

## **БОРОТЬБА ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ**

---

---

УДК 343.35

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

### **ПРИХОВАНА ФІКСАЦІЯ ФАКТІВ ОДЕРЖАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ В ПУБЛІЧНО ДОСТУПНИХ МІСЦЯХ**

*Визначено юридичні проблеми прихованої фіксації одержання неправомірної вигоди службовою особою в публічно доступних місцях. Окреслено причини виникнення цих проблем і запропоновано способи їх вирішення. Сформульовано пропозиції щодо внесення змін та доповнень до ст. 269–271, 273 Кримінального процесуального кодексу України, а також до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність».*

**Ключові слова:** неправомірна вигода, службова особа, негласні (слідчі) розшукові дії, оперативно-розшукові заходи, публічно доступне місце.

**Н**а сучасному етапі важливою загрозою для національної безпеки є корупція, яка охоплює всі сфери правотворення та правозастосування, гілки та рівні державної влади, а також усі рівні місцевого самоврядування. Пересічним громадянам щоденно доводиться стикатися з проявами корупції з боку дрібних чиновників. Поверховий аналіз публічно доступної інформації щодо діяльності та статків депутатів, суддів, представників центральних органів виконавчої влади дає вагомий підстави для припущень стосовно їх незаконного збагачення.

Зазначене можна підтвердити даними соціологічних досліджень авторитетних міжнародних організацій. Так, 16 листопада було опубліковано результати дослідження «Барометр світової корупції» за 2016 рік, підготовлене міжнародною антикорупційною організацією Transparency International, де зазначено, що 70 % українців переконані у високому рівні корупції в країні та небажанні влади викривати

хабарників. Приблизно 56 % українців вважають корупцію однією з головних проблем в державі, а майже половина впевнена, що на прийняття важливих урядових рішень в Україні впливають олігархи. Серед усіх опитаних 86 % негативно оцінили намагання української влади викоринити корупцію. Найбільше хабарників, на думку українців, серед держслужбовців (65 %), народних депутатів (64 %), податківців (62 %), суддів (61 %) і поліцейських (54 %). У дослідженні зазначено, що українці призвичаїлись до необхідності звернення до корупції в повсякденному житті. Респонденти зазначили, що за останній рік вони найчастіше вдавались до хабарництва в дитсадках та школах (38 %), медичних закладах (33 %), а також у сфері соціального захисту. І хоча майже третина серед опитаних українців готова відмовити хабарнику, однак 42 % вважають, що повідомляти про факт корупції у відповідні органи не варто (одні думають, що від цього нічого не зміниться, а інші – бояться наслідків такого викриття). [1]. З огляду на це, дослідження питань боротьби з корупцією мають стати одним зі стратегічних напрямів наукового забезпечення стабілізації політичної, економічної та соціальної обстановки в Україні.

Так, найпоширенішим проявом корупції є одержання неправомірної вигоди службовою особою (ст. 368 Кримінального кодексу України). Питання боротьби з цим видом злочинів у контексті оперативно-розшукової діяльності вивчали Л. С. Белік, Д. В. Волков, В. С. Гаркуша, М. І. Данилюк, Т. С. Демедюк, П. Т. Дорошенко, В. П. Жовтан, В. В. Коряк, А. В. Настенко, С. О. Павленко, Г. В. Прокопович, Г. О. Пушкарьов, О. Ю. Секереш, М. М. Семендяй, В. Р. Сливенко, С. А. Сумський, М. С. Удовик, А. О. Шишкін та інші науковці. Окремі питання криміналістичної тактики і методики розслідування корупційних злочинів розкрито у працях таких авторів, як О. Ф. Бантишев, В. Л. Давиденко, Л. А. Легеза, А. О. Ляш, Я. Є. Мишков, О. В. Приходько, А. М. Тимчишин, В. М. Трепак, А. І. Шило та ін. Водночас низка проблем, пов'язаних з пошуком і фіксацією інформації щодо одержання неправомірної вигоди службовою особою, залишилися невирішеними. Це стосується особливостей правового регулювання проведення оперативно-розшукових заходів (ОРЗ) та негласних слідчих (розшукових) дій (НСРД) у відповідних оперативно-розшукових справах і кримінальних провадженнях на засадах запровадженого законодавцем поділу простору на публічно доступні та публічно недоступні місця.

