



Новицький Г. В.,
доктор юридичних наук, професор
Національної академії Служби безпеки України
ORCID ID: 0000–0002–3073–369X

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2020.3-4/22-31>

УДК 343.2

ПРОВОКАЦІЯ ЗЛОЧИНУ ТА СПЕЦІАЛЬНИЙ СЛІДЧИЙ ЕКСПЕРИМЕНТ: ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ

Анотація. Одним із пріоритетних напрямів розбудови України як правової держави є захист законних інтересів, прав та свобод людини і громадянина.

Правоохоронні органи, спецслужби, суди є ключовими інституціями, від діяльності яких залежить захист прав, свобод і законних інтересів громадян, забезпечення безпеки і правопорядку. Від неухильно дотримання чинного законодавства згаданими інституціями залежить рівень правопорядку та законності в державі та суспільстві.

У цьому контексті особливого значення набуває неухильне дотримання слідчими, оперативними працівниками та судом норм законодавства, яке регламентує проведення негласних слідчих дій, зокрема спеціального слідчого експерименту.

Мета статті – визначити допустимі межі поведінки слідчого чи оперативного співробітника під час здійснення спеціального слідчого експерименту.

Здійснене дослідження свідчить про суттєві недоліки чинного законодавства, яке регламентує проведення спеціального слідчого експерименту та практики його застосування. У підсумку пропонується:

1. Ураховуючи, що спеціальний слідчий експеримент здійснюється щодо злочинів, які готуються або вчиняються, а також практичну неможливість відрізнити умовами, що мають сприяти прояву існуючих намірів об'єкта справи, та умовами, які сприяють формуванню таких намірів та їх реалізації, слід відмовитись від практики здійснення будь-яких активних дій зі створення умов, які сприяють розвитку події злочину чи формуванню злочинного наміру.

2. Оскільки експеримент відрізняється від спостереження активною взаємодією з досліджуваном об'єктом, підлягає корегуванню саме поняття «спеціальний слідчий експеримент» та його визначення в Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні. Пропонується поняття «спеціальний слідчий експеримент» замінити поняттям «спеціальний слідчий контроль», або «пасивний слідчий експеримент» і визначити його як спостереження за особою, у діях якої вбачаються ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину, з метою перевірки дійсних намірів такої особи отримання відомосте, речей і документів, які мають значення для досудового розслідування.

3. Стосовно спеціального слідчого експерименту у розуміння Інструкції, тобто щодо активних дій зі створення умов, які сприяють розвитку певних подій. Такі методи оператив-

но-розшукової чи контррозвідувальної діяльності, як було показано вище, є цілком припустимими і за певних умов є ефективними засобами розкриття і попередження злочинів. Однак їх результати не можуть бути використані як докази у кримінальному процесі. Це не кримінально-процесуальна діяльність, це оперативно-розшукова, або контррозвідувальна діяльність. За такого змісту вказаних заходів слід відмовитись від поняття «спеціальний слідчий експеримент» і повернутись до поняття «оперативний експеримент», яке має застосовуватись і визначатись у відомчих нормативно-правових актах.

Ключові слова: провокація, оперативний експеримент, спеціальний слідчий експеримент, співучасть у злочині.

Постановка проблеми. Третє десятиліття протидії вітчизняним правоохоронним органам та спецслужб організованим формам злочинності та корупційним проявам завершується безрезультатно.

Не дало очікуваного результату і створення нових правоохоронних, контролюючих органів, спеціалізованих судів.

На цьому фоні вже традиційно чути бідкання окремих науковців та практиків щодо недосконалості чинного законодавства. Зокрема, все активніше піднімається питання про допустимість провокації злочину, або розширення меж допустимої поведінки співробітників правоохоронних органів та спецслужб при здійсненні активних оперативно-розшукових заходів.

