

УДК 343.131

ФОМІН С.Б.

ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОНТРОЛЮ ЗА ВЧИНЕННЯМ ЗЛОЧИНУ

Статтю присвячено дослідженню контролю за вчиненням злочину, який у чинному законодавстві розглядається як оперативно-розшуковий захід та як негласна слідча (розшукова) дія. На основі історичного й порівняльно-правового аналізу пропонуються науково обґрунтовані рекомендації для вдосконалення Кримінального процесуального кодексу України та Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність».

Ключові слова: *контроль за вчиненням злочину, оперативна закупка, оперативний експеримент.*

Статья посвящена исследованию контроля за совершением преступления, который в действующем законодательстве рассматривается как оперативно-розыскное мероприятие и как негласное следственное (розыскное) действие. На основе исторического и сравнительно-правового анализа предлагаются научно обоснованные рекомендации по совершенствованию Уголовного процессуального кодекса Украины и Закона Украины «Об оперативно-розыскной деятельности».

Ключевые слова: *контроль за совершением преступления, оперативная закупка, оперативный эксперимент.*

The article is devoted to the investigation of the control over the commission of a crime, which in the current legislation is considered as an operative-search activity and as an unspoken investigative (investigative) action. On the basis of historical and comparative legal analysis, scientifically based recommendations for the improvement of the Criminal Procedure Code of Ukraine and the Law of Ukraine "On Operative-Search Activity" are proposed.

Key words: *control over the crime, operational procurement, operational experiment.*

Вступ. Проведення дій, спрямованих на контроль за вчиненням злочину, у чинному законодавстві України передбачене двома нормативно-правовими актами: Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України), у якому контроль за вчиненням злочину розглядається як негласна слідча (розшукова) дія, та Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність», у якому ці дії мають характер оперативно-розшукових заходів.

Аналіз вищезазначених нормативних актів свідчить про їх неузгодженість, а в деяких випадках навіть про пряму суперечливість, що, безумовно, не йде на користь ні роботі правоохоронних органів, ні здійсненню захисту підозрюваних (обвинувачених), щодо яких такі заходи проводились.

Постановка завдання. Метою статті є теоретичне осмислення поняття форм контролю за вчиненням злочину та напрацювання науково обґрунтованих рекомендацій для вдосконалення чинного законодавства.

Результати дослідження. Відповідно до ч. 1 ст. 271 КПК України контроль за вчиненням злочину має чотири форми: контрольовану поставку, контрольовану й оперативну закупку, спеціальний слідчий експеримент, імітування обстановки злочину.

Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» спочатку надавав право оперативним підрозділам у межах заведеної оперативно-розшукової справи проводити контрольовану поставку та контрольовану й оперативну закупку товарів, предметів і речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форми власності з метою виявлення й документування фактів протиправних діянь. Причому під час внесення змін до цього

© ФОМІН С.Б. – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності (Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)

закону у зв'язку з прийняттям КПК України 2012 р. законодавець зазначив, що проведення контрольованої поставки, контрольованої й оперативної закупки здійснюється згідно з положеннями ст. 271 КПК України.

З прийняттям Закону України «Про Державне бюро розслідувань» ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» була доповнена п. 7-1 такого не зовсім зрозумілого, на наше переконання, змісту: «З метою виявлення та фіксації діянь, передбачених ст. ст. 305, 307, 309, 311, 318, 321, 364-1, 365-2, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2 Кримінального кодексу України, [оперативні підрозділи вправі] проводити операції з контрольованого вчинення відповідних діянь. Порядок отримання дозволу, строк його дії та порядок проведення операції з контрольованого вчинення корупційного діяння визначаються Кримінальним процесуальним кодексом України» (вставка наша – С. Ф.).

По-перше, що мав на увазі законодавець, говорячи про «операції з контрольованого вчинення відповідних діянь»: усі форми контролю за вчиненням злочину чи тільки аналоги спеціального слідчого експерименту (назву якого в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» необхідно змінити, наприклад, на «оперативний експеримент») та імітування обстановки злочину?