Метою пропонованої увазі статті є визначення проблем прихованої фіксації фактів одержання неправомірної вигоди службовою особою в публічно доступних місцях та окреслення способів їх вирішення.

Для уникнення викриття та притягнення до кримінальної відповідальності корупціонери вдаються до різних заходів, що забезпечують конспірацію їхньої злочинної діяльності. Одним із таких заходів постає призначення зустрічей для одержання неправомірної вигоди в публічно доступних місцях.

Передача предмета неправомірної вигоди в зазначених місцях (порівняно зі службовими кабінетами) має певні переваги в контексті забезпечення корупціонером власної безпеки. До них можна зарахувати такі можливості: швидко позбутися предмета неправомірної вигоди; безперешкодно втекти з місця пригоди; здійснити огляд місцевості з метою виявлення спостереження та організації корнтрспостереження; багатократно переносити місце та час зустрічі; організувати передачу предмета неправомірної вигоди через посередника з постійним контролем за обстановкою навколо нього; використати тайники (закладки) тощо.

Вказані дії значно ускладнюють роботу слідчих і оперативних працівників щодо документування та доказування одержання неправомірної вигоди службовою особою. Для забезпечення результативності їхньої діяльності необхідно враховувати особливості комплексу ОРЗ та НСРД, які здійснюють в публічно доступних місцях.

Основним і найефективнішим засобом викриття одержання неправомірної вигоди службовою особою є проведення спеціального слідчого експерименту, передбаченого п. 3 ч. 1 ст. 271 (Контроль за вчиненням злочину) Кримінального процесуального кодексу (КПК) України. Ключову роль в забезпеченні доказування цього виду злочинів відіграє використання заздалегідь помічених (ідентифікованих) засобів (переважно грошей, промаркованих спеціальними хімічними речовинами). Здійснений аналіз практики дає змогу стверджувати, що серед доказів у провадженнях про одержання неправомірної вигоди службовою особою варто виокремити: зразки зазначених речовин, ватні тампони зі змивами з поверхні долонь підозрюваного, рукавички, за допомогою яких було оглянуто гроші під час огляду місця події та проведено освідування, протоколи огляду та маркування коштів спеціальною хімічною речовиною [2, с. 47].

На жаль у КПК України немає визначення контролю за вчиненням злочину чи жодної з його форм, зокрема спеціального слідчого експерименту. Тому це поняття окреслено в Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженій спільним наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України і Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 року № 144/1042/516/1199/936/1687/5. Відповідно до п. 1.12.4 згаданого документа, спеціальний слідчий експеримент полягає в створенні слідчим та оперативними підрозділами відповідних умов в обстановці, максимально наближеній до реальної, з метою перевірки дійсних намірів певної особи, у діях якої вбачають ознаки тяжкого чи особливо тяжкого злочину, спостереження за її поведінкою та прийняттям нею рішень щодо вчинення злочину [3].

Поверховий аналіз змісту окресленої норми дає підстави для висновку про відсутність однозначності пропонованого розробниками Інструкції формулювання. Наслідком може стати їх широке тлумачення та неможливість чіткого відмежування окремих форм контролю за вчиненням злочину. Вивчення практики слідчих та оперативних підрозділів Національної поліції, Служби безпеки України та Національного антикорупційного бюро України засвідчує, що ідентичні за змістом дії з викриття корупціонерів у одних випадках процесуально оформлюють як спеціальний слідчий експеримент, а в інших – як імітування обстановки злочину. Відсутність однозначності стосовно цього питання наявна також у науковій літературі. В окремих навчальних посібниках і методичних рекомендаціях ідентичні операції, спрямовані на викриття одержання службовою особою неправомірної вигоди, називають то спеціальним слідчим експериментом, то імітуванням обстановки злочину.

