

**КОНТРОЛЬ ЗА ВЧИНЕННЯМ ЗЛОЧИНУ:
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ****LAW ENFORCEMENT CONTROL OVER THE COMMISSION OF A CRIME:
CRIMINAL LAW ASPECT**Сибаль О.Б., к.ю.н, адвокат,
асистент кафедри кримінального права та криминології
юридичного факультету

Львівський національний університет імені Івана Франка

Стаття присвячена з'ясуванню кримінально-правової природи правомірної поведінки, що становить зміст негласної слідчої (розшукової) дії – контролю за вчиненням злочину. Встановлено, що в ході цієї діяльності працівники правоохоронних органів та особи, які конфіденційно співпрацюють з органами досудового розслідування, нерідко вчиняють діяння, які за своїми зовнішніми ознаками формально схожі із відповідними злочинами у сферах службової діяльності, обігу наркотичних засобів, зброї тощо.

Обґрунтовано, що правомірність цих діянь обумовлюється нормами інших, ніж КК України, нормативно-правових актів, зокрема приписами КПК України. На основі вивчення наукової думки зроблено висновок про необхідність дослідження контролю за вчиненням злочину в аспекті кримінально-правового інституту обставин, що виключають злочинність діяння. Проведено розмежування правомірного контролю за вчиненням злочину із обставинами, закріпленими у Розділі VIII Загальної частини КК України. Враховуючи, що досліджувана поведінка не охоплюється жодною із передбачених у КК України обставин, що виключають злочинність діяння, зроблено висновок про те, що контроль за вчиненням злочину є відносно самостійною обставиною, що виключає злочинність діяння.

Виокремлено умови правомірності контролю за вчиненням злочину, які характеризують підстави, суб'єктів, мету та форми цієї правомірної поведінки. Сформульовано типовий перелік вчинюваних під час контролю за злочинним діянням, злочинність яких виключається. Проведено відмежування контролю за вчиненням злочину від суміжних із ним кримінально-караних (злочинних) діянь, зокрема від провокації (підбурювання) до злочину. Розроблено проект статті до КК України, у якій запропоновано закріпити конститутивні ознаки контролю за вчиненням злочину як обставини, що виключає злочинність діяння. Окреслено напрями подальших досліджень у цій темі.

Ключові слова: контроль за вчиненням злочину; умови правомірності; кримінальне право України; обставини, що виключають злочинність діяння; провокація (підбурювання) до вчинення злочину; потурання злочину.

The article clarifies, from a criminal law perspective, the nature of lawful behavior that comprises law enforcement control over the commission of a crime as an undercover investigative operation. The author establishes that in the course of this activity, law enforcement officers and persons who cooperate confidentially with pre-trial investigation bodies often commit acts that are formally similar to the corresponding crimes in the sphere of official activity, trafficking drugs, weapons etc.

It is substantiated that the legitimacy of these actions is determined by provisions of laws other than the Criminal Code of Ukraine, in particular pursuant to the Criminal Procedure Code of Ukraine. Based on analysis of other scientific publications the author concludes that it is necessary to study law enforcement control over the commission of a crime in the aspect of the criminal law institute of circumstances excluding criminality of an act. In the article, distinction is made between lawful control over the commission of a crime and the circumstances stipulated in Section VIII of the General part of the Criminal Code of Ukraine. Given that the studied behavior is not covered by any of the circumstances excluding criminality of an act provided for in the Criminal Code of Ukraine, the author assumes that the law enforcement control over the commission of a crime is a relatively independent circumstance excluding criminality of an act.

The author highlights conditions of legality of the law enforcement control over the commission of a crime that include the grounds, subjects, purpose and forms of this lawful behavior. He also formulates a typical list of acts committed during the control over the commission of a crime, criminality of which is excluded. The author distinguishes control over the commission of a crime from related acts that are criminal in nature, in particular provocation (incitement) to a crime. A draft section of the Criminal Code of Ukraine has been developed that is intended to specify constitutive features of the law enforcement control over the commission of a crime as a circumstance that excludes criminality of an act. Finally, the author outlines directions of further research in this topic.

Key words: law enforcement control over the commission of a crime; conditions of legality; criminal law of Ukraine; circumstances excluding criminality of an act; provocation (incitement) to commit a crime; connivance of a crime.

Постановка проблеми. Однією із негласних слідчих (розшукових) дій, відповідно до статті 271 Кримінального процесуального кодексу (надалі по тексту – КПК) України, є контроль за вчиненням злочину, який може проводитися у таких формах: контрольована поставка, контрольована та оперативна закупка, спеціальний слідчий експеримент, імітування обстановки злочину. Йдеться про правомірну процесуальну діяльність, яка полягає у тому, що працівники правоохоронних органів здійснюють нагляд за вчиненням певного злочину, а саме – супроводжують і, головне, дозволяють його вчинення. Як наслідок, злочин вчиняється з відома правоохоронців та не припиняється ними до певного моменту. Такі заходи вживаються для досягнення суспільно корисної мети – документування факту вчинення злочину та викриття особи, яка його вчинила.

