ст. 246 КПК України негласні слідчі (розшукові) дії проводяться, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб. Зауважимо, що якщо слідчі дії зазвичай спрямовані на здобуття, перевірку чи

дослідження доказів (здобуття відомостей про злочин чи особу), то контроль за вчиненням злочину може як переслідувати таку мету, так і мати дещо інші завдання: попередження злочину, затримання на гарячому, створення умов для повного розкриття злочину тощо.

Контроль за вчиненням злочину згідно з ст. 271 КПК України може здійснюватися в разі наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин, і проводиться в таких формах:

- 1) контрольована поставка;
- 2) контрольована та оперативна закупівля;
- 3) спеціальний слідчий експеримент;
- 4) імітування обставини злочину.

При цьому всі названі заходи закон розмістив у підрозділі з розпливчатою назвою «Інші види негласних слідчих (розшукових) дій» і, вочевидь виходячи із цього, вважає їх «негласними слідчими (розшуковими) діями». Однак вони не отримали ще належної процесуальної регламентації. Сам КПК України розмістив таку загадкову формулу: «Порядок і тактика проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупівлі, спеціального слідчого експерименту, імітування обставини злочину визначається законодавством» (ч. 5 ст. 271 КПК України). Тут ми маємо унікальний посил, коли законодавець, який повинен був би це зробити, ухвалюючи КПК

України як комплексний законодавчий акт, цього так і не зробив, відтермінувавши цю роботу до ухвалення віртуальних інших законів майбутнього, і більш того – «замахнувся на те, щоб навіть тактика таких названих ним дій (яка зазвичай обирається залежно від слідчої ситуації за умови конфіденційності) відтепер також регламентувалась законодавством». Що ж таке тактика і як її регламентувати, законодавець «змовчав». Як мовиться, «далі усіх піде той, хто не знає, куди йти».

З указаної системи визначених законом заходів, що охоплюються поняттям «контроль за вчиненням злочину», виходячи з пізнавальної спрямованості та за умови більш детальної юридичної визначеності, до числа слідчих дій беззаперечно можна віднести хіба що контрольовану закупівлю.

Щодо інших заходів виникає багато питань про відповідність їх тим же вимогам щодо юридичної визначеності, відповідність принципам верховенства права та пропорційності, забезпечення достовірності та допустимості отриманих фактичних даних для використання в ролі доказів.

*Контрольована поставка* полягає в організації та здійсненні слідчим та оперативним підрозділом контролю за переміщенням (перевезенням, пересиланням, передачею, ввезенням, вивезенням з України чи транзитним переміщенням її територією) товарів, предметів і речовин, у тому числі заборонених до обігу, з метою виявлення ознак злочину та фіксації фактичних даних про протиправні діяння осіб, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України.

Стаття 456 Митного кодексу України («Контрольовані поставки наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів») визначає: «Відповідно до законів України митні органи з метою виявлення джерел і каналів незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, осіб, які беруть участь у цьому, разом з іншими державними органами, що мають право здійснювати оперативно-розшукову діяльність, можуть використовувати метод контрольованої поставки зазначених засобів, речовин і прекурсорів. Порядок проведення контрольованої поставки визначається цим Кодексом і відповідним нормативно-правовим актом центрального органу виконавчої влади».

Згідно з ч. 3 ст. 271 КПК України «під час підготовки та проведення заходів із контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона б не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті в такий спосіб речі та документи не можуть бути використані в кримінальному провадженні».

Вищезгадана норма уже фактично нівелює саму можливість визнання контрольованої поставки засобом здобуття доказів (слідчою дією), оскільки без поставки певного об'єкта не буде і його придбання, а отже, самого злочину. Поставка (навіть контрольо-

вана) є фактично провокацією придбання, різноманітним підбурюванням до придбання.

За своїм змістом контрольована поставка мало чим відрізняється від провокування злочину та часто носить елементи співучасті в злочині. З огляду на це виникають проблеми щодо можливості застосування цього заходу в слідчій практиці. Європейський суд із прав людини у своєму рішенні у справі «Делькорт проти Бельгії» від 17 січня 1970 р. визначив, що «суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих у результаті поліцейського підбурювання».

