

УДК 343

DOI <https://doi.org/10.32844/2618-1258.2023.6.43>

ЮРЧИШИН П.В.

**СПЕЦІАЛЬНИЙ СЛІДЧИЙ ЕКСПЕРИМЕНТ ЯК ФОРМА КОНТРОЛЮ
ЗА ВЧИНЕННЯМ ЗЛОЧИНУ****SPECIAL INVESTIGATIVE EXPERIMENT AS A FORM OF CONTROL OVER
THE COMMISSION OF A CRIME**

У статті розглянуто актуальні питання контролю за вчиненням злочину в кримінальному провадженні у формі спеціального слідчого експерименту, як це бачиться на сьогодні науковцями у їх дослідженнях та у правозастосовній практиці, з'ясовується поняття цієї негласної слідчої (розшукової) дії та сутність.

Відзначається, що неоднозначне трактування у науковців та практиків викликає питання про те, за чийм рішенням має проводитися спеціальний слідчий експеримент – прокурора чи слідчого судді за постановою прокурора, оскільки відповідні положення КПК можна трактувати двояко. Запропоновано у кримінальному процесуальному законі чітко вказати, що контроль за вчиненням злочину провадиться *«виключно за постановою прокурора та без ухвали слідчого судді»*, що дозволить уникнути неоднозначного трактування статей 247, 248, 271 КПК. У тих же випадках, коли виникає необхідність тимчасового обмеження конституційних прав особи (втручання у приватне спілкування тощо), воно має здійснюватися в межах, які допускаються Конституцією України, на підставі рішення слідчого судді згідно з вимогами КПК.

Проаналізовано практику Верховного Суду із розгляду кримінальних проваджень, в який проводився спеціальний слідчий експеримент та інші негласні слідчі (розшукові) дії, а також практику Європейського Суду з прав людини з цього питання.

Встановлено, що чимало кримінальних проваджень, у яких проводився спеціальний слідчий експеримент, містять елементи підбурювання (провокації) до вчинення злочину певної особи, що підтверджується практикою розгляду кримінальних проваджень в судах різних інстанцій України та у ЄСПЛ. В іншому випадку особа протиправні дії імовірно не вчинила б. Тому прокурору слід дуже уважно підходити до можливості проведення, планування та реалізації цієї форми контролю за вчиненням злочину, як і інших його форм.

Ключові слова: негласні слідчі (розшукові) дії, контроль за вчиненням злочину, підбурювання, спеціальний слідчий експеримент.

The article examines the actual issues of control over the commission of a crime in criminal proceedings in the form of a special investigative experiment, as it is seen today by scientists in their research and in law enforcement practice, the concept and essence of this secret investigative (search) action is clarified.

It is noted that the ambiguous interpretation among scientists and practitioners raises the question of whose decision a special investigative experiment should be conducted - the prosecutor or the investigating judge by the prosecutor's decision, since the relevant provisions of the Criminal Procedure Code can be interpreted in two ways. It is proposed to clearly indicate in the criminal procedural law that control over the commission of a crime is carried out "exclusively by the decision of the prosecutor and without the decision of the investigating judge", which will avoid the ambiguous interpretation of articles 247, 248, 271 of the Criminal Procedure Code. In the same cases, when there

is a need to temporarily restrict a person's constitutional rights (interference in private communication, etc.), it must be carried out within the limits allowed by the Constitution of Ukraine, based on the decision of the investigating judge in accordance with the requirements of the Criminal Procedure Code.

The practice of the Supreme Court on the consideration of criminal proceedings, in which a special investigative experiment and other secret investigative (search) actions were conducted, as well as the practice of the European Court of Human Rights on this issue, were analyzed.

It was established that many criminal proceedings, in which a special investigative experiment was conducted, contain elements of incitement (provocation) to commit a crime by a certain person, which is confirmed by the practice of considering criminal proceedings in courts of various instances of Ukraine and the ECHR. Otherwise, the person probably would not have committed illegal actions. Therefore, the prosecutor should very carefully approach the possibility of conducting, planning and implementing this form of control over the commission of a crime, as well as other forms of it.

Key words: *covert investigative (detective) actions, control over the commission of a crime, incitement, special investigative experiment.*

Постановка проблеми. Проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД) в ході оперативно-розшукової діяльності та у кримінальних провадженнях відповідно до вимог Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) є важливим та часто незамінним інструментом у сфері виявлення, розкриття злочинів та належного документування протиправних дій та намірів окремих осіб чи угруповань. Однією із таких НСРД є контроль за вчиненням злочину, який згідно зі ст. 271 КПК може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин, та проводиться в таких формах: 1) контрольована поставка; 2) контрольована та оперативна закупка; 3) спеціальний слідчий експеримент; 4) імітування обстановки злочину [1].