Хоча порядок проведення контролю за вчиненням злочину відноситься до предмета регулювання галузі кримінально-процесуального права України, поведінка учасників цієї негласної слідчої (розшукової) дії потребує також і кримінально-правової оцінки. Річ у тім, що діяння, які

становлять зміст контролю за вчиненням злочину, формально (зовні) схожі із відповідними кримінально-караними діяннями, зокрема:

– *контрольована поставка* (наприклад, працівники митної служби свідомо не перешкоджають вчиненню контрабанди зброї, щоб прослідкувати увесь «злочинний ланцюг»: викрити постачальників та замовників, встановити місця збуту тощо) має ознаки потурання відповідному злочину як форми причетності до нього, потребує розмежування із пособництвом у вчиненні контрабанди (ст. 201 КК України) та низкою службових злочинів;

– *контрольована та оперативна закупка* (наприклад, особа, яка співпрацює із правоохоронцями на конфіденційній основі, діючи під їх контролем, купує наркотичні засоби у наркоторговця з метою його подальшого викриття) за своїми ознаками схожі із організацією придбання та підбурюванням до збуту наркотичних засобів (ст. ст. 307, 309 КК України);

– *спеціальний слідчий експеримент* (наприклад, особа, у якої вимагають неправомірну вигоду (хабар), під контролем слідчого вручає мічені грошові купюри служ-

бовій особі з метою її затримання з поличним) по суті є наданням неправомірної вигоди (ст. 369 КК України) та містить ознаки провокації підкупу (ст. 370 КК України);

– *імітування обстановки злочину* (наприклад, працівники СБУ знищують шляхом підпалу пасажирський автобус, чим створюють в оточуючих уяву про вчинення реального терористичного акту, з метою його запобігання та викриття особи, яка замовила чи організувала його вчинення) може підпадати під ознаки умисного знищення або пошкодження майна (ст. 194 КК України).

У зв'язку із цим, постає питання про відмежування правомірною контролю за вчиненням злочину як дозволеної діяльності від схожих із ним кримінально-караних (злочинних) діянь. При цьому, кримінально-правовій оцінці підлягає як поведінка працівників правоохоронних органів, так і дії осіб, які залучаються до контролю за вчиненням злочину на засадах конфіденційного співробітництва.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Кримінально-правові аспекти правомірної правоохоронної діяльності, спрямованої на розкриття злочинів, були предметом досліджень багатьох українських науковців, зокрема: О. І. Альшиної, Ю. В. Бауліна, В. О. Веретянникова, О. М. Грудзура, О. О. Дудорова, П. О. Загодіренка, В. М. Киричка, О. М. Лемешко, В. О. Навроцького, В. І. Осадчого, А. В. Панової, М. І. Хавронюка та інших. Однак праці згаданих вчених стосуються здебільшого суміжних із досліджуваними діяннями злочинних посягань, як-от: провокація злочину, потурання злочину, співучасть у злочині, корупційні злочини тощо. Разом з тим, сьогодні у науці кримінального права України відсутні самостійні узагальнюючі дослідження кримінально-правової природи власне правомірних вчинків, що становлять зміст контролю за вчиненням злочину.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). З огляду на викладене, мета статті – з'ясувати кримінально-правову природу контролю за вчиненням злочину, виокремити ознаки (умови правомірності) цієї поведінки, провести її розмежування із суміжними кримінально-караними діяннями.

Виклад основного матеріалу дослідження. Першочерговим у виконанні поставленого завдання є з'ясування того, нормами якого із кримінально-правових інститутів слід керуватися при оцінці досліджуваних діянь. Більшість вчених, чії праці стосуються вказаної тематики, сходиться у думці, що контроль за вчиненням злочину потрібно розглядати у площині вчення про обставини, що виключають злочинність діяння.

Так, О. М. Лемешко у своєму дисертаційному дослідженні, присвяченому кримінально-правовій оцінці потурання вчиненню злочину, обґрунтовує необхідність виділення спеціальної обставини, що виключає злочинність бездіяльності при службовому потуранні, під назвою «виправдане потурання», яке розглядається автором як різновид контрольованого вчинення злочину. Науковець пропонує доповнити КК окремою статтею про відповідальність за потурання злочину, у примітці якої, однак, передбачити, що дія цієї статті не поширюється на випадки невиконання обов'язку припинення злочину службовою особою правоохоронного органу при здійсненні оперативно-розшукової діяльності відповідно до закону [1, с. 4, 10].

Для відмежування провокації підкупу від правомірної діяльності, спрямованої на виявлення і документування фактів давання та одержання хабара, О. М. Грудзур пропонує доповнити ст. 370 КК України ч. 3, у якій зазначити, що не є злочином діяння, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені працівником оперативного підрозділу, який відповідно до закону уповноважений на проведення оперативно-розшукової діяльності, або за дорученням такого працівника іншою особою, що залу-

чається відповідно до закону до виконання завдань оперативно-розшукової діяльності, якщо вчинення цих діянь відбувалося за наявності підстав, для проведення оперативно-розшукової діяльності і в порядку, визначеному законодавством [3, с. 10, 188-189].