На нашу думку, такі операції є спеціальним слідчим експериментом. Відповідно до ст. 214 КПК України, для початку досудового розслідування необхідною умовою є подання заяви або повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення чи особисте виявлення слідчим, прокурором обставин, які можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення. На підставі суспільної небезпечності досліджуваного виду кримінальних правопорушень і специфіки початку досудового

розслідування підтримуємо позицію науковців, які вважають, що в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 року № 2135-XII необхідно регламентувати спеціальний оперативний експеримент. Це запропоновано у відповідному законопроекті [4]. Прикладом може стати законодавство деяких зарубіжних країн (Закони «Про оперативно-розшукову діяльність»: Киргизької Республіки – п. 15 ст. 7; Латвійської Республіки – п. 7 ч. 1 ст. 6; Російської Федерації – п. 14 ч. 1 ст. 6) [5, с. 144].

Так, М. А. Погорецький і Д. Б. Сергєєва слушно зазначають, що НСРД мають однакову ґносеологічну природу, один алгоритм здійснення з однойменними ОРЗ, передбаченими ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Їх проводять із застосуванням тотожних методів пізнання події злочину, в одному режимі таємності [6]. Тоді логічно, що всім НСРД мають відповідати конкретні ОРЗ. Таким чином, виникає суперечність, оскільки в чинному Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» регламентовано право оперативних підрозділів застосовувати лише дві форми контролю за вчиненням злочину (контрольована поставка, контрольована та оперативна закупка), а ще дві залишилися поза увагою (спеціальний слідчий експеримент та імітування обстановки злочину).

Отже, з юридичної точки зору експеримент з викриття корупціонерів є можливим лише в межах кримінального процесу. До того ж, у ч. 8 ст. 271 КПК України зазначено: якщо під час проведення контролю за вчиненням злочину виникає необхідність тимчасового обмеження конституційних прав особи, то воно повинно здійснюватися відповідно до норм Конституції України, на підставі рішення слідчого судді.

Спеціальний слідчий експеримент з викриття одержання службовою особою неправомірної вигоди в публічно доступному місці зумовлює необхідність дій, які за нормами КПК України належать до тимчасового обмеження конституційних прав особи. Для фіксування злочинних дій, які будуть відбуватися в конкретному місці доцільно водночас проводити НСРД щодо аудіо- та відеоконтролю місця, передбачені ст. 270 КПК України. Їх реалізують винятково з дозволу слідчого судді. Аудіо-, відеоконтроль місця передбачає здійснення прихованої фіксації відомостей за допомогою аудіо-, відеозапису всередині публічно доступних місць без відома їх власника або присутніх у цьому місці осіб.

Однак у законодавстві немає визначення публічно доступного місця. Його можна сформулювати за принципом протилежного значення, ґрунтуючись на нормах ч. 2 ст. 267 КПК України, де розкрито поняття «публічно недоступне місце» (місце, до якого неможливо увійти або в якому неможливо перебувати на правових підставах без отримання на це згоди власника, користувача чи уповноважених ними осіб). Таким чином, публічно доступним є місце, до якого можливо увійти або в якому можна перебувати на правових підставах без отримання на це згоди власника, користувача чи уповноважених ними осіб.

Таке визначення окреслює досить широке коло місць зазначеної категорії (торговельні та розважальні центри, кафе, бари, ресторани, музеї, спортивні комплекси, парки, сквери, вулиці, бульвари, майдани, ліс, степ, гори, узбережжя та акваторія водоймищ тощо). З огляду на це, сумнівним є формулювання «всередині публічно доступних місць», вжите у ст. 270 КПК України. Воно фактично передбачає, що аудіо- чи відеоконтроль місця можна проводити лише в приміщенні (не коректно говорити про проведення НСРД «всередині бульвару», «всередині кладовища», «всередині болота»). Водночас задля власної безпеки корупціонери іноді призначають зустріч для одержання неправомірної вигоди саме на відкритій місцевості, оскільки це забезпечує можливість огляду прилеглої території.

