

ЗАКОНОДАВЧЕ ВРЕГУЛЮВАННЯ ПРАВАЗАСТОСУВАННЯ

УДК 343.985

Грибов М. Л. – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, професор кафедри оперативно-розшукової діяльності Національної академії внутрішніх справ, м. Київ

РОЗМЕЖУВАННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО СЛІДЧОГО ЕКСПЕРИМЕНТУ Й ІМІТУВАННЯ ОБСТАНОВКИ ЗЛОЧИНУ

Проаналізовано дефініції спеціального слідчого експерименту й імітування обстановки злочину, подані в підзаконних нормативно-правових актах. Визначено конкретні елементи дефініцій, які використовують для розмежування зазначених форм контролю за вчиненням злочину. Констатовано, що ці критерії є досить умовними й відносними. Унесено пропозиції щодо змін і доповнень до ст. 271 Кримінального процесуального кодексу України.

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

Одним з ефективних засобів викриття корупціонерів, вимагачів, шпигунів, замовників й організаторів умисних убивств, терористичних актів та інших тяжких і особливо тяжких злочинів є проведення операцій. Їх основний елемент – інсценування дій, що становлять склад конкретного кримінального правопорушення, імітацію його наслідків. Для означення таких операцій у вітчизняній теорії оперативно-розшукової діяльності використовують різні терміни: «оперативна комбінація», «оперативний експеримент», «спеціальний оперативний експеримент», «спеціальна операція оперативного підрозділу» тощо. До того ж, можна спостерігати неоднозначність тлумачення науковцями змісту цих понять.

У Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 року № 2135-XII ці терміни не визначено,

а можливість проведення відповідних оперативно-розшукових заходів безпосередньо не передбачена. Таким чином, використання оперативними підрозділами цього ефективного засобу протидії злочинності протягом тривалого часу ґрунтувалося лише на нормах підзаконних нормативно-правових актів, тобто фактично застосовувалося поза законом.

Ситуація змінилася 2012 року після прийняття чинного Кримінального процесуального кодексу (КПК) України. У статті 271 цього Кодексу передбачено, що за наявності достатніх підстав уважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин, можна здійснювати контроль за вчиненням злочину, який має чотири форми (контрольована поставка, контрольована й оперативна закупка, спеціальний слідчий експеримент, імітування обстановки злочину) [1]. На жаль, у законодавстві досі не визначено поняття «контроль за вчиненням злочину» загалом, а також жодну з його форм. Це чинить негативний вплив на виконання завдань кримінального провадження, спричиняє термінологічну плутанину, а за практичного застосування різних форм контролю за вчиненням злочину надає можливість стороні захисту обґрунтовано вимагати від суду визнати недопустимими докази, отримані під час контролю за вчиненням злочину.

Проблеми, пов'язані з формулюванням понять різних форм контролю за вчиненням злочину, визначенням конкретних критеріїв їх розмежування, а також розумінням сутності цих негласних слідчих (розшукових) дій (НСРД) загалом, досліджували О. А. Антоненко, М. В. Багрій, О. А. Білічак, А. А. Венедіктов, В. А. Динту, О. В. Кириченко, В. В. Комашко, І. А. Копилов, М. А. Погорецький, Т. О. Руденко, О. С. Старенький, Р. В. Суворова, С. С. Тарадойна, В. Г. Уваров, І. Р. Шинкаренко та ін.

Аналіз наявних наукових публікацій засвідчує відсутність єдності в баченні змісту таких форм контролю за вчиненням злочину, як спеціальний слідчий експеримент й імітування обстановки злочину. Водночас майже всі дослідники наголошують на необхідності внесення змін до КПК України щодо формулювання чітких визначень означених форм контролю за вчиненням злочину. Проте відповідних конкретних пропозицій вчені, здебільшого, не вносять. Лише в окремих працях подано суто теоретичні визначення спеціального слідчого експерименту й імітування обстановки злочину, які не

можна застосувати для вдосконалення законодавства через їх неоднозначність.

Мета пропонованої увазі статті – сформулювати пропозиції до чинного кримінального процесуального й оперативно-розшукового законодавства щодо визначення спеціального слідчого експерименту та імітування обстановки злочину.