Серед цих форм окремо можна виділити спеціальний слідчий експеримент та імітування обстановки злочину, які є новелами у кримінальному процесуальному законодавстві України, оскільки до прийняття чинного КПК у 2012 році вони не проводились та свого нормативного закріплення не мали.

Якщо зацентрувати увагу на спеціальному слідчому експерименті, то слід сказати що у практиці правоохоронних органів, які уповноважені на проведення НСРД, та нерідко під час розгляду кримінальних проваджень в судах різних інстанцій трапляється чимало помилок та прогалин, зумовлених неправильним трактуванням самої суті цієї слідчої (розшукової) дії, порушеннями процесуального порядку її проведення, недостатнім досвідом слідчих чи оперативних співробітників при застосуванні ст. 271 КПК, та іншими чинниками, на які слід звернути увагу більш пильно.

Оцінка стану літератури. Слід також сказати, що науковцями мало уваги приділено цій темі, не враховуючи дослідження певних її аспектів окремими науковцями, серед яких С.В. Абдул, О.В. Болгар, М.Л. Грібов, А.Л. Даль, Г.Р. Крет, С.І. Ніколаюк, Р.А. Радченко, Р.В. Суворова. Все це вказує на її актуальність та необхідність подальшого опрацювання.

Метою даної статті буде дослідження сутності спеціального слідчого експерименту з урахуванням напрацювань науковців, аналізу судової практики та практики діяльності слідчих та оперативних підрозділів, органів прокуратури, правових позицій Європейського Суду з прав людини.

Завданням дослідження є окреслення виявлених прогалин при проведенні спеціального слідчого експерименту у кримінальному провадженні та окреслення пропозицій щодо їх усунення.

Виклад основного матеріалу. Насамперед доцільним бачиться з'ясування поняття та сутності спеціального слідчого експерименту, як це бачиться на сьогодні науковцями у їх дослідженнях та у правозастосовній практиці. Слід сказати, що у КПК не міститься дефініції цієї форми контролю за вчиненням злочину. У ч. 5 ст. 271 КПК вказується, що «порядок і тактика проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину визначається законодавством» [1].

Визначення дається у підзаконному акті – в Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, яка

затверджена спільним наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України № 114/1042/516/1199/936/1687/5 16 листопада 2012 року. Згідно п. 1.12.4 названої Інструкції спеціальний слідчий експеримент 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 тяжкого чи особливо тяжкого злочину, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішень щодо вчинення злочину [2].

Роз'яснення цього положення дав Верховний Суд у постанові від 12 травня 2021 року у справі № 750/10362/17, провадження № 51-5319 км 20. Суд звернув увагу на те, що однією з ознак спеціального слідчого експерименту є мета його проведення, зокрема перевірка дійсних намірів певної особи, у діях якої вбачаються ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішення щодо вчинення злочину. При цьому, тяжкість вчиненого злочину є необхідною умовою проведення цієї НСРД.

Інша ознака спеціального слідчого експерименту полягає у тому, що під час його проведення допускається використовувати не лише природні (звичайні) умови, а й створювати штучну обстановку або штучні умови. Такий висновок випливає із визначення поняття «спеціальний слідчий експеримент» наданого в Інструкції, а саме: що це «створення слідчим та оперативним підрозділом відповідних умов в обстановці, максимально наближеній до реальної».

Отже, обстановка повинна відповідати наступним вимогам: 1) вона повинна складатися на основі інформації про злочинну діяльність особи, наявної в слідчого або оперативного підрозділу; 2) ця обстановка повинна бути максимально наближеною до презюмованої злочинної діяльності особи, щодо якої проводиться експеримент.

Фактичним початком спеціального слідчого експерименту слід вважати дії зі створення штучної обстановки, незалежно від дій особи, щодо якої проводиться такий експеримент [3].

Неоднозначне трактування у науковців та практиків викликає питання про те, за чий рішенням має проводитися спеціальний слідчий експеримент – прокурора чи слідчого судді за постановою прокурора. Здавалося б, ніяких складнощів з цього питання виникати не повинно, оскільки у ч. 4 ст. 246 КПК чітко закріплено положення про те, що право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину, має право виключно прокурор.