О. О. Дудоров, характеризує випадки непритягнення до кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 354 КК України («Підкуп працівника підприємства, установи чи організації»), наводить приклад, коли особа, на адресу якої надійшло прохання чи вимога неправомірної вигоди, звертається до правоохоронного органу з метою викриття того, хто вчинив такі дії, а далі, уже за вказівкою цього органу, бере участь у проведенні відповідних негласних слідчих (розшукових) дій. У поведінці такої особи, на думку вченого, вбачається лише «імітація надання неправомірної вигоди», яка не містить складу злочину, передбаченого статтями 354, 368-3, 368-4, 369, 369-2 КК України. Тому вона не звільняється від відповідальності на підставі ч. 5 ст. 354 КК України, а не підлягає кримінальній відповідальності згідно із п. 1 ч. 1 ст. 284 КПК України (відсутність події кримінального правопорушення) [2, с. 128]. Аналогічна правова позиція відображена у п. 22 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» № 5 від 26.04.2002 р., де зазначається, що у діях особи, яка у зв'язку з вимаганням у неї хабара, перш ніж його дати, звернулася до органів влади з метою викрити вимагача, складу злочину немає.

Доволі розгорнуту класифікацію обставин, що виключають злочинність діяння, пропонує Ю. В. Баулін. Так, наприклад, за галузевою приналежністю усі обставини, що виключають злочинність діяння, науковець поділяє на ті, що передбачені КК (необхідна оборона, крайня необхідність, затримання особи, що вчинила злочин та ін.), і ті, які передбачені іншими галузями законодавства (різноманітні види реалізації суб'єктивного права, виконання правових обов'язків та здійснення службових повноважень) [4, с. 47].

За видом та кількістю злочинних посягань, під зовнішні ознаки яких здатні підпадати правомірні вчинки, злочинність яких виключається, усі досліджувані обставини, за твердженням Ю. В. Бауліна, поділяються на ті, що виключають злочинність: 1) декількох різнорідних діянь (вчинків, що підпадають під ознаки злочинів, передбачених різними розділами Особливої частини КК, побудованими за родовим об'єктом злочину), наприклад, необхідна оборона, крайня необхідність, виконання професійних чи службових обов'язків тощо; 2) декількох однорідних діянь (вчинків, які підпадають під ознаки злочинів, що передбачені одним і тим же розділом Особливої частини КК), наприклад, виконання наказу військовослужбовця може мати місце лише у сфері військових відносин, а виконання обов'язків лікаря – у сфері відносин охорони здоров'я; 3) лише одного діяння, наприклад, незаконне переправлення осіб через державний кордон з метою отримання політичного притулку чи статусу біженців; вручення громадянину з дозволу органів влади майна службовій особі, яка вимагає хабар; вихід службовою особою за межі наданих їй повноважень в інтересах суспільства чи держави тощо [4, с. 69–71].

Отже, вчений, по-перше, допускає можливість закріплення обставин, що виключають злочинність діяння, не лише у КК, а й в інших законодавчих актах; по-друге, відносить до вказаних обставин, зокрема, виконання правових (професійних) обов'язків та здійснення службових повноважень; а, по-третє, наводить як приклад такої обставини – участь особи у спецоперації з викриття хабарника, що по суті є однією із форм контролю за вчиненням злочину.

Цікаво, що схожий підхід відображений у практиці вищого судового органу нашої держави. Так, у поста-

нові Верховного Суду України від 13.11.2014 р. у справі № 5-31кс14 зазначається, що необхідна оборона не допускається проти правомірних дій інших осіб, навіть якщо ними заподіюється шкода інтересам, що охороняються законом. Правомірність зазначених дій може зумовлюватися реалізацією прав, які належать особі чи надані законом, у тому числі і вчиненням таких дій за наявності обставин, що виключають їх суспільну небезпечність чи протиправність. Зокрема, не допускається необхідна оборона проти дій особи, які вчинюються нею в стані необхідної оборони, крайньої необхідності, при затриманні злочинця, а також при виконанні нею професійних чи службових функцій із дотриманням умов їх правомірності.

Як бачимо, у наведеному судовому рішенні поряд із необхідною обороною, крайньою необхідністю та затриманням злочинця вказується також і на виконання професійних чи службових функцій як самостійну обставину, що виключає злочинність діяння.