Оскільки в КПК України немає дефініції контролю за вчиненням злочину та жодної з його форм, їх довелося розробляти укладачам міжвідомчої Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні.

Відповідно до п. 1.12.4 зазначеного документа, спеціальний слідчий експеримент полягає у створенні слідчим й оперативним підрозділом відповідних умов в обстановці, максимально наближеній до реальної, з метою перевірки справжніх намірів певної особи, у діях якої вбачають ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішень щодо вчинення злочину. У п. 1.12.5 зазначено, що імітування обстановки злочину полягає в діях слідчого або уповноваженої особи з використанням імітаційних засобів, які створюють в оточуючих уявлення про вчинення реального злочину, з метою його запобігання та викриття відомої чи невідомої особи (групи осіб), яка планувала чи замовляла його вчинення [2].

На підставі аналізу окреслених норм доходимо висновку щодо неоднозначності пропонованих розробниками Інструкції формулювань, що спричинено вживанням незрозумілих термінів («відповідні умови», «спостереження за прийняттям рішень», «обстановка, наближена до реальної», «створення уявлення»). Наслідком є варіативність їх тлумачення та неможливість чіткого розмежування різних форм контролю за вчиненням злочину. Так, здійснений аналіз наукових досліджень і практики засвідчує, що ідентичні за змістом дії з викриття корупціонерів в одних випадках процесуально оформлюють як спеціальний слідчий експеримент, а в інших – як імітування обстановки злочину. До того ж, в окремих навчальних посібниках і методичних рекомендаціях ідентичні операції, що проводять з метою викриття отримання службовою особою неправомірної вигоди, називають то спеціальним слідчим експериментом, то імітуванням обстановки злочину.

Таким чином, розмежування імітування обстановки злочину та спеціального слідчого експерименту є умовним. Зазначене пов'язано з тим, що для виокремлення обґрунтованих критеріїв розмежування цих понять науковці застосовують порівняльний аналіз нормативних визначень «імітування обстановки злочину» та «спеціальний слідчий експеримент». Загалом досліджувані форми контролю за вчиненням злочину розмежують за такими критеріями:

а) *коло суб'єктів (учасників)*: імітування обстановки злочину передбачає участь слідчого й уповноваженої особи, а проведення спеціального слідчого експерименту – «слідчого та оперативного підрозділу»;

б) *коло об'єктів*: спеціальний слідчий експеримент проводять щодо «певної особи», тобто відомої (установленої, ідентифікованої), тоді як імітування обстановки злочину можуть здійснювати щодо невідомої (невстановленої, неідентифікованої) особи;

в) *використовувані засоби (матеріальні знаряддя)*: для імітування обстановки злочину обов'язково застосовують імітаційні засоби, а спеціальний слідчий експеримент цього не передбачає;

г) *мета проведення*: спеціальний слідчий експеримент має на меті перевірку справжніх намірів особи, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішень щодо вчинення злочину, натомість імітування обстановки злочину передбачає запобігання кримінальному правопорушенню та викриття особи, яка планувала чи замовляла його вчинення.

Для відмежування спеціального слідчого експерименту від імітування обстановки злочину не можна керуватися лише критерієм суб'єктів (учасників) контролю за вчиненням злочину, тому що в КПК України досить повно окреслено коло осіб, які можуть проводити будь-яку НСРД, брати у ній участь або долучатися до неї.

Так, відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 36 зазначеного Кодексу прокурор як процесуальний керівник досудового розслідування має повноваження давати вказівки щодо проведення НСРД чи брати участь у них, а за необхідності – проводити їх особисто. Слідчий, згідно з п. 2, 3 ч. 2 ст. 40 та ч. 6 ст. 246, уповноважений проводити НСРД або доручати це відповідним оперативним підрозділам. За нормама ст. 41 та ч. 6 ст. 246 оперативні

підрозділи здійснюють НСРД у кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора. Норми ч. 6 ст. 246 і ст. 275 КПК України передбачають, що за рішенням слідчого чи прокурора у процесі проведення НСРД можна задіювати також інших осіб (наприклад, залучених до конфіденційного співробітництва) [1]. Отже, у визначенні не потрібно вказувати на коло осіб, які проводять НСРД, беруть у ній участь або долучаються до неї, оскільки це вже передбачив законодавець. Також варто зауважити, що ні в КПК України, ні в Інструкції не визначено термін «уповноважена особа».