На противагу вищезазначеному в таких місцях досить важко належним чином встановити й ефективно використати засоби, що необхідні для проведення НСРД, передбачених ст. 270 КПК України. Тому в межах спеціального слідчого експерименту, засоби аудіо- та відеофіксації прикріплюють до одягу або речей особи, яка має надати неправомірну вигоду. Відсутність чітких однозначних визначень у законодавстві дає змогу стороні захисту кваліфікувати зазначені дії як аудіо-, відеоконтроль місця, що вимагає одержання окремої ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення відповідної НСРД.

Відсутність у особи, яка виконує роль хабародавця навичок використання засобів негласної фіксації інформації, ймовірність технічних несправностей засобів аудіо- та відеоконтролю місця, а також відсутність можливості встановити їх у конкретному публічно доступному місці призводять до необхідності вжиття додаткових заходів із фіксації події кримінального правопорушення. До таких заходів передусім зараховуємо візуальне спостереження за місцем з використанням відеозапису, фотографування, спеціальних технічних засобів для

спостереження, що передбачено нормами ст. 269 КПК України. Аналіз цієї статті надає можливість дійти висновку, що для такого спостереження не потрібно отримувати ухвалу слідчого судді про дозвіл на проведення НСРД, оскільки ухвала необхідна лише в разі встановлення візуального спостереження за особою.

Також законодавчо не визначено критерії розмежування візуального спостереження за місцем з використанням фотографування, відеозапису (ст. 269 КПК України) та аудіо-, відеоконтролю місця (ст. 270 КПК України). Розробники відомчих Інструкцій для оперативних підрозділів Національної поліції лише погіршили ситуацію, запровадивши норму, відповідно до якої «візуальне спостереження за місцем або річчю здійснюється без додаткових заходів, проведення яких потребує відповідного дозволу суду (без застосування засобів аудіо- чи відеофіксації)».

Окреслені вище прогалини у правовому регулюванні дають змогу стороні захисту вимагати від суду визнання доказів, отриманих слідчим або оперативним підрозділом (за дорученням на проведення НСРД), недопустимими відповідно до ст. 87–89 КПК України.

Для уникнення таких перспектив і забезпечення цілковитого контролю й повноцінного фіксування ходу спеціального слідчого експерименту в публічно доступному місці, доцільно застосовувати візуальне спостереження за особою, яка має одержати неправомірну вигоду. Варто зважати, що здійснення корупціонером злочинних дій у публічно доступному місці дозволяє йому одержати предмет неправомірної вигоди під час руху чи одразу передати його посібникам.

У більшості випадків спеціальний слідчий експеримент з викриття корупціонера провести неможливо, оскільки особи, з яких вимагають неправомірну вигоду, не звертаються до правоохоронних органів з відповідними заявами або категорично відмовляються брати участь у НСРД. Тоді фіксація факту одержання неправомірної вигоди в публічно доступному місці можлива лише за допомогою візуального спостереження за особою та місцем, аудіо-, відеоконтролю місця. Після проведення зазначених заходів протоколи цих НСРД (ОРЗ) з відповідними додатками до них та іншими фактичними даними (результати оглядів, обшуків, допитів, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, комп'ютерних систем тощо) може бути використано для доведення вини службової особи.