Вбачається, що у зв'язку з тим, що п. 2 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» залишився незмінним, то мова все ж таки йде лише про захід, який у теорії та практиці оперативно-розшукової діяльності (далі – ОРД) іменувався як «оперативний експеримент». Нагадаємо, що Рекомендаційний законодавчий акт «Про боротьбу з організованою злочинністю», прийнятий Постановою Міжпарламентської Асамблеї держав – учасниць СНД 2 листопада 1996 р., у ст. 26 визначає оперативний експеримент як відтворення дій, обстановки або інших обставин протиправної події та здійснення необхідних досвідчених дій із метою припинення злочинних дій, виявлення осіб, що їх готують або вчиняють, а також перевірки й оцінки зібраних даних про можливість скоєння певних протиправних дій або одержання нових даних про протиправну діяльність.

Основу цього оперативного-розшукового заходу становить психологічне дослідження, що припускає активне втручання в діяльність особи, за якою спостерігають або яку випробовують, з метою створення умов, у яких проявляються припущення, висунуті для пояснення явищ і дій, прояв яких імовірний у поведінці випробовуваного [1, с. 58].

В одному з проєктів Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» під оперативним експериментом розуміється оперативно-розшуковий захід, що полягає в контрольованому відтворенні реальної обстановки дій чи подій із метою встановлення характеру поведінки в запропонованих умовах особи, стосовно якої отримано інформацію про її причетність до протиправної діяльності, для виявлення ознак підготовки злочину, засобів його вчинення, інших фактичних даних про її протиправну діяльність [2].

По-друге, як розуміти формулювання «контрольоване вчинення корупційного діяння»?

Злочини, передбачені ст. 305 Кримінального кодексу України (контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів або фальсифікованих лікарських засобів), ст. 307 Кримінального кодексу України (незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів), ст. 309 Кримінального кодексу України (незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту), ст. 311 Кримінального кодексу України (незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів), ст. 318 Кримінального кодексу України (незаконне виготовлення, підроблення, використання чи збут підроблених документів на отримання наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів), ст. 321 Кримінального кодексу України (незаконне виробництво, виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання з метою збуту або збут отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів) жодним чином не можна віднести до корупційних.

І зовсім незрозумілим залишається питання про те, чому законодавець обмежився переліченням лише 13 складів злочину, адже оперативний експеримент може дати позитивний результат не тільки під час перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів інформації про злочини, що готуються, або осіб, які готують вчинення злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів (розділ XIII Кримінального кодексу України) або у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної

з наданням публічних послуг (розділ XVII Кримінального кодексу України), а й багатьох інших злочинів, насамперед злочинів проти життя та здоров'я (розділ II Кримінального кодексу України).

По-третє, у п. 7-1 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі – Закон про ОРД) зазначено, що порядок отримання дозволу, строк його дії та порядок проведення операції з контрольованого вчинення злочину визначаються Кримінальним процесуальним кодексом України.

Незважаючи на те, що законодавець не зазначив конкретну статтю КПК України під час посилання на нього в п. 7-1 ч. 1 ст. 8 Закону про ОРД, як це було зроблено раніше, під час узгодження положень Закону про ОРД з КПК України 2012 р., вбачається, що мова йде про ст. 271 КПК України, відповідно до якої контроль за вчиненням злочину проводиться виключно за постановою прокурора та/або за виявлення ознак підготовки тяжкого чи особливо тяжкого злочину та лише в разі, якщо іншим шляхом отримати інформацію неможливо. Строк проведення контролю за вчиненням злочину повинен зазначатися у постанові прокурора та може бути продовжений ним до 18 місяців (ч. 5 ст. 246 КПК України).

Це положення також викликає зауваження, зокрема, названі в п. 7-1 Закону про ОРД 13 статей Кримінального кодексу України передбачають кримінальну відповідальність не тільки за тяжкі чи особливо тяжкі злочини. Так, злочини, передбачені ч. ч. 1, 2 ст. 309, ч. ч. 1, 2 ст. 311, ст. 318 ч. ч. 1–3 ст. 321, ст. 364-1, ч. ч. 1, 2 ст. 365-2, ч. 1 ст. 368, ч. ч. 1–3 ст. 368-3 Кримінального кодексу України не є тяжкими відповідно до ст. 12 Кримінального кодексу України. На жаль, зі змісту Закону про ОРД неможливо зробити висновок щодо того, чи правомірно проводити операції з контрольованого вчинення злочину в оперативно-розшукових справах, заведених за наявності інформації про готування нетяжких злочинів.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 8 Закону про ОРД проведення контрольованої поставки та контрольованої й оперативної закупки здійснюється згідно з положеннями ст. 271 КПК України в порядку, визначеному нормативно-правовими актами Міністерства внутрішніх справ України, центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову й митну політику, Служби безпеки України, погодженими з Генеральною прокуратурою України та зареєстрованими в Міністерстві юстиції України.