На перший погляд, чому ні? Однак чи готова наша правоохоронна та судова система до такої «свободи» дій? Чи не стануть права і свободи громадян жертвою гонитви за результатом? Чи не перетвориться цей процес у репресивний механізм знищення політичних опонентів та інших «инакомыслящих»? Чи маємо сьогодні гарантії того, що результати боротьби зі злочинністю будуть досягатись винятково у правовий спосіб?

Є підстави сумніватись. Тому важливо зорієнтувати правозастосовну практику на суворе дотримання чинного законодавства. Проведення чіткої межі між допустимим «добром» і не допустимим «злом» зрештою має переконати науковців та практиків у тому, що така межа існує. Ця межа є явищем об'єктивним і не може бути порушена суб'єктивними уявленнями окремих індивідів про «доцільність» як форму справедливості.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід відзначити, що заявлена тема має міждисциплінарний характер. Значний внесок у її розробку зробили дослідники інституту співучасті у злочині відомі російські вчені О.Н. Ширяєв, М.М. Таганцев та радянські і українські вчені О.М. Трайнін, О.А. Піонтковський, М.І. Ковальов, Ф.Г. Бурчак, Д.І. Богатіков, В.В. Кульчихин, М.П. Карпушин, Р.Г. Галіакбаров, П.Ф. Тельнов, В.В. Сташис, О.О. Дудоров, О.Н. Ярмиш, М.І. Хавронюк, Н.О. Гурова.

В останні роки в Україні значно активізувались дослідження кримінально-процесуальних та оперативно-розшукових аспектів згаданої проблеми. Серед їх дослідників слід відзначити В.П. Бахіна, І.П. Козаченка, М.А. Погорецького, О.В. Баганця, О.А. Білічак, В.В. Навроцьку.

Між тим, проблема розмежування провокації злочину та спеціального слідчого експерименту все ще потребує конкретизації та уточнень.

Мета статті – визначити допустимі межі поведінки слідчого чи оперативно-го співробітника під час здійснення спеціального слідчого експерименту.

Виклад основного матеріалу. Почнемо з іноземного досвіду.

Попри різні оцінки вітчизняними вченими змісту кримінально-правових норм США щодо провокації злочину відзначимо, що кримінальне право США все ж припускає за певних умов провокаційні дії з боку агента, тобто дії щодо схилення особи до вчинення злочину з метою притягнення її до кримінальної відповідальності.

За загальним правилом, якщо агент із метою порушення кримінально-правового переслідування спонукає об'єкта до вчинення злочину, якого той не мав намір учинити, дії агента розглядаються як «залучення у пастку» (entrapment) і визнаються протиправними. Проте встановити факт «залучення в пастку» дуже не просто, тому що кримінальне право США не визначає чіткої межі між провокацією і правомірними діями агента. Склалась наступна практика – твердження, що мала місце неправомірна провокація, сприймається до уваги судами лише у тому випадку, якщо буде встановлено, що співробітник правоохоронного органу або інформатор чинили тиск, спонукаючи обвинувачуваного вчинити злочин¹. У свою чергу, останній має свідчити, що опинився у скрутному становищі і що без такого тиску ніколи не порушив би закону.

Отже, якщо був тиск відповідно була провокація злочину, не було тиску – не було провокації.

Характерна для західних юридичних систем тенденція до надання підозрюваній особі можливості вчинити злочин під контролем правоохоронного органу з метою його викриття гранично чітко виражена в словах франкфуртського фахівця з кримінального права Клауса Людерсена, а саме що оберігати схильних до злочинів осіб від остаточного падіння – зловживання, несумісне з повагою до людської гідності і суперечить соціальним завданням держави². Саме тому у кримінальному законодавстві багатьох західних країн вже багато років використовується поняття «контроль за вчиненням злочину».

Поняття «контроль за вчиненням злочину» з 2012 року існує і в КПК Укра-

їни – ст. 271 КПК³. При цьому п. 3 цієї статті передбачено, 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 б не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою **впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем**. Здобуті в такий спосіб речі і документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні.

