

ПЕНІТЕНЦІАРНА АКАДЕМІЯ УКРАЇНИ  
МІНІСТЕРСТВО ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ  
ПЕНІТЕНЦІАРНА АКАДЕМІЯ УКРАЇНИ  
МІНІСТЕРСТВО ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ

*Кваліфікаційна наукова  
праця на правах рукопису*

**ПОМАЗ ЯРОСЛАВ ОЛЕКСАНДРОВИЧ**

УДК 343.1:343.575](043.3)

**ДИСЕРТАЦІЯ**  
**«ОСОБЛИВОСТІ ДОКАЗУВАННЯ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО**  
**РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ**  
**ЗІ ЗБУТОМ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ»**

081 «Право»

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

---

**Я.О. Помаз**

Науковий керівник ОЛЕФІР Людмила Іванівна, кандидат юридичних наук,  
доцент

**Чернігів - 2023**

## АНОТАЦІЯ

*Помаз Я.О.* «Особливості доказування на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів». – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». – Пенітенціарна академія України, Чернігів, 2023.

Дисертація присвячена комплексному дослідженню в сучасних умовах та опрацьована відповідно до положень кримінального процесуального законодавства України теоретичних і практичних особливостей доказування на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.

У дослідженні з'ясовано, що кримінальні правопорушення, пов'язані з незаконним збутом наркотичних засобів, вирізняються особливим предметом доказування, мають свою специфіку та складність доказування.

Під час аналізу дисертаційної тематики розкрито стан наукового дослідження проблем доказування цієї категорії кримінальних правопорушень у працях вітчизняних та зарубіжних науковців, отримано результати, які дають право зробити висновки щодо подальшого його вдосконалення.

У дисертації автором сформовані положення, які спрямовані на розв'язання важливого наукового та практичного завдання, що полягає у формуванні єдиної практики збирання доказів, а також доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.

У першому розділі «Загальнотеоретична характеристика доказів щодо доказування у кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів» досліджено теоретичне визначення доказів, охарактеризовано їх види та класифікацію за Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України). Проаналізовано предмет та структурні елементи доказування у кримінальному провадженні, а також удосконалено законодавче визначення поняття доказування.

Передусім з'ясовано, що кримінальні правопорушення, пов'язані зі збутом наркотичних засобів, вирізняються особливим предметом доказування.

Зазначено, що об'єктами, які мають доказове значення для цієї категорії кримінальних правопорушень, є: наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги; ваги, в тому числі електронні, за допомогою яких здійснюється визначення маси заборонених до обігу речовин; предмети, за допомогою яких вживаються наркотичні засоби (шприці, голки, самокрутки, фольга тощо); обладнання для виготовлення наркотичних засобів; пакувальні матеріали для зберігання заборонених до обігу речовин (паперові згортки, полімерні пакетики тощо); грошові кошти або інші цінності, отримані за продаж наркотичних засобів; технічні прилади (комп'ютер, мобільний телефон, флеш-носії тощо), на яких може міститися інформація про незаконну діяльність.

Окрім того, характерним у процесі доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, є обов'язкове залучення експерта для проведення експертизи матеріалів, речовин та виробів. Завданням цієї експертизи є ідентифікація наданих на дослідження речовин.

Разом з тим обґрунтовано використання в окремих випадках, як доказу на стадії судового розгляду, протоколу допиту свідка.

Зроблено висновок про те, що основна діяльність уповноважених суб'єктів доказування під час досудового розслідування досліджуваної категорії кримінальних правопорушень спрямована на збирання, перевірку та оцінку доказів. Правильна їх оцінка слідчим, прокурором, слідчим суддею та судом надасть змогу дійти відповідних висновків та прийняти окремі процесуальні рішення. Водночас порушення, які допущені під час дослідження та оцінки доказів, можуть призвести до прийняття неправильних рішень і, як наслідок, до порушення прав учасників кримінального провадження.

У другому розділі «Основні положення доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів» проаналізовано особливості контролю за вчиненням злочину, визначено поняття, підстави, завдання та порядок його проведення. Розкрито зміст основних слідчих

(розшукових) дій (далі – С(Р)Д), які використовують слідчі під час фіксування цієї категорії кримінальних правопорушень.

