ПОГОРЕЦЬКИЙ М. А.,
завідувач кафедри правосуддя юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України,
м. Київ, Україна

Прокурорський нагляд за законністю здійснення контролю за вчиненням злочину

Прокурорський нагляд за додержанням законів під час здійснення контролю за вчиненням злочину (ст. 271 КПК України) є одним із головних засобів забезпечення законності його проведення та використання його результатів у кримінальному процесуальному доказуванні. Водночас результати аналізу матеріалів практики свідчать про те, що саме при здійсненні цієї негласної слідчої (розшукової) дії (НС(Р)Д) слідчими й оперативними працівниками, які проводять за дорученням слідчих цю НС(Р)Д, допускається найбільше порушень законодавства, що робить її результати недопустимим доказами у кримінальному провадженні.

Основними причинами наведеного є те, що прокурори, керівники слідчих підрозділів, слідчі й оперативні працівники в багатьох випадках або не вбачають різницю між такими формами контролю за вчиненням злочину, як: контрольована поставка (п. 1 ст. 271 КПК України); контрольована та оперативна закупка (п. 2 ст. 271 КПК України); спеціальний слідчий експеримент (п. 3 ст. 271 КПК України); імітування обстановки злочину (п. 4 ст. 271 КПК України), або ж свідомо порушують ст. 271 КПК України, або нерідко допускають провокації, що призводить до того, що суди обґрунтовано не визнають результати цієї НС(Р)Д судовими доказами.

Контроль за вчиненням злочину (ст. 271 КПК України) – НС(Р)Д, сутність якої залежить від форми її здійснення. У КПК України закріплено чотири форми контролю за вчиненням злочину: 1) контрольована поставка, що полягає в організації і 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; 2) контрольована закупка, що полягає в імітації придбання або отримання, у тому числі безоплатного, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності товару, який перебуває у вільному обігу, з метою викриття і документування факту вчинення злочину та особи, яка його вчинила і оперативна закупка, що полягає в імітації придбання або отримання, у тому числі безоплатного, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності товару, обіг якого обмежений чи заборонений чинним законодавством, з метою викриття і документування факту вчинення злочину та особи, яка його вчинила; 3) спеціальний слідчий експеримент, що полягає у створенні слідчим та оперативним підрозділом відповідних умов в обстановці, максимально наближеній до реальної, з метою перевірки дійсних намірів певної особи, у діях якої вбачаються ознаки тяжко-

го чи особливо тяжкого злочину, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішень щодо вчинення злочину; 4) імітування обстановки злочину, що полягає в діях слідчого, уповноваженої особи, з використанням імітаційних засобів, які створюють у оточуючих уяву про вчинення реального злочину, з метою його запобігання та викриття відомої чи невідомої особи (осіб), яка планувала чи замовляла його вчинення.

Незважаючи на те, що відповідно до ч. 1 ст. 271 КПК України контроль за вчиненням злочину може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що як готується вчинення, так і вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин, результати аналізу матеріалів практики свідчать про те, що готування до вчинення злочину документується, як правило, під час проведення відповідних оперативно-розшукових заходів, що проводяться до початку досудового розслідування. Так, у ст. 8 Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» закріплені права оперативних підрозділів проводити контрольовану поставку та контрольовану і оперативну закупку товарів, предметів та речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форми власності з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь (п. 2 ч. 1 ст. 8 Закону). При цьому зазначено, що проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупок здійснюється згідно з положеннями ст. 271 КПК України у порядку, визначеному нормативно-правовими актами МВС України, центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, Служби безпеки України, погодженими з Генеральною прокуратурою України та зареєстрованими у Міністерстві юстиції України. Крім того, згідно з п. 5 ч. 1 ст. 8 цього закону, оперативні працівники мають право проводити операції із припинення злочинів та затримання злочинців [2]. Такі операції можуть містити у собі як спеціальний слідчий експеримент, так й імітування обстановки злочину.

У чинному КПК України вперше на законодавчому рівні встановлено випадки, коли контроль за вчиненням злочину не проводиться (ч. 2 ст. 271), а також закріплено заборону провокації (підбурення) особи на вчинення злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона не вчинила ю, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Закон містить пряму заборону використання здобутих у такий спосіб речей і документів у кримінальному провадженні (ч. 3 ст. 271 КПК України).

Найбільш поширеним у практиці правоохоронних органів системи МВС України є контроль за вчиненням злочину у формі оперативної закупки, що здійснюється у кримінальних провадженнях про злочини у сфері незаконного обігу наркотичних засобів та речовин (Розділ 13 КК України) [3], під час якого використовуються заздалегідь ідентифіковані (помічені) або несправжні (імітаційні) засоби (ст. 273 КПК України) та конфіденційне співробітництво (ст. 275 КПК України) як у формі використання інформації від конфідентів, так і їх безпосереднє залучення до проведення оперативної закупки, а також спеціальний слідчий експеримент при виявленні та документуванні злочинів, передбачених ст. 368 КК України.

Водночас результати аналізу трирічної правозастосовної вітчизняної практики в умовах зростання рівня злочинності, реформування правоохоронних і судових органів, посилення боротьби зі злочинністю й, зокрема, з корупційними злочинами, зі злочинами у сфері незаконного обігу наркотиків, зброї тощо, актуалізують досліджен-

ня правомірності застосування провокації при проведенні окремих НС(Р)Д та оперативно-розшукових заходів (ОРЗ) з огляду на правову позицію Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) та на пропозиції окремих фахівців й вищого політичного керівництва України [4] щодо доцільності її застосування у протидії корупційним злочинам у сучасних умовах розбудови України.