Сама по собі контрольована поставка (як то зброї чи наркотиків) є своєрідною формою провокації злочину та має ознаки суспільно небезпечного діяння.

Уповноважений Верховної Ради України з прав людини у своїй щорічній доповіді 2013 року звертає увагу на те, що найпоширенішим предметом скарг, що надходять до Уповноваженого з прав людини з різних регіонів країни, є провокування співробітниками правоохоронних органів злочинів шляхом оперативних закупок і поставок наркотичних засобів. Однак нормативно-правова регламентація порядку використання матеріалів оперативної закупки в національному законодавстві недосконала, що приводить до того, що в розслідуванні кримінальних справ та під час судового розгляду справ легітимність матеріалів оперативних закупок не завжди перевіряється, слідчі дії за участі покупців не проводяться. При цьому питання справедливості обвинувальних вироків у таких справах стоїть дуже гостро, а призначення покарання особі за злочин, який вона, можливо, ніколи б не скоїла, якщо б не відбулося міліцейської провокації, є фактично жорстоким вирішенням долі людини державою. Вимогами справедливості в такому сенсі є утримання від підбурювання особи до вчинення правопорушення, а також узяття до уваги причин його вчинення [18, с. 89–91].

Такі правові позиції демонструє і Європейський суд із прав людини. Так, у рішенні у справі «Тейксієра де Кастро проти Португалії» від 9 червня 1998 р., яка стосувалась засудження заявника за торгівлю наркотиками в результаті провокації агентів поліції, Європейський суд відзначив, що «використання агентів під прикриттям повинно бути обмежено, а також повинні бути надані гарантії навіть у справах, що стосуються боротьби з обігом наркотиків. Безсумнівно, зростання організованої злочинності вимагає відповідних заходів, проте право на справедливе судочинство займає провідне місце (див. рішення у справі «Делькорт проти Бельгії» від 17 січня 1970 р., пункт 25) і не може бути принесено в жертву доцільності. Загальні вимоги справедливості, висловлені в статті 6, застосовуються до проваджень у всіх формах кримінального обвинувачення, від найпростішого до найскладнішого. Суспільний інтерес не може виправдати використання доказів, отриманих у результаті поліцейського підбурювання».

Ухвалюючи рішення у цій справі про порушення Португалією пункту 1 статті 6 Конвенції, суд наголосив, що «немає підстав вважати, що без їх (аген-

тів) втручання його (злочин) було б скоєно. Таке втручання та його використання в сумнівному кримінальному провадженні означало з самого початку, що заявника було остаточно позбавлено права на справедливий судовий розгляд. Відповідно, відбулося порушення пункту 1 статті 6 Конвенції».

У рішенні ЄСПЛ у справі «Корнев і Карпенко проти України» від 21 жовтня 2010 р. Європейський суд розглянув одну з таких ситуацій. Суд відзначив, що головний свідок обвинувачення був узятий під програму захисту свідків і не з'явився до національних судів. Ані заявник, ані адвокат ніколи не мали можливості провести перехресний допит цього свідка, а національні суди ґрунтували свої висновки у справі на їхніх письмових показаннях.

Інша важлива проблема – провокація злочину – була досліджена у справі «Любченко проти України». У цій справі щодо заявника була проведена операція, після якої він був заарештований. Європейський суд порушив перед сторонами питання щодо провокації злочину з боку міліції.

Таким чином, як зазначає Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, практика проведення оперативних закупок наркотичних засобів і використання їх результатів у кримінальному провадженні в Україні на цей час не відповідає вимогам Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практиці Європейського суду з прав людини [18, с. 91–93].

Утім, якщо під час контрольованої закупки особа, яка потрапила в сферу оперативних інтересів, уже зберігає наркотичний засіб (що показує на наявність ознак злочину), то під час контрольованої поставки у відповідної особи, якій пропонується придбати заборонену в обігу речовину чи предмет, часто спочатку відсутній склад злочину, і лише після «акторських дій спецпідрозділів» він може з'явитися. Тобто фактично в останньому випадку є ознаки провокації злочину.

На наш погляд, контрольована поставка не відповідає вимогам принципу пропорційності, а отже, має бути вилучена з тексту КПК України.