З'ясовано, що негласні слідчі (розшукові) дії (далі – НС(Р)Д) є ефективним важелем встановлення обставин, які мають значення для кримінального провадження, а їх результати використовуються у процесі доказування уповноваженими суб'єктами на тих самих підставах, що і результати С(Р)Д.

Контроль за вчиненням злочину – це один із видів НС(Р)Д, рішення про проведення якої приймається виключно прокурором у встановлених законодавством формах. Перед прийняттям рішення про його проведення у розпорядженні прокурора повинно бути достатньо доказів, що підтверджують протиправну діяльність особи.

Наголошено, що успішність фіксації збуту заборонених до обігу речовин залежить від низки факторів (відомостей про особу правопорушника, спосіб та місце збуту наркотичних засобів тощо), які обов'язково мають бути встановлені на початкових етапах досудового розслідування.

Встановлено, що поширення останнім часом безконтактної форми збуту наркотичних засобів, який набирає все більших масштабів, а також високий рівень підготовки та конспірації осіб, які займаються цією незаконною діяльністю, вимагає від правоохоронних органів використання новітніх технологій, що суттєво змінює підходи в доказуванні цієї категорії кримінальних правопорушень. Таким чином, необхідним і доцільним є використання правоохоронними органами під час досудового розслідування можливостей інтегрованої системи «Безпечне місто», безпілотних літальних апаратів, що значно полегшить встановлення місць збуту наркотичних засобів, ідентифікації осіб, транспортних засобів та маршрутів, які використовуються для постачання заборонених до обігу речовин. Безсумнівно, використання безпілотних літальних апаратів засвідчило їх ефективність під час розслідування військових злочинів, зокрема під час огляду місця події.

Зауважимо, що поява викривачів у цій категорії кримінальних правопорушень значно б підвищила ефективність правоохоронних органів щодо

виявлення осіб, які займаються збутом наркотичних засобів. Разом з тим держава повинна створити належний правовий статус та гарантії державного захисту цієї категорії осіб, що забезпечить відповідні передумови для співпраці фізичних осіб з правоохоронними органами.

Незважаючи на воєнний стан у державі та ведення активних бойових дій на значній території України, масштаби наслідків цієї категорії кримінальних правопорушень не зменшуються. Крім того, вирішення відповідного питання потребує налагодження відносин України із зарубіжними державами та певними міжнародними інституціями. На сьогодні злочинні організації та інші формування активно намагаються налагодити постачання наркотичних засобів на ринок України, використовуючи територію нашої держави для їх транзитного переміщення до Західної Європи. Безперечно, співпраця України на міжнародному рівні стане ефективним важелем у боротьбі з незаконним обігом наркотичних засобів.

У третьому розділі «Провокація вчинення кримінального правопорушення у кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів» досліджено слідчу та судову практику допустимості отриманих доказів під час розслідування кримінальних проваджень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, сформовано визначення поняття провокації кримінального правопорушення.

Провокація – це умисні дії співробітників правоохоронних органів або осіб, що залучені ними до проведення НС(Р)Д, які шляхом умовляння, шантажу, підкупу, обману або іншим чином схилили особу до вчинення кримінального правопорушення, який в іншому випадку не було вчинено з метою викриття протиправної діяльності цієї особи, створення штучних доказів її винуватості та притягнення останньої до кримінальної відповідальності.

На основі проведеного аналізу з'ясовано, що відсутність у національному законодавстві визначення поняття провокація та кримінальної відповідальності за її вчинення часто є підставою для зловживання правоохоронними органами своїми повноваженнями під час фіксування збуту наркотичних засобів.

Провокація вчинення кримінального правопорушення є підґрунтям для визнання здобутих у такий спосіб доказів недопустимими, та в розумінні положень ст. 93 КПК України не є законним способом їх збирання.

На сьогодні під час прийняття компетентними органами процесуальних рішень як на стадії досудового розслідування, так і судового розгляду останніми враховується практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), яка має суттєве значення для національного законодавства.

На сучасному етапі практика національних судів спрямована на пошук оптимальних критеріїв, за допомогою яких можливо було б розділити правомірну (дозволену) поведінку правоохоронних органів від неправомірної, пов'язаної з провокацією на вчинення кримінального правопорушення.

Під час дослідження встановлено, що зараз існує необхідність законодавчого визначення провокації кримінального правопорушення, недопустимості доказів, здобутих у такий спосіб, а також встановлення кримінальної відповідальності за провокування (підбурювання) особи на вчинення кримінального правопорушення.