Таким чином, у працях вищезгаданих науковців йдеться про окремі форми контролю за вчиненням злочину, така поведінка визнається правомірною і не тягне кримінальної відповідальності. Вказаний підхід у цілому вважаємо правильним, адже контроль за вчиненням злочину, як видається, володіє ознаками родового доктринального поняття обставини, що виключає злочинність діяння, а саме: діяння, що становлять зміст контролю за вчиненням злочину, формально (зовні) схожі із відповідними злочинами, про що йшлося на початку статті; вказані діяння вчиняються за наявності визначених умов (чинників реальної дійсності), що обґрунтовують їх правомірність та суспільну користь, позбавляють визначальної ознаки злочину – протиправності, внаслідок чого кримінальна відповідальність за їх вчинення виключається; ці умови передбачені, зокрема, нормами КПК України, Законів України «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про національну поліцію», «Про Службу безпеки України», «Про запобігання корупції», Інструкцією про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженою спільним Наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України та Міністерства юстиції України (надалі по тексту – *Інструкція*) від 16.11.2012 р., та іншими нормативно-правовими актами.

Перш ніж перейти до характеристики умов правомірності контролю за вчиненням злочину, необхідно з'ясувати, чи можливе його вивчення як самостійної обставини, що виключає злочинність діяння, чи цей вид правомірної поведінки є різновидом інших, уже закріплених у КК України, обставин.

За змістом ч. 1 ст. 36 КК України необхідна оборона полягає у заподіянні шкоди тому, хто посягає, для негайного відвернення і припинення посягання. Натомість контроль за вчиненням злочину, по-перше, як видається, взагалі не передбачає заподіяння злочинцю будь-якої шкоди, а, по-друге, не має на меті негайно припинити чи відвернути посягання. Навпаки, його зміст становить неперешкодження вчиненню злочину з метою процесуального документування останнього. З цих же міркувань відсутні також ознаки уявної оборони (ст. 37 КК України). Крім того, контроль здійснюється не за уявним, а за реальним суспільно небезпечним посяганням, тобто коли є достатні підстави вважати, що злочин дійсно готується або вчиняється.

Контроль за вчиненням злочину часто завершується відкритим фіксуванням злочину правоохоронцями та затриманням особи, яка його вчинила. Однак згідно із ч. 1 ст. 38 КК України затримання злочинця має місце безпосередньо після вчинення посягання (коли злочин завершений), у той час, коли контроль за вчиненням злочину

можливий лише на стадіях незакінченого злочину (готування та замаху). Тому ці обставини, що виключають злочинність діяння, не збігаються у часі: затримання особи, що вчинила злочин, має місце лише після закінчення контролю за вчиненням злочину. Важливо також, що при контролі за вчиненням злочину не ставиться за мету затримати злочинця і доставити його у відповідні органи влади, а лише викрити цю особу і зафіксувати факт вчинення нею злочину. Відмінний також зміст діянь, які вчиняються у стані вказаних обставин. Так, затримання злочинця зазвичай передбачає застосування до нього фізичної сили, завдання йому певної шкоди, що, як уже зазначалося, не притаманне контролю за вчиненням злочину.

Існує певна схожість між контролем за вчиненням злочину та крайньою необхідністю (ст. 39 КК України). Так, у ч. 2 ст. 246 КПК України зазначається, що негласні слідчі (розшукові) дії проводяться у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб. Тобто контроль за вчиненням злочину як негласна слідча (розшукова) дія є свого роду крайнім заходом отримання доказової інформації у кримінальному провадженні.

Проте вказані обставини мають істотні відмінності. Деякі науковці ставлять під сумнів наявність при контролі за вчиненням злочину безпосередньої загрози заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, яка характерна для крайньої необхідності. Так, О. І. Альошина, проводячи розмежування між правомірною провокацією злочину з боку службових осіб правоохоронних органів та крайньою необхідністю, зазначає, що при вчиненні провокації не можна говорити про наявність безпосередньої загрози заподіяння шкоди, бо навіть коли є достовірна інформація про попередні злочинні дії особи, ще не є доведеним фактом та обставина, що така особа надалі буде вчиняти злочини [5, с. 12]. Вказане міркування видається слушним, адже особа, за поведінкою якої здійснюється контроль, може добровільно відмовитись від доведення злочину до кінця, або інформація щодо злочину взагалі не підтвердиться. Як наслідок, загроза заподіяння шкоди (очікуваний злочин) буде відсутня. Але навіть, якщо злочин все ж вчиняється, правоохоронці, по-перше, не переслідують мету усунути (відвернути) цю загрозу (припинити злочин), а, навпаки, – дозволяють злочину відбутися для того, аби процесуально його задокументувати. А, по-друге, небезпека вчинення злочину, про який заздалегідь відомо державним органам, як видається, може бути усунута й іншими, не пов'язаними із контролем за вчиненням злочину, засобами, зокрема шляхом негайного припинення підготовлюваного чи вчинюваного злочину та затримання злочинців.

Особи, які конфіденційно співпрацюють з правоохоронними органами, можуть залучатися до проведення контролю за вчиненням злочину лише за їх добровільною згодою. Так, наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 11 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» за бажанням осіб їх співробітництво з оперативним підрозділом може бути оформлено письмовою угодою з гарантуванням конфіденційності співробітництва. Тому правомірність діянь таких осіб не може обґрунтовуватись приписами ст. 40 КК України («Фізичний або психічний примус»).