Отже, наше законодавство у порівнянні з законодавством США досить чітко визначає провокацією не тільки тиск на особу, а і пособництво у вчиненні злочину. При цьому під допомогою у вчиненні злочину, на думку автора, законодавець розуміє також підмовництво до вчинення злочину, організаторську діяльність та співвиконавство. Все це разом називається співучастю у вчиненні злочину⁴.

Тому потрібно чітко засвоїти – будь-яка негласна слідча дія не повинна стати співучастю у вчиненні об'єктом справи злочину: підмовництвом до його вчинення, пособництвом, а тим більше його організацією чи співвиконавством. Не варто забувати і про потурання злочину. Необхідно чітко розмежовувати негласну слідчу дію, в результаті якої об'єкт спонукається до вчинення дій, що мають кримінально-правове значення (містять ознаки того чи іншого складу злочину), та негласну слідчу дію, в результаті якої встановлюються раніше не відомі обставини, а самі по собі дії об'єкта не містять ознак злочину.

А от далі не все так просто. Виникає наступне питання: а де ж починається

¹ О Майстренко, Методи боротьби зі злочинністю у західних країнах. *Всеукраїнський інтернет-часопис «ПОЛІТИКА. ПРАВО. ЖИТТЯ»* <http://www.pollawlife.com.ua/2016/08/blog-post_22.html> дата звернення 11.10.2020

² О Майстренко, Методи боротьби зі злочинністю у західних країнах. *Всеукраїнський інтернет-часопис «ПОЛІТИКА. ПРАВО. ЖИТТЯ»* <http://www.pollawlife.com.ua/2016/08/blog-post_22.html> дата звернення 11.10.2020

³ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>> дата звернення 11.10.2020.

⁴ Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> дата звернення 11.10.2020.

співучасть у злочині? Якщо більш конкретно – де «межа спонукання»?

Головне у наступному: **поведінка особи в певних умовах визначається її внутрішніми переконаннями і зовнішніми умовами. Отже і реакція особи у тому чи іншому випадку може бути не тільки і не стільки проявом вже сформованих намірів, скільки відповіддю на штучно створені умови чи умови, які склалися.**

Хрестоматійний приклад. Жили мама, син та його дружина. Як інколи буває, між собою вони не мирились. Причому дружина не мирилась як з свекрухою, так і з чоловіком. І от якось у розмові чоловік при свідках сказав матері, що якби у нього була рушниця, то він би вже давно звів з білого світу ненависну дружину. Місяців через шість мама подарувала синові на його день народження мисливську рушницю. А ще через місяць чоловік під час чергової сварки вбив дружину. Постало питання про пособництво матері у вбивстві шляхом придбання знаряддя вбивства.

Тепер уявімо, що син дійсно сприйняв цей подарунок як знаряддя винятково для полювання. Більше того, він не виказував свій намір. Просто мама, знаючи «гарячкуватість» характера свого сина, вирішила зробити йому такий подарунок. Використала сина «втемну».

Інший приклад, але з діяльності органів КДБ СРСР.

Співробітники КДБ отримали інформацію, що один із військовослужбовців має намір викрасти зброю та набої. Замість того, щоб вжити відповідних заходів до зазначеного військовослужбовця, співробітники КДБ з метою документування злочинної діяльності та отримання «доказів», необхідних для притягнення його до кримінальної відповідальності, створили необхідні умови для здійснення злочинного задуму.

Так, об'єкта справи за сприянням органів КДБ було призначено на посаду комірника складу озброєння, за участю співробітників КДБ на складі неодноразово створювались надлишки необлікованих набоїв. Крім цього, вказаному військовослужбовцю неодноразово «організовувались» відпустки з виїздом до місця постійного мешкання. В результаті зброю було викрадено.