Коло об'єктів як критерій відмежування спеціального слідчого експерименту від імітування обстановки злочину є доволі дискусійним, оскільки під час документування фактів отримання неправомірної вигоди службовою особою та фактів вимагання правові підстави, організація і тактика проведення контролю за вчиненням злочину є ідентичними. Причому в першому випадку особа об'єкта відома, у другому – переважно ні.

Використовувані засоби (матеріальні знаряддя) також не можуть слугувати критерієм розмежування досліджуваних форм контролю за вчиненням злочину. Адже ст. 273 КПК України встановлює можливість і порядок використання несправжніх (імітаційних) і заздалегідь помічених (ідентифікованих) засобів для усіх НСРД [1]. Таким чином, використання імітаційних засобів не може бути винятковою ознакою імітування обстановки злочину. До того ж, практика засвідчує, що такі засоби постійно використовують під час проведення спеціального слідчого експерименту.

Четвертий критерій (мета проведення) розмежування двох досліджуваних видів контролю за вчиненням злочину складно застосувати через некоректність формулювань. По-перше, згідно з ч. 1 ст. 223 КПК України, усі слідчі (розшукові) дії (за нормами ч. 1 ст. 246 НСРД їх визнано різновидом) проводять лише задля отримання (збирання) доказів або перевірки вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні [1]. По-друге, прийняття рішень є розумовим процесом, за яким не можна спостерігати без застосування спеціального медичного обладнання та згоди особи. По-третє, перевірка намірів особи не важлива для кримінального провадження, оскільки за наміри не можна притягнути до відповідальності. Це підтверджено результатами застосування норм ст. 368 Кримінального кодексу

України [3], адже за прийняття пропозиції (обіцянки) одержати неправомірну вигоду до відповідальності не притягнуто жодної особи. По-четверте, спираючись на аналіз норм ст.2 КПК України «Завдання кримінального провадження» і ст. 214 КПК України «Початок досудового розслідування» [1], можна стверджувати, що діяльність із запобігання злочинам не є завданням, яке вирішують у процесі кримінального провадження.

Окремі науковці зазначають, що розмежувати дві досліджувані форми контролю за вчиненням злочину можна за допомогою вказівки на те, що імітування обстановки злочину проводять для викриття особи, яка планувала або замовляла вчинення певного кримінального правопорушення.

Аналіз кримінальних проваджень органів досудового розслідування МВС України та Служби безпеки України підтверджує, що під час розслідування фактів готування злочинів на замовлення (вбивство, посягання на життя державного чи громадського діяча, диверсія, умисне тяжке тілесне ушкодження, незаконне позбавлення волі або викрадення людини) відповідну НСРД у документації окреслюють як імітування обстановки злочину. Під час його проведення предметом інсценування є не злочинні дії певної особи, а їхні зовнішні вияви (постріл, вибух), наслідки й відповідна обстановка (наприклад, тіла вбитих, спалений автомобіль, зруйнована вибухом будівля, робота на місці «злочину» слідчо-оперативної групи, офіційні заяви представників правоохоронних органів тощо). Варто зауважити, що в нормативному визначенні імітування обстановки злочину на замовленню характері кримінального правопорушення не наголошено, тобто вказано на це досить нечітко. Ідеться лише про те, що НСРД проводять для викриття особи, яка планувала чи замовляла вчинення злочину.

Застосування розробниками Інструкції розділового сполучника «чи» дає підстави заперечувати можливість використання як критерію виконання злочину на замовлення для розмежування двох досліджуваних форм контролю. Якщо розглядати планування злочину як процес обмірковування особою послідовності власних дій, спрямованих на досягнення злочинного результату, то запланованими є переважна більшість умисних злочинів, а не лише замовні.