До прийняття в 2012 р. нового КПК України таким нормативно-правовим актом була Інструкція про порядок проведення оперативної закупівлі та контрольованого постачання предметів, товарів і речовин, у тому числі і заборонених до обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форми власності, затверджена спільним Наказом Міністерства внутрішніх справ України (далі – МВС України), Служби безпеки України (далі – СБУ) та Державної податкової адміністрації України від 30 листопада 2001 р. № 1065 (далі – Інструкція 2001 р.).

Інструкція 2001 р. була під грифом «Для службового користування». Проте із судових рішень, які перебувають у відкритому доступі в Єдиному реєстрі судових рішень, можна скласти окремі положення, що містились у ній.

Так, відповідно до п. 1.4 Інструкції 2001 р. підставою для проведення оперативної закупівлі була достатність інформації, одержаної в установленому законом порядку, про зайняття особою протиправною діяльністю, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів (постанова Дніпровського районного суду м. Херсона від 18 вересня 2012 р. в справі № 2110/1122/12).

Відповідно до п. 1.4 Інструкції 2001 р. оперативна закупівля та контрольоване постачання проводяться в строки ведення оперативно-розшукових справ, передбачені ст. 91 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 р. № 2135-XII. Про закриття оперативно-розшукової справи (ст. 92 цього ж закону) складається мотивована постанова, яку затверджує посадова або службова особа, якій, згідно зі ст. 9 зазначеного закону, надане право затверджувати постанову про заведення відповідної оперативно-розшукової справи. Якщо в такій справі здійснювались оперативно-розшукові заходи за рішенням суду, повідомлення про її закриття надсилається до суду в тридобовий строк [3].

Згідно з п. 1.5 Інструкції 2001 р. для проведення оперативної закупівлі потрібна була письмова згода осіб, з якими встановлено конфіденційне співробітництво на добровільних засадах.

Для проведення оперативної закупки використовувались грошові кошти, отримання й використання яких здійснюється відповідно до відомчих нормативних актів МВС України та СБУ. Суди неодноразово звертали увагу на відсутність корінця платіжного доручення, копії касового ордера, а також фінансового звіту про використання цих коштів, які б свідчили про видачу працівникам відділу з боротьби з незаконним обігом наркотиків коштів на витрати

спеціального призначення в цій справі. Зі змісту окремої постанови Кам'янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 18 січня 2013 р. в справі № 2208/780/12 (провадження № 1/676/16/13) можна зробити висновок, що це положення містилось у п. 2.10 Інструкції 2001 р.

Відповідно до п. 2.3 Інструкції 2001 р. безпосередньо перед початком проведення оперативної закупівлі виділені грошові кошти перелічувались, переписувались номери купюр або робились їх ксерокопії, про що складався акт, який підписувався двома оперативними працівниками, а купюри, виділені для проведення закупівлі, могли позначатись для контролю за їх рухом спеціальними засобами. Огляд таких грошових коштів здійснювався за участю двох понятих та оформлювався актом (постанова Дніпровського районного суду м. Херсона від 18 вересня 2012 р. в справі № 2110/1122/12).

У вирокх Сосновського районного суду м. Черкас від 10 листопада 2014 р. в справі № 712/7481/13-к (провадження № 1кп/712/14/14) та Каховського міськрайонного суду Херсонської області від 21 квітня 2016 р. в справі № 658/5075/13-к (провадження № 1-кп/658/2/16) зазначається: «Відповідно до Інструкції про порядок оперативної закупки наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів 2001 р. фіксація контрольної закупки відбувалася з використанням відео-, звукозапису, кінозйомки чи фотографування, де необхідно було відобразити відомості про час, місце проведення заходу, осіб, які брали у ньому участь, хід зустрічі, момент купівлі-продажу наркотичних засобів».

Згідно з п. 2.8 Інструкції 2001 р. після оперативної закупівлі група затримання повинна була блокувати продавця з метою запобігання його зникненню з місця події. Після чого в продавця в присутності понятих вилучались грошові кошти, про що складався протокол (постанова Дніпровського районного суду м. Херсона від 18 вересня 2012 р. в справі № 2110/1122/12).