У тих же випадках, коли виникає необхідність тимчасового обмеження конституційних прав особи, воно має здійснюватися в межах, які допускаються Конституцією України, на підставі рішення слідчого судді згідно з вимогами КПК (ч. 8. ст. 271 КПК).

Іноді важко визначити, чи обмежуються тимчасово конституційні права особи, чи ні, що і породжує дискусії, а нерідко і апеляції з боку сторони захисту під час судового розгляду.

Ніколаюк С. І. та Радченко Р. А. говорять про те, що спеціальний слідчий експеримент належить до категорії негласних слідчих (розшукових) дій – контролю за вчиненням злочину, а отже, відповідно до ч. 4 ст. 246 КПК України право на його проведення має лише прокурор. Прокурор виносить постанову про проведення спеціального слідчого експерименту (зміст повинен відповідати вимогам ст. 251 КПК України, що визначають підстави та вимоги, у тому числі виняткові невідкладні випадки, пов'язані з рятуванням життя людей і запобіганням учиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину). В той же час, як вказують науковці, прокурор як процесуальний керівник розслідування готує клопотання про дозвіл на проведення спеціального слідчого експерименту (передбачено ст. 248 КПК України), у якому зазначається: правова кваліфікація, стаття КК України, короткий виклад обставин справи, номер ЄРДР, обґрунтування неможливості отримати відомості в інший спосіб, строк тощо (в окремих випадках слідчий готує клопотання до суду за погодженням наглядового прокурора). Клопотання розглядає голова чи за його визначенням інший суддя Апеляційного суду (регламентовано ч. 1 ст. 247 КПК України) протягом 6 год із моменту отримання (регламентовано ч. 1 ст. 248 КПК України) [4, с. 180-181].

Грібов М.Л. справедливо вважає, що діяльність прокурора на стадії досудового розслідування має контролюватися незалежною інстанцією, якою у кримінальному провадженні є слідчий суддя. З викладених позицій є цілком виправданим, що законодавець включив до повноважень слідчого судді розгляд клопотань слідчого, прокурора про проведення НСРД та постановлення відповідних ухвал. Однак КПК допускає проведення контролю за вчиненням злочину без ухвали слідчого судді. При цьому чи потрібна така ухвала, вирішує суб'єкт ініціативи контролю за вчиненням злочину – прокурор. Водночас ні поняття, ні змісту контролю за вчиненням злочину

законодавець не визначає. Отже, дане питання підлягає чіткому юридичному унормуванню, для здійснення якого необхідне відповідне наукове дослідження [5, с. 17].

Із цим твердженням варто цілком погодитись, що підтверджується і судовою практикою. Так, 19 лютого 2020 року Верховний Суд колегією суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду розглянув справу № 295/7911/18, провадження № 51-4301км19, за касаційною скаргою захисника засудженого ОСОБА_7 адвоката ОСОБА_6 на вирок Богунського районного суду м. Житомира від 12 лютого 2019 року та ухвалу Житомирського апеляційного суду від 5 червня 2019 року за обвинуваченням ОСОБА_7 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 369 КК України.

На думку захисника, всупереч ч. 8 ст. 271 КПК таку НСРД, як контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту із застосуванням аудіо-, відеоконтролю особи, проведено на підставі постанови прокурора, а не ухвали слідчого судді, внаслідок чого ці дії є незаконними, а докази, отримані в їх результаті, недопустимими.

Колегія суддів визнала доводи захисника необґрунтованими, хоч мало місце втручання в особисте спілкування засудженого. Колегія суддів дійшла висновку, що в цьому кримінальному провадженні органом досудового розслідування дотримано порядок проведення НСРД, оскільки контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту проведено на підставі постанови прокурора від 2 квітня 2018 року, а ухвалою слідчого судді від 29 березня 2018 року санкціоновано втручання у приватне спілкування ОСОБА_7, зокрема й шляхом аудіо-, відеоконтролю особи. Тому доводи захисника про те, що ухвала слідчого судді не містить дозволу на проведення спеціального слідчого експерименту, а є загальним дозволом на НСРД, не ґрунтуються на нормах кримінального процесуального закону [6].

Таким чином, як ми бачимо, прокурором було взято до уваги вимоги ч. 8 ст. 271 КПК щодо можливості обмеження конституційних прав особи (втручання у приватне спілкування) лише за ухвалою слідчого судді. Проведення спеціального слідчого експерименту за його постановою є законним.

Окремо у ч. 3 ст. 271 КПК законодавець застерігає, що під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона би не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні [1].