Відповідно до ч. 3 ст. 110, ч. 4 ст. 246, ч. 1 ст. 251, ч. 7 ст. 271 КПК України контроль за вчиненням злочину проводиться за рішенням прокурора, яке приймається у формі постанови. Відтак, особи, які проводять цю негласну слідчу (розшукову) дію, не виконують при цьому наказ або розпорядження (ст. 41 КК України) та, відповідно, не перебувають у стані вказаної обставини, що виключає злочинність діяння.

Попередження та розкриття резонансних тяжких та особливо тяжких злочинів безумовно становить значну

суспільно корисну мету. У зв'язку із цим, існує потреба у з'ясуванні співвідношення між контролем за вчиненням злочину та діянням, пов'язаним з ризиком (ст. 42 КК України). По-перше, при контролі за вчиненням злочину відсутній ризик заподіяння шкоди з боку осіб, які його проводять. Натомість шкода правоохоронюваним інтересам у цьому випадку завдається особою, за злочинним діянням якої власне і здійснюється контроль. По-друге, при діянні, пов'язаному з ризиком, за умови його виправданості, настання шкоди малоімовірне. У той час, коли контроль за злочинном практично завжди супроводжується вчиненням підконтрольною особою злочинного посягання. І, нарешті, по-третє, особи, які проводять контроль за вчиненням злочину, не вживають характерних для виправданого ризику заходів з метою відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам, а, навпаки, не перешкоджають вчиненню злочину та створюють умови для подальшої реалізації злочинного наміру.

Контроль за вчиненням злочину за своїм змістом є найбільш близьким до виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 43 КК України). Проте вказані обставини не тотожні. По-перше, застосування ст. 43 КК України обмежене злочинною діяльністю виключно організованої групи та злочинної організації. Натомість контроль за вчиненням злочину зазвичай спрямований на розкриття злочину, вчинюваного лише однією особою, яка не перебуває ні в організованій групі, ні у злочинній організації (наприклад, викриття службової особи, яка систематично вимагає хабарі). По-друге, згадані обставини є різними негласними слідчими (розшуковими) діями. Так, контроль за вчиненням злочину передбачений у ст. 271 КПК України, а виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації закріплене у ст. 272 КПК України. Мета цих негласних слідчих (розшукових) дій також відмінна. Відповідно до п. п. 1.12.1.–1.12.5. *Інструкції* метою різних форм контролю за вчиненням злочину є насамперед викриття і документування факту вчинення злочину та особи, яка його вчинила; натомість виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації здійснюється з метою отримання речей і документів, відомостей про їх структуру, способи і методи злочинної діяльності, які мають значення для розслідування злочину або злочинів, які вчиняються цими групами (п. 1.13. *Інструкції*).

У цьому контексті варто звернути увагу на те, що виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації є водночас і негласною слідчою (розшуковою) дією за ст. 272 КПК України, і обставиною, що виключає злочинність діяння, відповідно до ст. 43 КК України. Як бачимо, процесуальна природа цієї обставини не перешкоджає визнанню за нею водночас і кримінально-правового значення. Вважаємо, що аналогічним чином слід оцінювати і контроль за вчиненням злочину: вказана обставина теж повинна знайти своє закріплення у КК України.

Отже, оскільки контроль за вчиненням злочину не охоплюється жодною із передбачених Розділом VIII Загальної частини КК України обставин, що виключають злочинність діяння, приходимо до висновку, що досліджувана поведінка є самостійною обставиною, що виключає злочинність діяння, яка передбачена іншими, ніж КК України, нормативно-правовими актами.

Аналіз законодавства, яке регламентує порядок проведення контролю за вчиненням злочину, дозволяє виокремити наступні кримінально-значимі ознаки (умови правомірності) цієї поведінки.

I. Відповідно до ч. 1 ст. 271 КПК України контроль за вчиненням злочину може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується

вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин.

Для підтвердження цієї умови у розпорядженні правоохоронного органу повинні бути відповідні докази, що у своїй сукупності дають підстави для висновку про те, що злочин дійсно готується або вчиняється, зокрема: заяви свідків, потерпілих, рапорти оперативних працівників про виявлення ознак злочину тощо. Хоча нерідко трапляються випадки, коли після початку контролю інформація про злочин не підтвердилася або взагалі виявилася неправдивою. У такому разі слід вести мову про контроль за уявним злочинном, а діяння осіб, які його провели, оцінювати за правилами фактичної помилки: якщо вони не усвідомлювали та не могли усвідомлювати помилковості свого припущення, кримінальна відповідальність виключається з огляду на відсутність у їх діяннях вини. Якщо ж заявник у справі свідомо повідомив неправдиву інформацію, його дії слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, як завідомо неправдиве повідомлення про вчинення злочину (ст. 383 КК України) та готування або замах на запланований злочин (наприклад, надання службовій особі неправомірної вигоди (ст. 369 КК України)). Не виключені також ситуації, коли особа, за діянням якої здійснюється контроль, добровільно відмовилася від подальшого злочину до кінця. У цьому випадку діяння правоохоронців та осіб, які діяли під їх контролем, теж слід визнавати правомірними, адже такий контроль розпочатий, коли злочин ще не був припинений і вказані особи не знали і не могли знати, що підконтрольна особа відмовиться від подальшої злочинної поведінки.