У результаті, за таких обставин виникає необхідність внесення відповідних змін до КПК України та Кримінального кодексу України (далі – КК України). Такі зміни усунуть прогалини законодавства та сприятимуть ефективному проведенню досудового розслідування та судового розгляду цієї категорії кримінальних проваджень.

Підсумовуючи, зазначимо, практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що сформульовані в дисертації положення та висновки можуть бути використані у практичній діяльності оперативних і слідчих підрозділів органів досудового розслідування як рекомендації та пропозиції, спрямовані на підвищення ефективності досудового розслідування досліджуваної категорії кримінальних правопорушень (акт впровадження результатів дисертаційного дослідження у практичну діяльність Управління боротьби з наркозлочинністю в Чернігівській області Департаменту боротьби з наркозлочинністю Національної поліції України від 21.01.2022); правотворчості – для вдосконалення окремих

положень КПК України та КК України (проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо використання протоколів допиту свідка та/або потерпілого як доказу під час розгляду кримінального провадження в суді»); освітньому процесі – під час підготовки навчальних посібників, монографій, наукових статей, а також під час проведення наукових і науково-практичних заходів (акт впровадження результатів дисертаційного дослідження в наукову діяльність Академії Державної пенітенціарної служби від 19.12.2022 № 15-60/а).

*Ключові слова:* докази, доказування, допустимість, показання, контроль за вчиненням злочину, провокація, збут наркотичних засобів, Європейський суд з прав людини, негласні слідчі (розшукові) дії, оперативно-розшукова діяльність, досудове розслідування.

## SUMMARY

*Pomaz Ya.O.* «Peculiarities of evidence at the stage of pretrial investigation of criminal offenses related to the sale of narcotic drugs». – Qualifying scientific work on manuscript rights.

Dissertation for the Doctor of Philosophy degree in specialty 081 «Law». – Penitentiary Academy of Ukraine, Chernihiv, 2023.

The dissertation is devoted to a comprehensive study in modern conditions and in accordance with the provisions of the criminal procedural legislation of Ukraine of theoretical and practical features of proof at the stage of pre-trial investigation of criminal offenses related to the sale of narcotics.

The study revealed that criminal offenses related to the illegal sale of narcotics are distinguished by a special subject of proof, have their own specificity and complexity of proof.

The state of scientific research on the problems of proving this category of criminal offenses in the works of domestic and foreign scientists has been revealed, and conclusions have been drawn regarding its further improvement.

In the dissertation, the author formulated provisions that are aimed at solving an important scientific and practical task, which consists in the formation of a unified practice of collecting evidence, as well as proving criminal offenses related to the sale of narcotic drugs.

In the first chapter, «General theoretical characteristics of evidence in relation to evidence in criminal proceedings related to the sale of narcotic drugs», the theoretical definition of evidence was investigated, its types and classification according to the Criminal Procedure Code of Ukraine (hereinafter referred to as the Criminal Procedure Code of Ukraine) were characterized. The subject and structural elements of evidence in criminal proceedings were studied, as well as the legislative definition of the concept of evidence was improved.

It was found that criminal offenses related to the sale of narcotic drugs are distinguished by a special subject of proof.



Objects that have evidentiary value for this category of criminal offenses are: narcotic drugs, psychotropic substances or their analogues; scales, including electronic ones, which are used to determine the mass of prohibited substances; items with which narcotics are used (syringes, needles, self-tapping screws, foil, etc.); equipment for the production of narcotics; packaging materials for storing prohibited substances (paper rolls, plastic bags, etc.); money or other valuables received for the sale of narcotic drugs; technical devices (computer, mobile phone, flash drives, etc.) that may contain information about illegal activities.

In addition, a characteristic feature of the process of proving criminal offenses related to the sale of narcotics is the mandatory involvement of an expert to conduct an examination of materials, substances and products. The task of this examination is to identify the substances submitted for research.

Also, the use in individual cases as evidence at the stage of the trial of the protocol of the interrogation of a witness is justified.

It was concluded that the main activity of the authorized subjects of evidence during the pre-trial investigation of the investigated category of criminal offenses is aimed at collecting, checking and evaluating evidence. Their correct evaluation by investigators, prosecutors, investigating judges and courts will enable them to draw appropriate conclusions and make separate procedural decisions. At the same time, violations committed during the research and evaluation of evidence can lead to incorrect decisions and, as a result, to the violation of the rights of participants in criminal proceedings.