Якщо вважати імітування обстановки злочину спеціальною формою контролю за підготовкою до вчинення злочину на

замовлення, то в усіх інших випадках (за винятком контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки) будуть проводити спеціальний слідчий експеримент. Це стосується контролю за вчиненням злочину, коли предметом інсценування є конкретні дії особи, яка стала жертвою вимагачів, корупціонерів або шантажистів і змушена виконувати попередньо висунуті ними умови. Таке інсценування зазвичай використовують для документування та забезпечення доказування фактів отримання неправомірної вигоди службовою особою. Однак у проаналізованих нами матеріальних кримінальних провадженнях немає єдиного підходу до його назви.

Особливою ознакою спеціального слідчого експерименту є імітування конкретних дій особи (зокрема таких, що містять окремих склад злочину) з виконання висунутих їй вимог. Визначальною ознакою імітування обстановки злочину можна вважати інсценування його наслідків.

Однак застосування такого підходу не враховує, що для розслідування готування злочину на замовлення часто виникає необхідність попередньо виконати роль потенційного виконавця злочину, з-поміж іншого отримати аванс за його вчинення. Тобто разом з імітуванням зовнішніх виявів і наслідків та події злочину до змісту операції варто зарахувати інсценування конкретних дій, охоплених злочинним задумом особи.

У будь-якому разі окреслені критерії (предмет імітації та час її здійснення щодо події злочину) не є достатніми. Потрібно враховувати, що контролем за вчиненням злочину також постає так званий метод ловлі на живця. Його застосовують під час розслідування серійних злочинів (убивств, зґвалтувань, пограбувань, шахрайств тощо). Для цього, ґрунтуючись на аналізі сутності, часу та місця (місць) учинення злочинів, поведінки й зовнішніх особливостей потерпілих, інсценують віктимну поведінку потенційної жертви, розраховуючи на те, що злочинець учинить замах на злочин, під час якого його одразу затримують. Такий жертві часто забезпечують природну обстановку (у якій учиняють злочини), де вона інсценує конкретні дії з можливим застосуванням засобів індивідуального маскування.

Різновидом цього методу є використання пасток (квартир, офісів, автомобілів). Відповідно до останньої редакції проекту Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», його визначають як комплекс заходів, пов'язаний з легендованим

використанням об'єктів та імітуванням ними певної діяльності, спрямований на встановлення злочинних намірів і документування протиправних дій осіб, яких розробляють [4]. У таких випадках імітують не лише поведінку, а й обстановку.

Отже, усі розглянуті вище критерії розмежування досліджуваних форм контролю за вчиненням злочину (коло суб'єктів, об'єктів, використовувані матеріальні знаряддя, мета, замовний характер злочину, предмет імітації та час її здійснення щодо події злочину) є досить умовними й відносними. Тому під час визначення назви форми контролю за вчиненням злочину слідчий або прокурор керується власним внутрішнім переконанням. Потрібно наголосити, що спеціальний слідчий експеримент та імітування обстановки вчинення злочину мають важливі спільні риси. По-перше, основою обох досліджуваних форм контролю за вчиненням злочину є інсценування дій (подій, обстановки), що мають бути сприйняті особою як ознаки реалізації (або можливості реалізації) її злочинного задуму. По-друге, вважаємо, що метою спеціального слідчого експерименту й імітування обстановки злочину постає фіксація фактичних даних, які підтверджують прийняття особою рішення (самостійного та остаточного) про вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину. Таке рішення може бути виражене лише в діях особи з готування (ст. 14 Кримінального кодексу України) або замаху (ст. 15 Кримінального кодексу України) [3] на конкретне діяння, передбачене особливою частиною зазначеного Кодексу. Саме ці дії підлягають фіксації.

Вивчення кримінальних проваджень, під час яких проводили НСРД, визначену як спеціальний експеримент, дає змогу зауважити, що такі дії щоразу супроводжувалися наявністю елементів, які можна назвати імітацією обстановки злочину.