Спеціальний слідчий експеримент полягає у спостереженні та фіксуванні намірів і дій підозрюваної особи, а за необхідності – її затриманні на місці злочину в спеціально створених слідчим та оперативним підрозділом відповідних штучних умовах в обставинах, максимально наближених до реальних, що надає можливості перевірки справжніх намірів певної особи, яка вчиняє серійні, епізодичні та інші тяжкі чи особливо тяжкі злочини.

На практиці такі спеціальні слідчі експерименти часто полягають у ризикових діях, пов'язаних, наприклад, із заміною потенціальної жертви злочину на підготовленого для піймання злочинця співробітника (наприклад, вихід на територію, де орудує сексуальний маніяк, привабливих, сексапільного вигляду жінок – співробітниць оперативних підрозділів тощо). Застосування таких заходів має бути виваженим і здійснюватися тільки за умови забезпечення безпеки учасників негласної слідчої дії.

*Імітування обставини злочину* – окрема негласна слідча (розшукова) дія, яка полягає в спостереженні та фіксуванні намірів і дій підозрюваної особи, у штучно створених слідчим чи уповноваженою особою оперативного підрозділу обставинах із використанням імітаційних засобів, які створюють в оточуючих уявлення про вчинення реального злочину, з метою викриття відомої чи невідомої особи (осіб), яка планувала чи замовляла його вчинення. Наприклад, для викриття замовника вбивства перевірені в кіллера співробітники оперативних служб можуть у взаємодії з потенційною жертвою імітувати реальне виконання завдання замовника та брати його на місці злочину після оплати замовлення.

Слідча й оперативно-розшукова практика показує ефективність застосування таких заходів розкриття злочину за умови професійної роботи детективів. Наприклад, завдяки саме таким заходам вдалося розкрити замовлення вбивства відомого адвоката Олександра Погорілого в Одесі. В цій детективній історії сам адвокат довгий час виконував із ризиком для свого життя роль принади для кіллера, включаючи акторську гру на місці події «жертви закінченого злочину». Між тим, таке імітування обставини злочину часто містить повний комплекс об'єднаних єдиним задумом і метою як негласних слідчих дій, так і оперативно-розшукових заходів, здійснюваних у різних умовах простору і часу. Для забезпечення доказової сили отримуваних даних часто при цьому здійснюються тактичні й психологічні комбінації, новітні технології контролю мобільних апаратів зв'язку, аудіо-, відеоконтролю особи та місця (ціла система негласних слідчих (розшукових) дій), система заходів ОРД.

У процесуальному сенсі імітування обставини злочину – не менш проблематичний захід, ніж контрольована поставка, і може здійснюватися на межі провокації певних дій із метою виявлення злочинних намірів.

Імітування обставини злочину можна розглядати як комплекс слідчих і оперативних заходів, які часто здійснюються різними методами пізнання, у різному часі й просторі, а отже, не можуть бути втиснуті в межі окремої самостійної слідчої дії. Вони мають отримати окрему регламентацію в Кодексі оперативно-розшукової діяльності.

У справі «Фуке проти Франції» (№ 10828/84, рішення від 25 лютого 1993 року) ЄСПЛ підкреслює необхідність того, щоб «законодавство та практика передбачали достатні й ефективні гарантії проти зловживань». Додамо: і проти невинуватих ризиків.

Включення до КПК України мають сенс тільки ті пізнавальні заходи, процедура яких може бути настільки прозорою, щоб бути детально регламентованою законом, настільки передбачуваною та контрольованою суспільством, щоб мати змогу зробити висновок щодо допустимості та достовірності отриманих доказів. Загалом це означає, що кожний захід має отримати процесуальну форму провадження.

**Висновок.** Для удосконалення інституту слідчих дій важливе значення має реалізація принципів юридичної визначеності та пропорційності. Обмеження

прав і свобод людини під час проведення слідчих дій має бути обґрунтованим, чітко визначеним в законі, базуватися на критеріях, які дадуть особі змогу відокремлювати правомірну поведінку від протиправної. Інтересами правосуддя можуть бути виправдані лише такі пізнавальні заходи, які не носять елементів підбурювання та провокації протиправних дій, здійснюються в умовах крайньої необхідності, без яких

досягти захисту більш вагомих благ неможливо, при цьому мета їх застосування має бути суспільно вагомою, а засіб досягнення – найменш обтяжливим у конкретних умовах кримінального провадження.