In the second chapter «The main provisions of proving criminal offenses related to the sale of narcotic drugs» the peculiarities of control over the commission of the crime are investigated, the concepts, grounds, tasks and procedure for its implementation are defined. The content of the main investigative (search) actions (hereinafter referred to as S(R)D) used by investigators when recording this category of criminal offenses is revealed.

It was found that covert investigative (search) actions (hereinafter referred to as NS(R)D) are an effective lever for establishing circumstances relevant to criminal

proceedings, and their results are used in the process of proof by authorized subjects on the same grounds as and the results of S(R)D.

Control over the commission of a crime is one of the types of NS(R)D, the decision to conduct which is made exclusively by the prosecutor in the forms established by law. Before making a decision on its implementation, the prosecutor must have sufficient evidence confirming the illegal activity of the person.

The success of recording the sale of prohibited substances depends on a number of factors (information about the identity of the offender, the method and place of sale of narcotic drugs, etc.), which must be established at the initial stages of the pre-trial investigation.

It has been established that the recent spread of contactless sales of narcotics, which is gaining in scale, as well as the high level of training and conspiracy of persons engaged in this illegal activity, requires law enforcement agencies to use the latest technologies, which significantly changes the approaches to proving this category of criminal offenses. It is necessary and expedient to use the capabilities of the «Safe City» integrated system, unmanned aerial vehicles, by law enforcement agencies during the pre-trial investigation, which will greatly facilitate the establishment of places of sale of narcotics, identification of persons, vehicles and routes used for the supply of prohibited substances. The use of unmanned aerial vehicles has proven their effectiveness during the investigation of war crimes, in particular during the inspection of the scene of the incident.

In addition, the appearance of whistleblowers in this category of criminal offenses would significantly increase the effectiveness of law enforcement agencies in identifying persons engaged in the sale of narcotics. At the same time, the state must create the appropriate legal status and guarantees of state protection of this category of persons, which will provide good prerequisites for the cooperation of individuals with law enforcement agencies.

Despite the declaration of martial law in the country and the conduct of active hostilities in a significant territory of Ukraine, it does not reduce the scale of the consequences of this category of criminal offenses and requires the establishment of

Ukraine's relations with foreign countries and certain international institutions. Today, criminal organizations and other formations are actively trying to establish the supply of narcotics to the market of Ukraine, and use the territory of our state for their transit to Western Europe. Therefore, Ukraine's cooperation at the international level will become an effective lever in the fight against illegal drug trafficking.

In the third chapter «Provocation to commit a criminal offense in criminal proceedings related to the sale of narcotic drugs» the investigative and judicial practice of the admissibility of evidence obtained during the investigation of criminal proceedings related to the sale of narcotic drugs was investigated, the definition of the concept of provocation of a criminal offense was formed.

Provocation is the deliberate actions of law enforcement officers or persons involved in the conduct of emergency situations, who by persuasion, blackmail, bribery, deception or otherwise induced a person to commit a criminal offense that was not otherwise committed for the purpose of exposing the illegal activity of this person, creating artificial evidence of his guilt and bringing the latter to criminal responsibility.

It was found that the lack of a definition of the concept of provocation and criminal liability for its commission in the national legislation is often a reason for the abuse of powers by law enforcement agencies when recording the sale of narcotic drugs.

Provocation to commit a criminal offense is the basis for recognizing the evidence obtained in this way as inadmissible, and in accordance with the provisions of Art. 93 of the Criminal Procedure Code of Ukraine is not a legal way of collecting them.

Currently, when competent bodies make procedural decisions, both at the stage of pre-trial investigation and trial, the latter take into account the practice of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as the ECtHR), which is of significant importance for national legislation.

At present, the practice of national courts is aimed at finding optimal criteria by which it would be possible to separate lawful (permitted) behavior of law enforcement agencies from unlawful, related to provocation to commit a criminal offense.

During the research, it was established that there is currently a need for a legislative definition of provocation of a criminal offense, the inadmissibility of evidence obtained in this way, as well as the establishment of criminal liability for provoking (inciting) a person to commit a criminal offense.

Under such circumstances, there is a need to make appropriate changes to the Criminal Code of Ukraine and the Criminal Code of Ukraine (hereinafter referred to as the Criminal Code of Ukraine). Such changes will eliminate gaps in the legislation and contribute to the effective conduct of pre-trial investigation and trial of this category of criminal proceedings.