Застосування спеціальних технічних засобів під час проведення оперативної закупівлі та контрольованого постачання (відео-, фотозйомки, прослуховування тощо) здійснювалось тільки з дозволу суду (окрема ухвала апеляційного суду Кіровоградської області від 20 березня 2012 р. в провадженні № 11/1190/343/12).

Після прийняття КПК України 2012 р. спільним Наказом МВС України, СБУ, Міністерства доходів і зборів України від 19 вересня 2013 р. № 887/384/480 була затверджена нова Інструкція про порядок проведення контрольованої поставки та оперативної закупівлі товарів, предметів, речей, послуг, документів, засобів і речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності (zareєстрована в Міністерстві юстиції України 17 жовтня 2013 р. за № 1776/24308) [4] (далі – Інструкція 2013 р.).

Аналізуючи судові рішення, у яких є посилання на Інструкцію 2013 р., можна дійти висновку, що порядок проведення оперативної закупки (а цей захід превалює в правозастосовній практиці) суттєво не змінився та складається з таких основних етапів:

1) укладення угоди про конфіденційне співробітництво (усної або письмової) з особою, яка безпосередньо буде здійснювати оперативну закупку, та отримання від неї письмової згоди на участь у контролі за вчиненням злочину;

2) отримання коштів, за допомогою яких буде вчинятись оперативна закупка, їх огляд (опис ідентифікуючих ознак (номінал, серія, номер), фотографування чи ксерокопіювання) та мічення;

3) огляд особи-закупника та вручення їй заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів;

4) безпосереднє проведення закупки.

Варто констатувати, що Інструкція 2013 р. не повною мірою узгоджується з положеннями ст. 271 КПК України та глави 21 КПК України загалом.

Так, узагальнюючи судову практику, ми не знайшли посилання на рішення про виготовлення заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів. Згідно зі ст. 273 КПК України в кримінальному провадженні таке рішення приймається у формі постанови керівника органу досудового розслідування або прокурора.

Відповідно до ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД питання проведення оперативно-розшукових заходів регулюються згідно з положеннями глави 21 КПК України з урахуванням особливостей, встановлених Законом про ОРД, щодо мети проведення оперативно-розшукових заходів, суб'єкта ініціювання й проведення цих заходів, обґрунтування клопотання про їх проведення та підстав для його задоволення слідчим суддею, використання результатів оперативно-розшукових заходів та інших питань, зумовлених специфікою мети їх проведення. Прийняття рішень про проведення оперативно-розшукових заходів, які не потребують дозволу слідчого судді або рішення

прокурора, здійснюється керівником відповідного оперативного підрозділу або його заступником із повідомленням про прийняте рішення прокурора.

Вбачається, що в оперативно-розшуковій діяльності рішення про виготовлення заздалегідь ідентифікованих (помічених) засобів має здійснюватись на підставі постанови керівника оперативного підрозділу чи його заступника з повідомленням про прийняте рішення прокурора або прокурором.

Недосконало вирішене в чинній Інструкції 2013 р. також питання про залучення незацікавлених осіб, які б могли в подальшому підтвердити законність проведення оперативно-розшукового заходу в суді. У кримінальному судочинстві ці особи йменуються понятими. У Законі про ОРД взагалі не передбачається залучення до проведення оперативно-розшукового заходу понять. Натомість судова практика свідчить про те, що в ОРД, як і в кримінальному процесі, досить часто залучаються поняті, які в ході судового розгляду допитуються як свідки.

Раніше ми звертали увагу на деякі труднощі, які виникають на практиці щодо залучення понять під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НС(Р)Д). Пов'язані вони з тим, що протоколи про проведення НС(Р)Д підлягають засекречуванню (п. 5.1 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні) і становлять державну таємницю (п. п. 4.12.4 та 4.12.5 Зводу відомостей, що становлять державну таємницю). У зв'язку із цим ознайомлюватись із таким протоколом до його розсекречування можуть лише особи, які мають відповідний допуск [5, с. 114].