Ще приклад. Органами КДБ було встановлено, що особа активно шукає контакти з представниками іноземної спецслужби. Через певний проміжок часу вказані спроби припинились. У результаті вивчення особистості об'єкта справи було з'ясовано, що на момент підготовки до державної зради в об'єкта були проблеми з працевлаштуванням, він не мав постійного заробітку. Вказане провокувало сімейні конфлікти. Згодом «життя налагодилось» і об'єкт добровільно відмовився від реалізації злочинних планів.

Однак співробітники органів КДБ з метою встановлення намірів об'єкта не знайшли нічого кращого, ніж «посприяти» його звільненню з роботи. Об'єкт відновив спроби встановити контакт з іноземними спецслужбами.

В обох наведених випадках співробітників органів КДБ було притягнуто до дисциплінарної відповідальності за провокацію злочину, а оперативні справи припинені.

Наведені приклади свідчать: **чітко розмежувати штучне створення умов, що мають сприяти прояву існуючих намірів об'єкта справи, та створення умов, що сприяють формуванню таких намірів та їх реалізації, практично неможливо.**

У спеціальній літературі висловлювалась думка, що оперативний експеримент (у сучасному розумінні – спеціальний слідчий експеримент) можна вважати правомірним у випадку, коли об'єкт справи був поставлений у **близькі до звичайних умови.**

Однак така позиція, на думку автора, не може бути визнана правильною. Умови, в яких опиняється об'єкт, звичайні чи незвичайні для нього, не можуть бути підставою для визнання відсутніми

ознак співучасті у злочині у діях того, хто створює такі умови, в усякому разі Кримінальний кодекс України чи Кримінальний процесуальний кодекс України не містять таких вказівок.

У цьому контексті слід відзначити в основному правильну позицію, викладену у пункті 1.12.4. «Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні» (далі – Інструкція).

Відповідно до згаданої норми 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 злочину¹.

Отже, спеціальний слідчий експеримент не має на меті документування злочинної діяльності, або відповідно до ст. 1 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»² фіксацію фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України. Тому не можна погодитись з позицією деяких учених-юристів, згідно з якою якщо під час спеціального слідчого експерименту підозрювана особа вчиняє дії, що містять ознаки злочину, то за скоєне її притягують до кримінальної відповідальності за чинним законодавством³. Зрозуміло, якщо під час проведення спеціального слідчого експерименту щодо отримання хабара об'єкт вчиняє згвалтування, така особа підлягає кримінальній відповідальності за згвалтування. Однак

якщо під час проведення спеціального слідчого експерименту щодо отримання хабара, особа отримує хабар, умови для отримання якого були штучно створені слідчим та оперативним підрозділом, така особа не може бути притягнута до кримінальної відповідальності.

Між тим, зміст пункту 1.12.4. Інструкції слід визнати правильним лише в частині визначення мети проведення спеціального слідчого експерименту. Викликає заперечення зміст згаданого експерименту, який за Інструкцією полягає у створенні слідчим та оперативним підрозділом відповідних умов в обстановці, максимально наближеній до реальної.

Ще раз підкреслимо, звичайність чи незвичайність, максимальна наближеність до реальних умов, у які ставиться об'єкт, не можуть бути підставою для визнання відсутніми ознак співучасті у злочині тієї особи, того оперативного чи слідчого працівника, які створюють вказані умови.

Якщо штучно створені слідчим чи оперативним працівником умови потрапляють у причиновий зв'язок з наступними злочинними діями об'єкта, такі дії правоохоронців є нічим іншим як співучастю у злочині (провокацією злочину). У зв'язку з невизначеністю межі між умовами, що мають сприяти прояву існуючих намірів об'єкта справи, та умовами, які сприяють формуванню таких намірів та їх реалізації, до проведення такого роду заходів необхідно ставитись надзвичайно обережно.

Як зазначає Європейський суд з прав людини, будь-яка інформація, що надійшла внаслідок негласної діяльності, має отримуватись у **результаті пасивних дій**. Це виключає, зокрема, будь-

¹ Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затверджена Наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12#Text>> дата звернення 11.10.2020.

² Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 року № 2135-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text>> дата звернення 10.11.2020.