На жаль, такі випадки мають місце. Понзель М. Г. з цього приводу зазначає, що суть провокації та підбурювання полягають у тому, що заздалегідь підготовлена правоохоронцями людина (можливо в якості агента «під прикриттям і з легендою» або без такого) входить у довіру до іншої людини та починає спонукати, зваблювати, підштовхувати та заманювати її на здійснення тяжкого злочину, пропонуючи при цьому найчастіше певні кошти або інші матеріальні блага.

Визначальним в даній ситуації для констатування наявності провокації або підбурювання є те, що за відсутності здійсненого активного втручання зі сторони правоохоронців у діяльність певної особи, вона з високою долею ймовірності так і не вчинила би інкримінований їй злочин. Підбурювання є формою співучасті у злочину, оскільки особа, яка вмовлянням, авторитетом або обіцянками матеріальної вигоди підштовхує людину на злочин, є не менш винною ніж подальший виконавець злочину [7].

Нерідко факти підбурювання особи на вчинення злочину всупереч вимог ч. 3 ст. 271 КПК були встановлені судами різних інстанцій. Так, згідно з матеріалами справи № 663/2885/17 виправданий не погодився на пропозицію неправомірної вигоди, а навпаки наполягав на офіційній сплаті за використану воду, яку потерпілий споживає для поливу, шляхом укладання договору на водопостачання, або у разі відсутності необхідних документів користуватися водою через іншого водокористувача. З огляду на викладене, апеляційний суд підтвердив висновки місцевого суду про наявність провокації у діях ОСОБА_3, а тому докази, отримані шляхом підбурювання особи до вчинення злочину, не можуть бути покладені в основу обвинувачення. Таким чином протоколи, складені за результатами проведення НСРД у виді аудіо-, відеоконтролю особи та контролю за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту, які відбувалися 01, 03 та 07 липня 2017 року (з додатками на флеш-носіях № 247/2017т, 263/2017т, 264/2017т), а також протокол огляду грошових коштів були визнані недопустимими доказами, оскільки отримані в результаті провокації до вчинення злочину всупереч вимог КПК та в порушення пункту 1 статті 6 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод через порушення принципу справедливості, з чим погоджується і колегія суддів [8].

У справі №485/1576/16-к Касаційними кримінальним судом Верховного Суду було встановлено, що органи досудового розслідування вступили у справу не на стадії підготовки чи вчинення злочину ОСОБА_1, а до початку вчинення інкримінованих обвинуваченому діянь, фактично ініціювавши їх [8]. Таких і подібних випадків є багато.

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) у справі «Раманаускас проти Литви» у рішенні від 5 лютого 2008 року зауважує, що він усвідомлює, які труднощі виникають у поліції при пошуку та збиранні доказів під час виявлення та розслідування злочинів. Правоохоронні органи при виконанні своїх завдань все частіше змушені використовувати негласних агентів та інформаторів, вдаватися до негласних оперативно-розшукових заходів, зокрема для боротьби з організованою злочинністю й корупцією. Крім того, корупція стала основною проблемою у багатьох країнах, що засвідчує Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією. За змістом положень цього документа можна використовувати такі спеціальні слідчі методи, як діяльність негласних агентів, якщо це необхідно для збирання доказів у цій сфері, за умови не порушення прав і зобов'язань, які випливають із міжнародних багатосторонніх спеціальних конвенцій, наприклад стосовно прав людини.

З огляду на це використання спеціальних слідчих методів, зокрема негласних заходів, саме по собі не може порушити право на справедливий судовий розгляд справи. Проте у зв'язку з тим, що при здійсненні цих заходів виникає ризик підбурювання з боку поліції, межі їх застосування мають бути чітко визначені [9].

У справі «Тейксейра де Кастро проти Португалії» в рішенні від 9 червня 1998 року ЄСПЛ дійшов висновку, що використання негласних агентів має бути обмеженим і забезпеченим гарантіями. Суспільним інтересом не можна виправдати використання доказів, здобутих шляхом підбурювання з боку поліції [10].

Як вказує Верховний Суд, у разі виявлення за матеріалами кримінального провадження ознак, притаманних провокації злочину правоохоронними органами, суд у судовому засіданні має це перевірити шляхом дослідження відповідних обставин і лише після цього зробити висновок щодо наявності (відсутності) такого факту та, як наслідок, щодо належності, допустимості й достатності доказів у справі для прийняття відповідного процесуального рішення (постанова ВС від 02 квітня 2020 р. у справі № 734/2421/17) [11]. Речові докази й документи, отримані під час підготовки й проведення заходів із контролю за вчиненням злочину внаслідок провокації (підбурювання) особи на вчинення цього злочину, не можуть бути використані в кримінальному провадженні. З урахуванням практики Верховного Суду такі докази підлягають визнанню недопустимими (постанова ВС від 13 січня 2021 р. у справі № 663/2885/17) [12].