Перспективи подальшого дослідження проблеми вбачаються в розробленні пропозицій щодо удосконалення системи та процесуальної форми негласних слідчих (розшукових) дій.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Антонов К.В. Доказове право: концептуальні аспекти, новації та колізії / К.В. Антонов, В.М. Тертишник // Вісник Академії митної служби України. Серія «Право». – 2015. – № 1 (14) – С. 7–12.
2. Бычков В.В. Система следственных действий в российском уголовно-процессуальном законодательстве / В.В. Бычков // Российский следователь. – 2013. – № 10. – С. 11–14.
3. Жувака С.О. Слідчий експеримент: проблеми застосування / С.О. Жувака // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». – 2014. – № 9–2. – Т. 2. – С. 102–103.
4. Карпіка С.М. Види слідчих (розшукових) дій у кримінальному процесі / С.М. Карпіка // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». – 2014. – № 12. – Т. 2. – С. 161–163.
5. Кирпа С. Проведення слідчим негласних слідчих (розшукових) дій / С. Кирпа // Право і суспільство. – 2013. – № 2. – С. 216–221.
6. Колесник В.А. Негласні слідчі (розшукові) дії: кримінально-процесуальні та криміналістичні аспекти підготовки і проведення : [навч.-практ. посіб.] / В.А. Колесник. – К. : Прецедент, 2014. – 135 с.
7. Лук'янчиков Є. Д. Визначення та система негласних слідчих (розшукових) дій / Є.Д. Лук'янчиков, Б.Є. Лук'янчиков // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2014. – № 9–1. – С. 1–17.
8. Максимус Д.О. Використання сучасних інформаційних технологій працівниками органів внутрішніх справ при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій : [навч. посіб.] / Д.О. Максимус, О.О. Юхно. – Х. : НікаНова, 2013. – 102 с.
9. Негласні слідчі (розшукові) дії та використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному провадженні : [навч.-практ. посіб.] / [С.С. Кудінов, Р.М. Шехавцов, О.М. Дроздов, С.О. Гриненко]. – Х. : «Оберіг», 2013.
10. Скулиш Є. Негласні слідчі (розшукові) дії за кримінально-процесуальним законодавством України / Є. Скулиш // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 2. – С. 17–18.
11. Стратонов В.М. Окремі проблеми слідчих (розшукових) дій / В.М. Стратонов, О.В. Стратонова // Науковий вісник Львівської комерційної академії. Серія: Юридична. – 2015. – № 1. – С. 174–186.
12. Теорія доказів : [підручник] / [К.В. Антонов, О.В. Сачко, В.М. Тертишник, В.Г. Уваров] / за заг. ред. В.М. Тертишника. – К. : Алерта, 2015. – 294 с.
13. Тертишник В.М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Видання 12-те, доповн. і перероб. / В.М. Тертишник. – К. : Алерта, 2016. – 810 с.
14. Тертишник В.М. Нові слідчі (розшукові) дії: від становлення концепції до процесуальної форми / В.М. Тертишник // Теоретичні аспекти організації досудового розслідування: матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Харків, 4 грудня 2015 р.). – Харків : ХНУВС, 2015. – С. 75–77.
15. Тертишник В.М. Непосредственное наблюдение: модель нового следственного действия / В.М. Тертишник // Именем Закона. – 1993. – № 8.
16. Тіщенко В.В. Теоретичні та практичні проблеми забезпечення ефективності досудового провадження / В.В. Тіщенко, Ю.П. Аленін, О.П. Вашук, А.В. Мурзановська та ін. // Наукові праці НУ ОЮА. – 2014. – Т. XVII. – С. 106–157.
17. Уваров В.Г. Застосування практики Європейського суду з прав людини та норм міжнародно-правових актів в удосконаленні кримінального судочинства України : [монографія] / В.Г. Уваров; за заг. ред. доктора юрид. наук В.М. Тертишника. – Дніпропетровськ, 2012. – 268 с.
18. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина. – К., 2013. – С. 91–93.