The practical significance of the obtained results lies in the fact that the provisions and conclusions formulated in the dissertation can be used in the practical activities of operational and investigative units of pre-trial investigation bodies - as recommendations and proposals aimed at improving the effectiveness of pre-trial investigation of the studied category of criminal offenses (the act of implementing the results of the dissertation research into the practical activities of the Office for Combating Narcotic Crime in the Chernihiv Region of the Department of Combating Narcotic Crime of the National Police of Ukraine dated 21.01.2022); law-making - to improve certain provisions of the Criminal Code of Ukraine and the Criminal Code of Ukraine (draft Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal Procedure Code of Ukraine regarding the use of witness and/or victim interrogation protocols as evidence during criminal proceedings in court"); the educational process - during the preparation of training manuals, monographs, scientific articles, as well as during the conduct of scientific and scientific-practical activities (the act of implementing the results of the dissertation research into the scientific activity of the Academy of the State Penitentiary Service dated 19.12.2022 No. 15-60/a).

**Key words:** evidence, proof, admissibility, testimony, control over the commission of a crime, provocation, sale of narcotic drugs, European Court of Human Rights, undercover investigative (investigative) actions, investigative activity, pre-trial investigation.

## СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ:

1. Помаз Я.О. Протокол допиту як доказ під час розгляду кримінального провадження в суді. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 9. С. 214-218.
2. Олефір Л.І., Помаз Я.О. Контроль за вчиненням злочину: поняття, підстави та завдання під час фіксації збуту наркотичних засобів. *Norwegian Journal of development of the International Science*. 2021. № 56 (2). С. 30-33.
3. Помаз Я.О. Приводи та підстави внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. *Актуальні проблеми правових наук в євроінтеграційному вимірі: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 20-21 груд. 2019 р.)*. Харків, 2019. С. 139-142.
4. Помаз Я.О. Поняття та сутність кримінального процесуального доказування. *Актуальні питання теорії та практики в галузі права, освіти, соціальних та поведінкових наук – 2020: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Чернігів, 23-24 квіт. 2020 р.)*. Чернігів, 2020. Т. 2. С. 219-222.
5. Помаз Я.О. Контроль за вчиненням злочину, як вид негласної слідчої (розшукової) дії у процесі протидії збуту наркотичних засобів. *Пріоритетні напрямки розвитку правової системи України: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 29-30 січ. 2021 р.)*. Львів, 2021. С. 69-72.
6. Помаз Я.О. Значення протоколу допиту свідка та/або потерпілого в доказуванні на стадії судового розгляду. *Юридичні науки: проблеми та перспективи: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Запоріжжя, 25-26 черв. 2021 р.)*. Запоріжжя, 2021. С. 77-81.
7. Помаз Я.О. Допустимість доказів, здобутих внаслідок провокації на вчинення злочину: судова практика. *Кримінально-виконавча система України та її роль у розбудові правової і соціальної держави: матеріали VIII заочної міжнар. наук.-практ. конф. (м. Чернігів, 26 листоп. 2021 р.)*. Чернігів, 2021. С. 226-229.
8. Помаз Я.О. Допустимість доказів, отриманих унаслідок провокації під час досудового слідства кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним збутом

наркотичних засобів. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. Юриспруденція*. 2021. № 54. Т. 2. С. 123-126.

9. Помаз Я.О. Значення негласних слідчих (розшукових) дій у доказуванні кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2022. № 1. С. 346-348. URL: [http://app-journal.in.ua/wp-content/uploads/2022/05/APP-1\\_2022.pdf](http://app-journal.in.ua/wp-content/uploads/2022/05/APP-1_2022.pdf)

10. Помаз Я.О. Матеріали оперативно-розшукової діяльності як один з елементів доказування у кримінальних провадженнях, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів. *Кримінально-виконавча система України та її роль у розбудові правової і соціальної держави: матеріали Х заочної всеукр. наук.- практ. конф. (м. Чернігів, 02 груд. 2022 р.)*. Чернігів, 2022. С. 183-185.

## ЗМІСТ

С.