³ С І Ніколаюк, С І Радченко, Проведення спеціального слідчого експерименту під час фіксації фактів злочинів у сфері службової діяльності (2015) 2 *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ* 177–185 <http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvknvvs_2015_2_20> дата звернення 11.10.2020.

які дії, що можуть бути розтлумачені як вплив на обвинуваченого з метою вчинення ним злочину, а саме прояв ініціативи в контактах, повторна пропозиція, наполегливі нагадування тощо¹.

Слід виходити з наступного. Спеціальний слідчий експеримент, у ході якого створюються будь-які умови, що сприяють розвитку події злочину і тим більше формуванню намірів на вчинення злочину, не може проводитись з метою викриття та подальшого притягнення особи до кримінальної відповідальності. Точніше, здобутий у такий спосіб фактаж не може утворювати доказів у кримінальному провадженні.

Виникає питання: для чого проводиться спеціальний слідчий експеримент і в чому полягає його цінність?

На це питання чітку відповідь дає пункт 1.12.4. «Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні»:

1. Перевірка дійсних намірів певної особи.

2. Спостереження за її поведінкою.

3. Спостереження за прийняттям нею рішень щодо вчинення злочину.

У сукупності вказане означає отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави (ст. 1 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»).

Тому якщо особа підшукує знаряддя для вчинення злочину, створення умов для отримання нею відповідних знарядь слід здійснювати не з метою подальшого документування вчинення злочину, а перевірки реальності її намірів, встановлення способу вчинення злочину, прогнозування подальших можливих дій підозрюваного та їх наслідків, вирішення питання щодо можливості профілактики такої особи, або визначення найбільш небезпечної стадії розвитку майбутньої події злочину, на якій слід припинити посягання.

Відповідно знаряддя злочину, яке потрапляє у такий спосіб до рук особи, повинно бути непридатним для реалізації злочинного задуму.

Прикладом проведення спеціального слідчого експерименту є також залишення у вільнодоступному місці документа, який, на перший погляд, містить державну таємницю. У такий спосіб можна перевірити чи здійснює особа збір таємної інформації, що є ознакою державної зради. При цьому такий документ не повинен містити реальну державну таємницю. Тому важливо пам'ятати, що однією з умов правомірності проведення таких заходів є недопущення завдання збитків охоронюваним інтересам особи, суспільства чи держави.

Те ж саме стосується і хабарництва. Якщо є обґрунтовані підозри у тому, що особа збирається отримати хабар, слідчий та оперативний підрозділ можуть лише пасивно спостерігати за розвитком події, вживаючи при цьому необхідних заходів щодо документування злочину. Про спеціальний слідчий експеримент у розумінні створення відповідних умов тут не може бути і мови. У випадку ж якщо є підозра, що особа систематично отримує хабарі, спеціальний слідчий експеримент може бути проведено (оперативний підрозділ може створити умови для отримання чи давання хабара), але лише з однією метою – перевірка наявності підозри та з'ясування способів отримання хабара, виявлення характерних ознак поведінки тощо, однак аж ніяк не для документування отримання хабара.

Щодо хабарництва, дозволимо собі невеликий, але важливий відступ.

У результаті законодавчих змін склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 369 КК України, перестав бути простим складом злочину і став складним, альтернативним складом злочину, об'єктивна сторона якого може виражатися у трьох самостійних діях: пропозиція хабара, обіцянка хабара, надання хабара.

¹ Справа № 161/11422/16-к, вирок Луцького міськрайонного суду Волинської області від 27.04.2018 <<https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/73765531/>> дата звернення 11.10.2020

Ст. 114 КК України також містить складну, альтернативну диспозицію: «Передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю...». Як відомо, кожна окрема з названих дій утворює об'єктивну сторону зазначеного злочину. Так само і ч. 1 ст. 369 КК України. Кожна окрема з названих дій – пропозиція хабара, обіцянка хабара, надання хабара утворює об'єктивну сторону зазначеного складу злочину.