При встановленні зазначеної умови правомірності слід враховувати норми інституту стадій злочину (ст. ст. 13–15 КК України), а також класифікацію злочинів за ступенем тяжкості (ст. 12 КК України). Адже, судячи зі змісту ч. 1 ст. 271 КПК України, контроль за вчиненням злочину можливий лише на стадіях готування до злочину та замаху на злочин, а також виключно щодо тяжких та особливо тяжких злочинів. Відповідно проведення контролю за виявленням наміру вчинити злочин, закінченим злочином чи посткримінальною поведінкою, а також за злочинами невеликої та середньої тяжкості не допускається, а тому не може визнаватися правомірним.

II. Згідно із ч. 4 ст. 246 КПК України *виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину.* Відповідно до ч. 3 ст. 110 КПК України рішення слідчого, прокурора *приймається у формі постанови.* Таким чином, підставою проведення контролю за вчиненням злочину є постанова прокурора, вимоги до якої визначені у ч. 1 ст. 251, ч. 7 ст. 271 КПК України. Відтак, здійснення контролю за вчиненням злочину до винесення вказаного процесуального рішення або після закінчення визначеного у ньому строку проведення цієї негласної слідчої (розшукової) дії, свідчитиме про передчасність чи запізнілість контролю, а, як наслідок, неправомірність діянь осіб, які приймають у ньому участь.

III. У ч. 6 ст. 246 КПК України вказується, що *проводити негласні слідчі (розшукові) дії має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням – уповноважені оперативні підрозділи Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної кримінально-виконавчої служби України, органів Державної прикордонної служби України.* За рішенням слідчого чи прокурора до проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть залучатися також інші особи. Відповідно до ч. 1 ст. 275 КПК України під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій слідчий має право використовувати інформацію, отриману внаслідок конфіденційного

співробітництва з іншими особами, або залучати цих осіб до проведення негласних слідчих (розшукових) дій у випадках, передбачених цим Кодексом.

Отже, суб'єктом контролю за вчиненням злочину є, насамперед, слідчий, який здійснює розслідування цього злочину, та за його дорученням – оперативні працівники відповідних правоохоронних органів. Важливо врахувати, що проведення контролю за вчиненням злочину входить до професійних (службових) повноважень (функцій) працівників правоохоронних органів, тому у кожному випадку слід з'ясувати, чи уповноважений конкретний слідчий здійснювати досудове розслідування злочину, щодо якого проводиться контроль, та чи видавалось ним доручення на проведення цієї негласної слідчої (розшукової) дії працівникам оперативного підрозділу відповідного органу досудового розслідування.

Як уже зазначалося, до контролю за вчиненням злочину можуть залучатися також особи, які хоча і не є працівниками органу досудового розслідування, але конфіденційно співпрацюють із ним. Прикладом таких суб'єктів можна вважати осіб, яким надійшла пропозиція незаконно придбати чи збути зброю або наркотичні засоби, надати чи одержати неправомірну вигоду, та які в подальшому з метою викриття злочинців звернулися у правоохоронні органи та були залучені ними до контролю за відповідним злочиним. У кримінальному провадженні такі особи зазвичай мають процесуальний статус заявника (викривача), свідка або потерпілого. Участь цих осіб у контролі за вчиненням злочину є їх суб'єктивним правом, а тому у матеріалах кримінального провадження повинна знаходитись письмова згода особи на конфіденційне співробітництво з органом досудового розслідування та відповідне рішення слідчого чи прокурора про залучення такої особи до проведення контролю за вчиненням злочину. При цьому, відповідно до ч. 2 ст. 275 КПК України забороняється залучати до конфіденційного співробітництва під час проведення негласних слідчих дій адвокатів, нотаріусів, медичних працівників, священнослужителів, журналістів, якщо таке співробітництво буде пов'язане з розкриттям конфіденційної інформації професійного характеру.

IV. Контроль за вчиненням злочину може проводитися в одній із п'яти визначених у ч. 1 ст. 271 КПК України форм: контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину. У цьому контексті постає питання про те, які саме діяння становлять зміст наведених законних форм контролю за вчиненням злочину. Відповідь на нього надасть змогу зрозуміти, під ознаки яких складів злочинів здатні формально підпадати правомірні діяння, вчинювані під час контролю за злочиним, що, як наслідок, дозволить з'ясувати, злочинність яких саме діянь виключається у стані досліджуваної обставини.

Правомірні вчинки (діяння) осіб, які залучаються до контролю за злочиним на засадах конфіденційного співробітництва, можуть полягати у придбанні чи збуті вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв, наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів; наданні, одержанні, прийнятті пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди; а також мати формальну схожість з іншими злочинами. Роль цих осіб полягає у тому, щоб за вказівкою та під контролем правоохоронців одержати вказані предмети від злочинця чи передати їх йому з метою документування злочину.