Державну таємницю становлять також відомості про організацію, завдання, результати оперативно-розшукової, контррозвідувальної чи розвідувальної діяльності, розголошення яких створює загрозу національним інтересам і безпеці (п. 4.4.3 Зводу відомостей, що становлять державну таємницю); відомості за окремими показниками про зміст, організацію, результати здійснення комплексу або окремого оперативно-розшукового, контррозвідувального чи розвідувального заходу, розголошення яких створює загрозу національним інтересам і безпеці (п. 4.4.4 Зводу відомостей, що становлять державну таємницю); відомості, що дають змогу ідентифікувати конкретний об'єкт, стосовно якого здійснюється або планується здійснювати оперативно-розшуковий, контррозвідувальний чи розвідувальний захід, розголошення яких створює загрозу національним інтересам і безпеці (п. 4.4.9 Зводу відомостей, що становлять державну таємницю).

Таким чином, проблеми, що виникають із залученням понять в ОРД, є аналогічними тим, що виникають під час здійснення НС(Р)Д. На практиці вони вирішуються таким чином: або поняті ознайомлюють лише із частиною протоколу оперативної закупки та під цією частиною, де фіксується лише огляд, помітка й вручення заздалегідь ідентифікованих засобів, підписуються поняті, або до протоколу оперативної закупки виготовляється додаток, який є його складовою частиною, де описуються лише підготовчі до контролю за вчиненням злочину дії. В обох випадках поняті попереджаються про обов'язок, передбачений ч. 13 ст. 9 Закону про ОРД, не розголошувати відомості, що стали їм відомі у зв'язку з виконанням їхніх обов'язків.

Вважаємо, що таке вирішення проблеми участі понять у провадженні оперативно-розшукових заходів є недосконалим, оскільки навіть за зобов'язання понять не розголошувати відомості ОРД порушується встановлений нині Законом України «Про державну таємницю» порядок доступу до відомостей, що становлять державну таємницю.

Під час розгляду проблем нормативного регулювання контрольованої поставки, контрольної чи оперативної закупки залишається відкритим питання щодо можливості здійснення вказаних оперативно-розшукових заходів за виявлення й припинення підготовки вчинення злочинів невеликої та середньої тяжкості. Адже згідно із ч. 3 ст. 8 Закону про ОРД негласне обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи, аудіо-, відеоконтроль особи, аудіо-, відеоконтроль місця, спостереження за особою, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, електронних інформаційних мереж, накладення арешту на кореспонденцію, здійснення її огляду та виїмки, установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу проводяться на підставі ухвали слідчого судді, постановленої за клопотанням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника, погодженого з прокурором. Ці заходи застосовуються виключно з метою запобігання вчиненню тяжкого чи особливо тяжкого злочину, запобігання й припинення терористичних актів та інших посягань спеціальних служб іноземних держав та організацій, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо.

Відповідно до ч. 14 ст. 9 Закону про ОРД оперативно-розшукові заходи, пов'язані з тимчасовим обмеженням прав людини, проводяться з метою запобігання тяжким чи особливо тяжким

злочинам, їх виявлення та припинення, розшуку осіб, які ухиляються від відбування кримінального покарання або безвісти зникли, захисту життя, здоров'я, житла й майна працівників суду і правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, припинення розвідувально-підривної діяльності проти України.

Жодних заборон щодо проведення інших оперативно-розшукових заходів (далі – ОРЗ), у тому числі контрольованої поставки, контрольної й оперативної закупки під час виявлення та припинення злочинів невеликої й середньої тяжкості, чинний Закон про ОРД не містить.

Згідно з п. 1.8 Інструкції 2013 р. рішення про проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки товару виносить керівник (або його заступник) оперативного підрозділу, і воно погоджується з відповідним прокурором.

Статтею 14 Закону про ОРД прокурор під час здійснення нагляду за додержанням законів під час проведення ОРД не наділений повноваженнями на прийняття рішень (винесення постанов) про проведення будь-яких ОРЗ, у тому числі контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки; також вказаним законом не передбачене погодження прокурором рішень про їх проведення.

Крім того, галузевим наказом Генерального прокурора України «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність» від 3 грудня 2012 р. № 4/Ігн-1 також не передбачене право прокурора на винесення постанови про проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, а лише право на її погодження (п. 13) [6].

О.П. Бабіков та В.Л. Соколкін вважають, що якщо визнати повноваження прокурора на винесення постанови про проведення контрольованої поставки, контрольованої й оперативної закупки в межах оперативно-розшукового розслідування, то виникає низка проблем у практичній реалізації прокурором такої компетенції щодо винесення постанови про проведення зазначених ОРЗ.