Не вдаючись до історії виникнення провокації як методу та заходу протидії злочинності, оскільки це питання висвітлювалося в літературі [5], висловлюся щодо її правомірності застосування в сучасних умовах.

Питання застосування провокації у протидії злочинності регламентуються і у Міжнародних правових актах [6 та ін.], у яких піддається критиці діяльність поліції з тривалих провокаційних заходів із метою виявлення корупційних та інших злочинів й зазначається, що «… хоча існує мало згоди щодо того, як в процедурному плані повинні встановлюватися ці обмеження або навіть як їх слід визначати, широко визнається, що така тактика повинна регламентуватися чіткими директивами» [7].

Результати аналізу вітчизняної правозастосовної практики за новим кримінальним і кримінально-процесуальним законодавством України свідчать про те, що у практичній діяльності правоохоронні органи України допускають провокації вчинення злочинів, особливо передбачених статтями 368–369-2 КК України, хоча і ст. 370 КК України передбачено кримінальну відповідальність за провокацію підкупу, а також передбачених статтями 305–309, 311, 321 та ін. КК України.

Особливо правоохоронні органи України допускають провокації вчинення злочинів у ході проведення такої НС(Р)Д, як здійснення контролю за їх вчиненням (ст. 271 КПК України) та при проведенні контрольованої поставки і контрольованої і оперативної закупки товарів, предметів та речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форми власності з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь (п. 2 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»). При цьому 56% опитуваних прокурорів, 65% опитуваних слідчих і 72% опитуваних оперативних працівників вважають за доцільне розширення можливостей застосування провокації у правоохоронній діяльності.

Виходячи із результатів аналізу рішень ЄСПЛ («Тейшейро де Кастро проти Португалії» [7], «Раманаускас проти Литви» [8], «Баннікова проти Російської Федерації» [9], «Вєсєлов та інші проти Російської Федерації» [10] та ін.), можна зробити такі висновки: ЄСПЛ не забороняє використовувати у кримінальному провадженні докази, отримані в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій, наприклад, операцій під прикриттям. Проте ЄСПЛ забороняє судам використовувати докази, отримані в результаті провокації правоохоронців. Тому проведення заходів, пов'язаних, наприклад, із використанням негласних агентів, повинне супроводжуватися відповідними гарантіями. У цій частині ЄСПЛ виділяє дві групи гарантій. Перша стосується заходів, які вживаються безпосередньо на етапі здійснення контролю за вчиненням злочину. Друга – це процесуальні гарантії на стадії розгляду справи у суді. Враховуючи те, що рішення ЄСПЛ є джерелом права в Україні, зазначені гарантії, виділені ЄСПЛ, повинні застосовуватися у вітчизняній правозастосовній діяльності.

Результати аналізу матеріалів практики свідчать про те, що типовим порушенням законності при проведенні контролю за вчиненням злочину є те, що в постанові прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину зазначається проведення від-

повідної форми контролю в певний період, наприклад, упродовж місяця. На практиці це призводить до того, що така форма контролю за вчиненням злочину, передбаченого ст. 386 КК України, як експеримент, проводиться слідчим чи оперативним підрозділом за дорученням слідчого не один раз відповідно до певної особи, а в окремих випадках до десяти і більше із застосуванням провокаційних методів, що є грубим порушенням закону. В багатьох випадках прокурори не реагують на ці порушення закону. Проте суди обґрунтовано не визнають результати таких НС(Р)Д доказами.

Література:

1. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18.02.1992 № 2135-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1992. – № 22. – Ст. 303.

2. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 № 2341-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР).– 2001.– № 25-26.– Ст. 131.

3. Порошенко пропонує ввести процесуальну дію «провокація хабара» // Офіційний сайт Racurs.ua [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://racurs.ua/news/51584-poroshenko-predlagaet-vvesti-processualnoe-deystvie-provokaciya-vzyatki.

4. Погорецький М.А. Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності / М.А. Погорецький // Вісник кримінального судочинства. – 2016. – № 1. – С. 33–43.

5. Руководство по практическим мерам борьбы с коррупцией. Подготовлено под эгидой ООН по рекомендации Комитета по предупреждению преступлений и борьбы с ними. Резолюция Экономического и Социального Совета 1990/23 от 23 мая 1990 г. – М.: Пресс, 1990. – 28 с.

6. Керівні принципи, що стосуються ролі осіб, які здійснюють судове переслідування від 07.09.1990 // Прийняті Восьмим Конгресом Організації Об'єднаних Націй з профілактики злочинності і поводження з правопорушниками, Гавана, Куба, 27 серпня – 7 вересня 1990 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_859.

7. Тейшейро де Кастро проти Португалії: Рішення Європейського суду з прав людини від 09.06.1998 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1246.html.

8. Раманаускас проти Литви: Рішення Європейського суду з прав людини від 05.02.2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/1EB4979A1A5E8168C2257584003B059D?OpenDocument.

9. Баннікова проти Російської Федерації: Рішення Європейського суду з прав людини від 25.04.2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1246.html.

10. Вєсєлов та інші проти Російської Федерації: Рішення Європейського суду з прав людини від 02.10.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://europeancourt.ru/tag/veselov-i-drugie-protiv-rossii/.