Щодо працівників правоохоронних органів, то під час контролю за злочиним ними можуть вчинятись наступні правомірні діяння, злочинність яких виключається:

- організація діяння, вчиненого особою, яка конфіденційно співпрацює з правоохоронним органом (наприклад, правоохоронці розробляють план дій такої особи, координують її поведінку, надають вказівки, інструкції

щодо вчинення відповідного діяння, забезпечують її прикриття тощо);

- підбурювання до діяння, вчиненого особою, яка конфіденційно співпрацює з правоохоронним органом (наприклад, слідчий переконає особу, яка заявила про злочин, у необхідності її участі у контролі за вчиненням злочину з метою викриття злочинця, внаслідок чого у неї виникає намір (бажання) вчинити відповідні дії);

- пособництво у діянні, вчиненому особою, яка конфіденційно співпрацює з правоохоронним органом (наприклад, під час проведення контролю за вчиненням злочину така особа, як правило, отримує від правоохоронців поради, вказівки, їй можуть надаватися відповідні заздалегідь ідентифіковані (помічені) або несправжні (імітаційні) засоби (зброя, наркотики, гроші тощо);

- потурання злочину, за яким здійснюється контроль (проявляється у невиконанні працівниками правоохоронного органу обов'язку припинити виявлений злочин, перешкодити його вчиненню, та може підпадати під ознаки зловживання владою або службовим становищем (ст. 364 КК України), службової недбалості (ст. 367 КК України), сприяння учасникам злочинних організацій та укривання їх злочинної діяльності (ст. 256 КК України), бездіяльності військової влади (ст. 426 КК України) тощо);
- інші формально (зовні) схожі зі злочинами діяння (наприклад, контроль за вчиненням злочину у формі імітування обстановки злочину може полягати у вчиненні вибухів, підпалів, знищенні чи пошкодженні майна, заволодінні транспортним засобом, викраденні людини тощо).

На жаль, у діючому, зокрема кримінальному, законодавстві немає прямої вказівки на правомірність наведених діянь, хоча кримінальна відповідальність за їх вчинення де-факто виключається. Така ситуація вочевидь свідчить про законодавчу прогалину та вимагає внесення відповідних змін до КК України.

V. Наступною умовою правомірності контролю за вчиненням злочину є мета цієї діяльності. Аналіз змісту та завдань окремих форм контролю за вчиненням злочину (п.п. 1.12.1.–1.12.5. *Інструкції*) дозволяє зробити висновок, що усі вони спрямовані на досягнення спільної цілі – викриття і документування факту вчинення злочину та особи, яка його вчинила. Під викриттям слід розуміти виявлення факту злочину та особи, яку застали за його вчиненням; документування передбачає фіксацію фактичних даних про злочин у відповідних процесуальних джерелах доказів, зокрема у протоколах процесуальних дій, матеріалах звуко- та відеозапису, речових доказах тощо. Зазначена мета дозволяє провести розмежування контролю за вчиненням злочину з іншими обставинами, що виключають злочинність діяння.

VI. Відповідно до ч. 3 ст. 271 КПК України 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 цієї самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Відмежування правомірного контролю за злочиним від провокації злочину неодноразово проводилось у практиці Європейського суду з прав людини, зокрема у рішеннях: «Тейксейра де Кастро проти Португалії» від 09.06.1998 р., «Ваньян проти Росії» від 15.12.2005 р., «Раманаускас проти Литви» від 05.02.2008 р., «Баннікова проти Росії» від 04.10.2010 р., «Носко і Нефедов проти Росії» від 30.10.2014 р., «Таранекс проти Латвії» від 02.12.2015 р. та інших.

Зі змісту наведених рішень слідує, що відмінність між провокацією злочину та правомірним контролем за злочиним полягає у тому, хто саме виступив ініціатором злочину:

- а) якщо ініціативу висловив злочинець, а правоохоронці чи особа, яка діє під їх контролем, лише приєдналися

до вже початої злочинної діяльності і обмежилися подальшим пасивним супроводом цієї поведінки злочинця, має місце правомірний контроль за вчиненням злочину;

б) але якщо ініціативу початково проявили правоохоронці чи особа, що діє під їх контролем (наприклад, прояв ініціативи в контактах, повторна пропозиція, наполегливі нагадування тощо), а злочинець лише погодився, тоді має місце підбурювання (провокація) до злочину.