Виокремлення в чинному законодавстві України спеціального слідчого експерименту й імітування обстановки злочину як різних форм контролю за вчиненням злочину є необґрунтованим через відсутність чітких критеріїв їх розмежування. Це зумовлено, передусім, тим, що в законі їх не визначено, науково достатньо не обґрунтовано, а на практиці однозначно не встановлено.

На нашу думку, для опису цих дій доцільно застосовувати поняття «спеціальний слідчий експеримент». У КПК України потрібно зазначити, що *спеціальний слідчий експеримент*

проводять з метою фіксації вчинення особою готування та (або) замаху на тяжкий або особливо тяжкий злочин, що полягає в інсценуванні дій (подій, обстановки), які відповідають злочинному задуму цієї особи та (або) можуть свідчити про його виконання.

Запропоноване дослідження не можна вважати завершеним, а його висновки остаточними, оскільки окремі важливі питання залишаються невирішеними. Так, аналіз запропонованої нами до унормування дефініції спеціального слідчого експерименту (як і чинного нормативного визначення) засвідчує, що за своїм змістом воно може охоплювати контрольовану поставку, контрольовану й оперативну закупку. Водночас аналіз практики підтверджує, що контроль за вчиненням злочину можуть проводити без використання НСРД, передбаченої ст. 271 КПК України. У низці випадків такий контроль можна здійснювати послуговуючись іншими НСРД (візуальним спостереженням за особою, річчю або місцем, аудіо-, відеоконтролем особи або місця тощо). Таким чином, необхідно переглянути наукове підґрунтя правового регулювання контролю за вчиненням злочину в кримінальному процесі. Доцільно дослідити варіант, коли всі НСРД, пов'язані з інсценуванням певних дій (подій, обстановки), будуть охоплені змістом родового поняття «спеціальний слідчий експеримент» з виокремленням конкретних його видів і наданням відповідних понять.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс] : Закон України від 13 квіт. 2012 р. № 4651-VI. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>. – Назва з екрана.
2. Про затвердження Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні [Електронний ресурс] : наказ Генеральної прокуратури України, МВС України, Служби безпеки України, Адміністрації ДПС України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листоп. 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/vo114900-12>. – Назва з екрана.

3. Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс] : Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>. – Назва з екрана.

4. Про оперативно-розшукову діяльність [Електронний ресурс] : проект Закону України від 3 черв. 2016 р. № 4778. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1. – Назва з екрана.

Стаття надійшла до редколегії 01.11.2016

Hribov M. – *Doctor of Law, Senior Research Fellow, Professor of the Department of Operative and Searching Activity of the National Academy of Internal Affairs, Kiev, Ukraine*

Differentiation of the Special Investigative Experiment and the Imitation of Crime Situation

The article deals with the definition of the special investigative experiment and the imitation of crime situation given in the subordinate legal acts. The specific elements of such definitions used by scientists and practitioners for distinguishing the special investigative experiment to imitation of crime situation (the subjects, the objects, used material instruments, target, customized nature of the crime, the subject of imitation and the time of the imitations relatively of a crime) are determined. It is shown that these criteria are rather conventional and relative. Therefore, when determining the names of control form for committing an offense the investigators, prosecutors are guided by their own internal conviction (because there are no clear legal characteristics). At the same time, the special investigative experiment and the imitation of crime situation have important common features.

First of all, the staging of activities (events, the situation) that must be perceived by the person as a feature of realization (or possibilities of realization) of its criminal plan underlies both studied forms of control for committing an offense.

Second, the purpose of the special investigative experiment and the imitating of crime situation is the fixation of evidence confirming the decision of the person (independent and final) about the committing a grave or especially grave crime. Such decision may

find their external expression only in the actions of individuals or preparation attempt on specific acts provided of the Criminal Code of Ukraine. Exactly these actions must be seated.

Proved that the definition of special investigative experiment and the imitation of crime situation enough to leave one name – the special investigative experiment. However, in the Criminal Procedure Code of Ukraine should be noted: the special investigative experiment held with the aim of committing by the person of preparation and (or) attempt to grave or especially grave crime and is staged actions (events, situation) that meet the criminal intent of the person and (or) may indicate its committing.

Keywords: covert investigative (detective) actions, control of the crime, special investigative experiment, simulate climate crime.