У цьому контексті розглянемо наступну ситуацію. Службова особа, яка займає відповідальне становище, отримала пропозицію хабара, відмовила хабародавцеві та звернулася до правоохоронних органів з відповідною заявою. Відповідно до ч. 1 ст. 214 КПК України слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування.

Таким чином, протягом 24 годин після подання заяви в ЄРДР відображаються відомості про вчинене кримінальне правопорушення у формі пропозиції хабара, яке є закінченим з моменту висловлення або відображення в іншій формі відповідної пропозиції.

Далі починається розслідування. Що є предметом цього розслідування? Вчинене, вчинюване чи правопорушення, яке готується? Відповідь очевидна – вчинене кримінальне правопорушення. Тому всі зусилля правоохоронців мають бути зосереджені довкола здобування інформації про подію, яка вже відбулась.

А як бути, коли у ході такого розслідування стає відомо, що хабародавець має намір повторити пропозицію хабара,

збільшивши його розмір, і здійснює відповідні підготовчі дії? Подальші гласні і негласні слідчі (розшукові) дії щодо підготовки до пропозиції хабара мають здійснюватись у межах вже наявного провадження про пропозицію хабара чи необхідно відкривати нове провадження про надання хабара? І питання, яке стоїть у нашого дослідження, – чи може у межах провадження про пропозицію хабара здійснюватися спеціальний слідчий експеримент щодо надання хабара?

Європейський суд з прав людини відповідає на це питання так: «...державна повинна мати у своєму розпорядженні конкретні та об'єктивні свідчення, що підтверджують вчинення обвинуваченим конкретних кроків на вчинення діяння, за яке він у подальшому переслідується¹». Тобто Суд припускає проведення такого роду негласних слідчих дій тільки щодо осіб та злочинів, які на момент проведення негласної слідчої дії якнайменше знаходилися у стадії готування. Відповідно злочинний задум на момент початку слідчої дії вже має бути сформованим.

Такої позиції дотримується і вітчизняне законодавство. Так, у ст. 271 КПК України чітко вказано, що контроль за вчиненням злочину може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що **готується вчинення або вчиняється** тяжкий чи особливо тяжкий злочин.

Пропозиція хабара і відповідне провадження може розглядатися як готування до вчинення злочину – надання хабара. Однак спеціальний слідчий експеримент може здійснювати винятково у межах провадження щодо надання хабара, словами Європейського суду з прав людини – щодо діяння, за яке особа у подальшому переслідується.

Згадана процесуальна деталь поряд з вище наведеним дозволяє дійти кількох важливих **висновків**:

1. Ураховуючи, що спеціальний слідчий експеримент здійснюється щодо злочинів, які готуються або вчиняються, а також прак-

¹ Справа № 661/2139/16, вирок Каховського міськрайонного суду Херсонської області від 16.01.2019 <<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/79212454>> дата звернення 11.10.2020.

тичну неможливість відрізнити умови, що мають сприяти прояву існуючих намірів об'єкта справи, та умови, які сприяють формуванню таких намірів та їх реалізації, слід відмовитись від практики здійснення будь-яких активних дій зі створення умов, котрі сприяють розвитку події злочину чи формуванню злочинного наміру.

2. Оскільки експеримент відрізняється від спостереження активною взаємодією з досліджуванним об'єктом¹, підлягає корегуванню саме поняття «спеціальний слідчий експеримент» та його визначення в Інструкції. Пропонується поняття «спеціальний слідчий експеримент» замінити поняттям «спеціальний слідчий контроль», або «пасивний² слідчий експеримент» і визначити його як спостереження за особою, у діях якої вбачаються ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину, з метою перевірки дійсних намірів такої особи та отримання відомостей, речей і документів, які мають значення для досудового розслідування.