Таким чином, проблемними питаннями правового регулювання прихованої фіксації факту одержання

неправомірної вигоди службовою особою в публічно доступному місці є: відсутність у законодавстві визначення і тлумачення змісту спеціального слідчого експерименту, недосконалість регламентації використання слідчого експерименту учасниками засобів фіксації звукової та візуальної інформації; відсутність чіткого розмежування змісту візуального спостереження за місцем за допомогою фотографування чи відеозапису (ст. 269 КПК України) та аудіо-, відеоконтролю місця (ст. 270 КПК України); розбіжність законодавчих вимог щодо юридичних підстав проведення вказаних НСРД (необхідність одержання ухвали слідчого судді); відсутність законодавчої регламентації комплексного застосування різних НСРД і ОРЗ під час здійснення контролю за вчиненням злочину.

Вирішення означених проблем можливе лише за допомогою внесення відповідних змін до КПК України та Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Пропонуємо в ст. 273 КПК України (Засоби, що використовуються під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій) окремою частиною регламентувати використання технічних засобів. До того ж, необхідно передбачити, що під час проведення НСРД у публічно доступних місцях слідчий, прокурор, працівники оперативних підрозділів і особи, залучені до цих дій в порядку, передбаченому ст. 275 КПК України, можуть вільно використовувати технічні засоби для прихованого відео- та звукозапису.

Усі види (за чинним КПК України – форми) контролю за вчиненням злочину доцільно регламентувати окремими статтями як самостійні НСРД. Спеціальний слідчий експеримент потрібно визначити як організоване слідчим, прокурором і виконане за їх дорученням оперативними підрозділами (із залученням інших осіб в порядку, передбаченому ст. 275 КПК України) інсценування дій, що відповідають злочинному задуму особи, стосовно якої відкрито кримінальне провадження, з метою фіксації фактичних даних, котрі підтверджують прийняття нею самостійного та остаточного рішення про вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Види контролю за вчиненням злочину мають кореспондуватися з відповідними ОРЗ. У Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» необхідно визначити спеціальний оперативний експеримент як інсценування оперативним підрозділом дій, що відповідають злочинному

здуму особи, стосовно якої заведено оперативно-розшукову справу, задля фіксації фактичних даних, котрі підтверджують прийняття нею самостійного та остаточного рішення про вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Статтю 270 КПК України потрібно назвати «Аудіо-, відеоконтроль публічно доступного місця». В ній варто передбачити, що ця НСРД полягає в прихованому встановленні на нерухомі об'єкти і негласному використанні засобів аудіо-, відеозапису для фіксацій подій, що відбуваються в конкретному публічно доступному місці. Таку дію мають проводити за рішенням слідчого, прокурора (без одержання ухвали слідчого судді).

Статтю 269 КПК України необхідно назвати «Візуальне спостереження» та вказати, що цей захід полягає в прихованому стеженні за встановленими (відомими) і невстановленими (невідомими) особами в публічно доступних місцях за рішенням слідчого, прокурора (без одержання ухвали слідчого судді).

### **СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ**

1. Понад 70 % українців не бачать зменшення корупції в Україні [Електронний ресурс] // Українська правда : [сайт]. – Режим доступу: <http://www.pravda.com.ua/news/2016/11/17/7127076/>. – Назва з екрана.

2. Особливості розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою : метод. рек. / С. С. Чернявський, О. Ф. Вакуленко, О. М. Толочко та ін. – Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2014. – 92 с.

3. Про затвердження Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні [Електронний ресурс] : спільний наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листоп. 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12>. – Назва з екрана.

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

5. Тузов Л. Л. Законодательные акты, регламентирующие оперативно-розыскную деятельность в Российской Федерации, странах СНГ и Балтии : учеб. пособие для студ. вузов / Л. Л. Тузов, А. Д. Шейшеев ; под. ред. И. А. Климова. – М. : ЮНИТИ-ДАНА ; Закон и право, 2012. – 154 с.

6. Погорецький М. А. Негласні слідчі (розшукові) дії та оперативно-розшукові заходи: поняття, сутність і співвідношення / М. А. Погорецький, Д. Б. Сергєєва // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2014. – № 2 (33). – С. 137–141.

*Стаття надійшла до редколегії 09.11.2016*

---