З урахуванням вимог ст. 8 Закону про ОРД, ст. ст. 251, 271 КПК України постанова прокурора про проведення зазначених заходів, крім інших відомостей, повинна містити відомості про особу (осіб), яка буде проводити захід, а також дані про початок, тривалість і мету заходу з обґрунтуванням прийняття такого рішення.

На думку О.П. Бабікова та В.Л. Соколкіна, досить неоднозначним є питання про те, наскільки прийняття рішення про визначення конкретної особи (осіб) оперативних працівників, що уповноважуються на проведення таких заходів, можна віднести до сфери прокурорського нагляду. З іншого боку, для обґрунтування доцільності проведення ОРЗ така постанова прокурора повинна містити також відомості про особу, яка буде здійснювати контрольовану поставку, контрольовану й оперативну закупку на засадах конфіденційного співробітництва. Однак прокурор не наділений повноваженнями на залучення осіб до конфіденційного співробітництва. Згідно з положеннями Закону про ОРД, ст. 275 КПК України залучати осіб до конфіденційного співробітництва та до участі в проведенні ОРЗ та НС(Р)Д мають право лише слідчий, а в оперативно-розшуковій діяльності – оперативний підрозділ (ст. 11 Закону про ОРД) [7].

З огляду на викладене постає питання про те, що ж залишається за словами «проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки здійснюється згідно з положеннями ст. 271 КПК України». Відповідь майже однозначна – нічого. Як до прийняття КПК України 2012 р., так і після вказані оперативно-розшукові заходи здійснюються на підставі підзаконних нормативних актів, які не узгоджуються з положеннями КПК України.

Як стара Інструкція 2001 р., так і чинна Інструкція 2013 р. є документами з обмеженим доступом та перебувають під грифом «Для службового користування».

Варто цілком погодитися з К.С. Номінасом, який вважає, що обмеження доступу до зазначеного нормативного акта жодним чином не сприяє дотриманню прав людини під час його застосування та, очевидно, не відповідає вимогам щодо встановлення чітких обмежень, а також принципу правової визначеності, на що обов'язково необхідно звертати увагу суду під час відповідного судового розгляду [8].

Європейський суд із прав людини (далі – ЄСПЛ) неодноразово наголошував на тому, що закон повинен бути доступним. Громадянин повинен мати можливість отримувати інформацію, адекватну за конкретних обставин, про правові норми, які можуть бути застосовані в конкретному випадку. Крім того, норма не може вважатися «законом», якщо вона не сформульована з достатньою точністю, щоб громадянин міг регулювати свою поведінку: він повинен мати можливість – якщо потрібно одержати пораду – передбачати в розумних межах за цих обставин

ті наслідки, які може викликати ця дія (справа «Санді Таймс» проти Об'єднаного Королівства» 1979–1980 рр. (EHRR 245)). Аналогічне положення міститься в інших рішеннях ЄСПЛ. Вимога щодо достатньої доступності закону означає, що громадянин повинен заздалегідь знати, які норми застосовні до нього (справа «Сілвер проти Об'єднаного Королівства» 1983 р. (5 EHRR 347)). Закон має бути досить точним і певним, щоб людина могла вирішити, як їй варто регулювати свою поведінку, щоб уникнути, якщо можливо, порушення своїх прав (справа «Кастеллс проти Іспанії» 1992 р. (14 EHRR 445)) [9, с. 418–419].

Показовою, проте не єдиною, у зв'язку із цим є ухвала Залізничного районного суду м. Львова від 14 лютого 2014 р. в справі № 462/7434/13-к, якою суд, за клопотанням обвинуваченого та його захисника, витребував із прокуратури Залізничного району м. Львова Інструкцію про порядок проведення оперативної закупівлі та контрольованого постачання предметів, товарів і речовин, у тому числі заборонених до обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності (затверджену Наказом МВС України, СБУ, Державної податкової адміністрації України від 30 листопада 2001 р. № 1065). Вбачається, що суди й у подальшому повинні вимагати надання нормативно-правових актів, на підставі яких діяли оперативні підрозділи під час проведення ОРЗ.

Секретність вказаної інструкції не дає можливість повноцінно здійснювати захист обвинувачених, оскільки перевірити законність проведених оперативно-розшукових заходів та визначити позиції щодо допустимості доказів, отриманих у ході них, неможливо без ознайомлення з нормативними актами, які встановлюють порядок їх проведення. Крім того, варто зазначити, що більшість суддів, яким необхідно приймати рішення в кримінальному провадженні та оцінювати докази, також не мають доступу до нормативних актів, що перебувають під грифом «Для службового користування».