3. Стосовно спеціального слідчого експерименту відповідно до Інструкції, тобто щодо активних дій зі створення умов, які сприяють розвитку певних подій. Такі методи оперативно-розшукової чи контррозвідальної діяльності, як було показано вище, цілком припустимі і за певних умов є ефективними засобами розкриття і попередження злочинів. Однак їх результати не можуть бути використані як докази у кримінальному процесі. Це не кримінально-процесуальна діяльність, це оперативно-розшукова, або

контррозвідальна діяльність. За такого змісту вказаних заходів слід відмовитись від поняття «спеціальний слідчий експеримент» і повернутись до поняття «оперативний експеримент», яке має визначатись у відомчих нормативно-правових актах.

Завданням оперативного експерименту має бути винятково отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави.

4. Слід погодитися і повністю підтримати позицію вчених, які вважають, що провокація злочину, тобто дії правоохоронців, які у будь-який спосіб спонукають особу вчинити злочин з метою подальшого викриття такої особи, слід uważати протиправними, а здобуті у такий спосіб докази нікчемними³. Безумовно, мають рацію і прихильники протилежного погляду, які посиляються на іноземний досвід та необхідність активізації протидії злочинності, передусім корупційної. Однак чи готова наша політична та правоохоронна система до такої «свободи»?

Автор вважає, що до цього питання можливо і слід повернутись не раніше, ніж в Україні буде розбудовано реально демократичну, правову державу. Крім цього, високий рівень корупції правоохоронної та судової системи створює реальну загрозу перетворення правомірної провокації злочину з інструменту боротьби зі злочинністю на інструмент політичних репресій, рейдерства та подальшого поглиблення процесів корупції судів і правоохоронних органів.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy [Criminal Procedure Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy vid 13 kvitnia 2012 roku N4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> > data zvernennia 11.10.2020 [in Ukrainian].

¹ Матеріал з Вікіпедія Експеримент <<https://uk.wikipedia.org/wiki/Експеримент>> дата звернення 11.10.2020.

² При пасивному експерименті інформація про досліджуваний об'єкт накопичується шляхом пасивного спостереження, тобто інформацію отримують в умовах звичайного функціонування об'єкта.

³ М А Погорецький, Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності (2016) 1 *Вісник кримінального судочинства* 33–43; О О Дудоров, Про перспективи законодавчого унормування провокаційної поведінки та її правових наслідків (2020) 2(14) *Вісник Асоціації кримінального права України* 14–56.

2. Kryminalnyi kodeks Ukrainy [Criminal Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy vid 05.04.2001 № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> data zvernennia 11.10.2020 [in Ukrainian].

3. Pro operatyvno-rozshukovu diialnist [About operative-search activity: Zakon Ukrainy vid 18 liutoho 1992 roku № 2135-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text>> data zvernennia 11.10.2020 [in Ukrainian].

4. Instruksiiia pro orhanizatsiiu provedennia nehlasnykh slidchykh (rozshukovykh) dii ta vykorystannia yikh rezultativ u kryminalnomu provadzhenni zatverdzhena Nakazom Heneralnoi prokuratury Ukrainy, Ministerstva vnutrishnikh sprav Ukrainy, Sluzhby bezpeky Ukrainy, Administratsii Derzhavnoi prykordonnoi sluzhby Ukrainy, Ministerstva finansiv Ukrainy, Ministerstva yustytzii Ukrainy vid 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12#Text>> data zvernennia 10.11.2020 [in Ukrainian].

CASES

1. Vyrok u spravi № 661/2139/16 [The judgement of the district court] <<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/79212454/>> data zvernennia 11.10.2020 [in Ukrainian].

2. Vyrok u spravi № 161/11422/16-k [The judgement of the district court] <<https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/73765531/>> data zvernennia 11.10.2020 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

ENCYCLOPEDIAS

1. Eksperyment [Wikipedia article] <<https://uk.wikipedia.org/wiki/Eksperyment>> data zvernennia 11.10.2020 [in Ukrainian].