Суддя Верховного Суду Г. Р. Крет справедливо відмічає, що нормативне закріплення контролю за вчиненням злочину законодавцем здійснене з урахуванням як потреб доказування в кримінальних провадженнях про тяжкі й особливо тяжкі злочини, так і необхідності забезпечення прав осіб під час проведення цієї негласної слідчої (розшукової) дії. Сформована натеper практика Верховного Суду свідчить про наявність непоодиноких порушень норм кримінального процесуального закону, які допускаються як прокурорами в ході прийняття рішення про проведення контролю за вчиненням злочину й слідчими й уповноваженими службовими особами оперативних підрозділів під час його проведення, так і судами першої та апеляційної інстанцій у ході використання результатів цієї негласної слідчої (розшукової) дії в доказуванні [13, с. 135].

Висновки. Можна дійти висновку, а також погодитись із Г. Р. Крет, що нормативне закріплення спеціального слідчого експерименту, як і інших форм контролю за вчиненням злочину, законодавцем здійснено належним чином.

Однак, як вбачається, у КПК слід чітко вказати, що контроль за вчиненням злочину провадиться *«виключно за постановою прокурора та без ухвали слідчого судді»*, що дозволить уникнути неоднозначного трактування статей 247, 248, 271 КПК.

Чимало кримінальних проваджень, у яких проводився спеціальний слідчий експеримент, містять елементи підбурювання (провокації) до вчинення злочину певної особи, що підтверджується практикою розгляду кримінальних проваджень в судах різних інстанцій України та у ЄСПЛ. В іншому випадку особа протиправні дії імовірно не вчинила б. Тому прокурору слід дуже уважно підходити до можливості проведення, планування та реалізації цієї форми контролю за вчиненням злочину, як і інших його форм.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України № 4651-VI від 13 квітня 2012 року. Верховна Рада України. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
2. Про затвердження Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні : наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12#Text>.
3. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 12.05.2021 р. у справі № 750/10362/17, провадження № 51-5319 км 20. URL : https://zakon.cc/court/document/read/96933490_0036f259.
4. Николаюк С. І., Радченко Р. А. Проведення спеціального слідчого експерименту під час фіксації злочинів у сфері службової діяльності. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2015. № 2. С. 177–185.
5. Грібов М. Л. Повноваження слідчого судді щодо забезпечення законності контролю за вчиненням злочину. *Вісник кримінального судочинства*. 2018. № 1. С. 16–24.
6. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 19.02.2020 р. у справі № 295/7911/18, провадження № 51-4301 км 19. URL : <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/87826881>.
7. Понзель Г. М. «Спеціальний слідчий експеримент» як розповсюджений спосіб приховати заздалегідь сплановані провокацію та підбурювання у корупційних справах та справах про обіг наркотичних засобів. *Протокол UA*. URL : https://protocol.ua/ua/spetsialniy_slidchiy_eksperiment_yak_rozpovsyudgeniy_sposib_prihovati_zazdalegid_splanovani_provokatsiyu.
8. Бауман Юрій. Огляд судової практики Верховного Суду щодо застосування глави 21 Кримінального процесуального кодексу України «Негласні слідчі (розшукові) дії та провокації вчинення злочину. 100 актуальних правових позицій». 2001. URL : <https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/%D0%9E%D0%B3%D0%BB%D1%8F%D0%B4%20%D1%81%D1%83%D0>.
9. Раманаускас проти Литви : рішення Європейського суду з прав людини від 5.02.2008. URL : <https://ips.ligazakon.net/document/SO5138>.
10. Тейксейра де Кастро проти Португалії : рішення Європейського суду з прав людини від 9.06.1998. URL : https://ips.ligazakon.net/document/so1246?ed=1998_06_09.
11. Постанова Верховного Суду від 02 квітня 2020 р. у справі № 734/2421/17 (провадження № 51-704 км 19) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88834279>.
12. Постанова Верховного Суду від 13 січня 2021 р. у справі № 663/2885/17 (провадження № 51-4750 км 20) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/94194562>.
13. Г. Р. Крет. Контроль за вчиненням злочину: нормативне закріплення та практика проведення. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер.: Юриспруденція. 2021. № 51. С. 132–136.