Аналогічний підхід щодо відмежування досліджуваних діянь відстоюється у науці кримінального права. Так, наприклад, О. О. Дудоров з цього приводу зазначає, що виявлення службовою особою вже існуючого в особі та вираженого зовні відповідного наміру (надати, запропонувати або пообіцяти неправомірну вигоду, прийняти пропозицію, обіцянку чи одержати неправомірну вигоду) і створення цією службовою особою можливостей для реалізації вказаного наміру, якщо відсутнє підбурювання до таких дій шляхом умовляння, погроз, примусу чи іншим чином із метою подальшого викриття, не можна вважати провокацією підкупу. Якщо при провокації підкупу винний сам викликає в інших осіб намір вчинити злочин з метою їх викриття, то при проведенні правомірних оперативно-розшукових заходів під контроль беруться вже наявні процеси, пов'язані з посяганням на об'єкт кримінально-правової охорони. Такі заходи, – пише далі вчений, – не ініціюють злочинну поведінку особи, а втручаються в уже триваючу реалізацію злочинного наміру, засвідчуючи при цьому події і факти. Тому не визнаються, наприклад, провокацією підкупу (ст. 370 КК) дії, вчинені з метою викриття того, хто вчиняє одержання неправомірної вигоди, коля ця особа вимагає, або навіть просить неправомірну вигоду, а інша особа для викриття корупціонера погоджується на задоволення цієї вимоги (прохання), а далі, вже з відома правоохоронних органів, передає неправомірну вигоду [6, с. 81].

Судачи із викладених міркувань, не можуть визнаватися правомірними, наприклад, вчинені під час контролю за злочинном пропозиція чи обіцянка неправомірної вигоди, оскільки такі дії ініціюють подальшу злочинну поведінку службової особи у формі прийняття такої пропозиції чи обіцянки.

VII. Згідно із ч. 2 ст. 271 КК України *контроль за вчиненням злочину не проводиться, якщо внаслідок таких дій неможливо повністю запобігти: посягання на життя або заподіяння особі (особам) тяжких тілесних ушкоджень, поширенню речовин, небезпечних для життя багатьох людей, втечі осіб, які вчинили тяжкі чи особливо тяжкі злочини, екологічній або техногенній катастрофі.* Вказані діяння знаходяться поза межами досліджуваної обставини, що виключає злочинність діяння, а тому їх вчинення під час контролю за злочинном повинно тягти кримінальну відповідальність на загальних підставах.

Злочинном, вочевидь, слід визнавати також діяння осіб, які здійснюють контроль за злочинном при наявності ризику настання перелічених суспільно небезпечних наслідків.

Виокремлені умови правомірності є критеріями відмежування контролю за вчиненням злочину від суміжних із ним кримінально-караних (злочинних) діянь та повинні враховуватись при кримінально-правовій кваліфікації.

Висновки і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Контроль за вчиненням злочину як негласна слідча (розшукова) дія за КПК України за своєю кримінально-правовою природою є обставиною, що виключає злочинність діянь працівників правоохоронних органів та осіб, які конфіденційно співпрацюють із органами досудового розслідування.

Результати проведеного дослідження дозволяють зробити висновок про доцільність доповнення Розділу VIII Загальної частини КК України статтею, в якій слід передбачити умови правомірності контролю за вчиненням злочину, у наступному варіанті:

Стаття № ... Контроль за вчиненням злочину

1. *Не є злочином діяння працівника правоохоронного органу чи особи, яка конфіденційно співпрацює із органом досудового розслідування, вчинене під час правомірного контролю за підготовлюваним або вчинюваним тяжким чи особливо тяжким злочином з метою викриття і документування факту вчинення цього злочину та особи, яка його вчинила.*

2. *Контроль за вчиненням злочину визнається правомірним, якщо він проведений за рішенням прокурора уповноваженою на те особою у передбачених законом формах та за відсутності провокації (підбурювання) особи до вчинення цього злочину.*

3. *Контроль за вчиненням злочину не визнається правомірним, якщо він проведений з порушенням вимог частин першої та другої цієї статті, а також, якщо під час його проведення не можливо повністю запобігти посяганням на життя або заподіянням особі (особам) тяжких тілесних ушкоджень, поширенню речовин, небезпечних для життя багатьох людей, втечі осіб, які вчинили тяжкі чи особливо тяжкі злочини, екологічній або техногенній катастрофі.*

До подальших перспективних напрямків дослідження цієї теми варто віднести: поглиблення аргументації щодо приналежності правомірного контролю за вчиненням злочину до інституту обставин, що виключають злочинність діяння; більш детальний аналіз умов правомірності цієї поведінки; з'ясування місця контролю за вчиненням злочину у доктринальній системі обставин, що виключають злочинність діяння; надання кримінально-правової характеристики злочинним діянням, вчиненим внаслідок порушення умов правомірності контролю за вчиненням злочину, та розроблення правил їх кримінально-правової кваліфікації.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Лемешко О. М. Кримінально-правова оцінка потурання вчиненню злочину: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Х., 2001. 20 с.
2. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / За ред. М.І. Хавронюка. К.: Москаленко О. М., 2019. 464 с.
3. Грудзур О. М. Кримінально-правова характеристика провокації хабара: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. К., 2011. 229 с.
4. Баулін Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния: монография. Х.: Основа, 1991. 360 с.
5. Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Д., 2007. 19 с.
6. Дудоров О. О. Кримінально-правові аспекти провокації підкупу. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. №1. С. 76–82. URL: http://sej.org.ua/1_2016/23.pdf.