ARTICLES

1. Dudorov O.O. Pro perspektyvy zakonodavchoho unormuvannia provokatsiinoi povedinky ta yii pravovykh naslidkiv [On the prospects of legislative regulation of provocative behavior and its legal consequences] (2020) 2 Visnyk Asotsiatsii kryminalnoho prava Ukrainy 14–56 [in Ukrainian].

2. Maistrenko O. Metody borotby zi zlochynnistiu u zakhidnykh krainakh [Methods of combating crime in Western countries] Vseukrainskyi internet-chasopys POLITYKA. PRAVO. ZhYTTiia <http://www.pollawlife.com.ua/2016/08/blog-post_22.html> data zvernennia 11.10.2020 [in Ukrainian].

3. Nikolaiuk S.I., Radchenko S.I., Provedennia spetsialnoho slidchoho eksperymentu pid chas fiksatsii faktiv zlochyniv u sferi sluzhbovoi diialnosti [Conducting a special investigative experiment during the recording of crimes in the field of official activity] (2015) 2 Naukovyi visnyk Natsionalnoi akademii vnutrishnikh sprav 177–185 <http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvknvvs_2015_2_20> data zvernennia 11.10.2020 [in Ukrainian].

4. Pohoretskyi M.A. Zastosuvannia provokatsii v khodi nehlasnykh rozsliduvan: pytannia pravomirnosti The use of provocation in covert investigations: the question of legality] (2016) 1 Visnyk kryminalnoho sudochynstva 33–43. [in Ukrainian].

Novitsky G.

Doctor of Law Sciences, Professor

National Academy of Security Service of Ukraine

ORCID ID: 0000-0002-3073-369X

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2020.3-4/22-31>

CRIME PROVOCATION AND SPECIAL INVESTIGATIVE EXPERIMENT: DELIMITATION PROBLEMS

Annotation. *One of the priority areas of Ukraine's development as a state governed by the rule of law is the protection of the legitimate interests, rights and freedoms of man and citizen.*

Law enforcement agencies, special services, courts are the key institutions on whose activities the protection of the rights, freedoms and legitimate interests of citizens, security and law and order depend. The level of law and order in the state and society depends on the strict observance of the current legislation by the mentioned institutions.

In this context, the strict observance by investigators, operatives and the court of the norms of the legislation regulating the conduct of covert investigative actions, in particular a special investigative experiment, acquires special significance.

The purpose of the article is to determine the permissible limits of behavior of an investigator or operational officer during a special investigative experiment.

The study shows the significant shortcomings of current legislation governing the conduct of a special investigative experiment and the practice of its application. As a result it is offered:

1. Given that a special investigative experiment is carried out on crimes that are being prepared or committed, as well as the practical impossibility of distinguishing between conditions that should contribute to the manifestation of existing intentions of the object of the case and conditions that contribute to the formation of such intentions and their implementation active actions to create conditions conducive to the development of a crime or the formation of criminal intent.

2. Since the experiment differs from observation by active interaction with the object under study, the very concept of «special investigative experiment» and its definition are given in the Instruction on the organization of covert investigative (search) actions and use of their results in criminal proceedings. It is proposed to replace the term «special investigative experiment» with the term «special investigative control» or «passive investigative experiment» and define it as observation of a person whose actions show signs of a serious or especially serious crime in order to verify the real intentions of such person and obtain information and documents relevant to the pre-trial investigation.

3. Concerning a special investigative experiment in the understanding of the Instruction, ie regarding active actions to create conditions that contribute to the development of certain events. Such methods of operative-search or counter-intelligence activities, as shown above, are quite acceptable and, under certain conditions, are effective means of detecting and preventing crimes. However, their results cannot be used as evidence in criminal proceedings. This is not a criminal procedure, it is an operational search or counterintelligence activity. With this content of these measures, it is necessary to abandon the concept of «special investigative experiment» and return to the concept of «operational experiment», which should be applied and defined in departmental regulations.

Key words: *provocation, operative experiment, special investigative experiment, complicity in crime.*