Набагато гірше йдуть справи з правовим забезпеченням контролю за вчиненням злочину в кримінальному процесуальному законодавстві.

Відповідно до ч. 5 ст. 271 КПК України порядок і тактика проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину визначаються законодавством.

Згідно зі ст. 1 КПК України порядок кримінального провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України. А кримінальне процесуальне законодавство України складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, КПК України та інших законів України (ч. 2 ст. 1 КПК України).

Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та в спосіб, що передбачені Конституцією й законами України (ст. 19 Конституції України).

Упродовж 5 років Верховна Рада України так і не прийняла спеціальний закон про порядок проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину. Це означає, що за відсутності в КПК України або іншому законі процедури проведення контролю за вчиненням злочину застосування підзаконних нормативних актів є недопустимим з усіма наслідками, які із цього постають.

Висновки. Таким чином, стан правового забезпечення контролю за вчиненням злочину як у кримінальному процесуальному, так і в оперативно-розшуковому законодавстві є вкрай незадовільним. Відсутність спеціального закону, який би визначав порядок проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину в кримінальному провадженні, ставить під сумнів законність їх здійснення в сучасній правозастосовній практиці.

Секретність Інструкції про порядок проведення контрольованої поставки та оперативної закупівлі товарів, предметів, речей, послуг, документів, засобів і речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності, затвердженої спільним Наказом Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Міністерства доходів і зборів України від 19 вересня 2013 р. № 887/384/480, не дає можливість повноцінно здійснювати захист обвинувачених, оскільки сторона захисту не може перевірити законність проведених оперативно-розшукових заходів та визначити позиції щодо допустимості доказів, отриманих у ході них. Крім того, застосування підзаконного нормативного акта з обмеженим доступом не відповідає позиції Європейського суду з прав людини щодо якості закону.

Список використаних джерел:

1. Грошевий Ю.М., Фомін С.Б. Кримінально-процесуальне доказування та оперативно-розшукова діяльність: навч. посібник. Х.: Право, 2010. 112 с.
2. Про оперативно-розшукову діяльність: проект Закону України від 3 жовтня 2017 р. № 2149-VIII / Верховна Рада України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61497.
3. Узагальнення практики розгляду судами справ про злочини у сфері обігу наркотичних засобів / Верховний Суд України. URL: <http://www.309.kiev.ua/uk/poslugi/uzagalnennya-praktiki-rozglyadu-sudami-sprav-pro-zlochini-u-sferi-obigu-narkotichnix-zasobiv/>.
4. Інструкція про порядок проведення контрольованої поставки та оперативної закупівлі товарів, предметів, речей, послуг, документів, засобів і речовин, у тому числі заборонених для обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності: затверджена Наказом Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Міністерства доходів і зборів України від 19 вересня 2013 р. № 887/384/480. Київ: МВС України, 2013. 12 с.
5. Фомін С.Б. Окремі питання провадження негласних слідчих (розшукових) дій. Правове забезпечення оперативно-службової діяльності: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення: матеріали постійно діючого науково-практичного семінару (Харків, 16 травня 2014 р.) / редкол.: С.Є. Кучерина (гол. ред.) та ін. Х.: ТОВ «Оберіг», 2014. С. 112–119.
6. Про організацію прокурорського нагляду за дотриманням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність: Наказ Генерального прокурора України від 3 грудня 2012 р. № 4/1гн / Генеральний прокурор України. URL: http://www.gp.gov.ua/ua/file_downloader.html?_m.
7. Бабіков О.П., Соколкін В.Л. Використання у кримінальному провадженні як доказів матеріалів, отриманих оперативними підрозділами у здійсненні ОРД. Вісник прокуратури. 2014. № 11. URL: http://khar.gp.gov.ua/ua/intervu_ta_komentari?_m=publications&_t=rec&id=148562.
8. Номинас К.С. Оперативная закупка – как проверить законность действий правоохранителей. URL: <https://splf.ua/.../operativnaya-zakupka-kak-proverit-zakonnost-deystviy-pravoohrani>.
9. Кримінальний процес: підручник / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Х.: Право, 2013. 824 с.