<b>ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ</b> .....	16
<b>ВСТУП</b> .....	17
<b>РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОКАЗІВ ЩОДО ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ, ПОВ'ЯЗАНИХ ЗІ ЗБУТОМ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ</b> .....	26
1.1. Загальні риси доказів, отриманих під час збуту наркотичних засобів: нормативно-правове визначення, види та класифікація за кримінальним процесуальним законодавством України.....	26
1.2. Предмет та структурні елементи доказування у кримінальному провадженні, пов'язаному зі збутом наркотичних засобів.....	45
Висновки до розділу 1.....	64
<b>РОЗДІЛ 2. ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ ДОКАЗУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ЗІ ЗБУТОМ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ</b> .....	68
2.1. Специфіка використання процесуальних дій під час досудового розслідування кримінальних проваджень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.....	68
2.2. Своєрідність контролю за вчиненням злочину, як процесуальної дії при збуті наркотичних засобів: поняття, підстави, завдання та порядок проведення.....	108
Висновки до розділу 2.....	131
<b>РОЗДІЛ 3. ПРОВОКАЦІЯ ВЧИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ, ПОВ'ЯЗАНИХ ЗІ ЗБУТОМ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ</b> .....	134
3.1. Допустимість отриманих доказів при розслідуванні кримінальних проваджень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів: слідча та судова практика.....	134
3.2. Поняття провокації: динаміка прецедентної практики Європейського суду з прав людини та правової позиції Верховного Суду у кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.....	166
Висновки до розділу 3.....	185
<b>ВИСНОВКИ</b> .....	188
<b>СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ</b> .....	195
<b>ДОДАТКИ</b> .....	210

## ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ВС – Верховний Суд

КУ – Конституція України

КК України – Кримінальний кодекс України

КПК України – Кримінальний процесуальний кодекс України

МВС – Міністерство внутрішніх справ

НС(Р)Д – Негласна слідча (розшукова) дія

С(Р)Д – Слідча (розшукова) дія

ЄКПЛ – Європейська конвенція з прав людини

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини

ЄРДР – Єдиний реєстр досудових розслідувань

ОРЗ – Оперативно-розшукові заходи

КСУ – Конституційний Суд України



## ВСТУП

**Обґрунтування вибору теми дослідження:** Поширення наркоманії та зростання злочинності, пов'язаної з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, набувають усе більших масштабів і стають серйозним соціальним чинником, який негативно впливає на життя, здоров'я та благополуччя людей. Незаконний обіг наркотичних засобів у всьому світі стимулює зростання злочинності, насильства, уражає людей незалежно від соціального стану, статі, релігії чи раси. Найбільш суттєво ця проблема проявляється в країнах, які переживають економічну кризу. Сьогодні ця проблема тією чи іншою мірою торкнулася практично всіх країн. На жаль, не залишилась осторонь і Україна. Спостерігається негативна тенденція до збільшення кількості зареєстрованих кримінальних правопорушень, що вчинюються у сфері незаконного обігу наркотичних засобів.

За статистичними даними, які розміщені на офіційному сайті Офісу Генерального прокурора у 2022 році до Єдиного реєстру досудових розслідувань внесено відомості щодо 10162 кримінальних правопорушень, передбачених ст. 307 КК України, що менше, порівняно з аналогічним періодом 2021 року, на 7,57 % (10994), але більше ніж у 2020 році, на 16,29 % (8507), 2019 році, на 37,20 % (6382), 2018 році, на 46,33 % (5453) та 2017 році, на 50,51 % (5029).

Зменшення кількості зареєстрованих кримінальних правопорушень у 2022 році зумовлено воєнним станом на території нашої держави, де наразі основні зусилля, у тому числі, правоохоронних органів спрямовані на захист держави від збройної агресії Російської Федерації.

У той же час, зростання рівня кримінальних правопорушень даної категорії становить все більшу загрозу національній безпеці України.

Одним із основних напрямків протидії незаконному збуту наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів в Україні є діяльність правоохоронних органів по виявленню і знешкодженню злочинних угруповань та окремих осіб, які займаються незаконним збутом наркотичних засобів. Одними з

головних завдань, яке поставив законодавець перед учасниками, які здійснюють кримінальне провадження, це захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений.

Виконання цього завдання вимагає від органів досудового розслідування не аби якої майстерності у володінні знаннями про докази, їх види та особливості, процесу виявлення, фіксації, тобто процесуального їх закріплення, вилучення, перевірки та оцінки зібраних доказів – знаннями про процес доказування.

Аналіз слідчої та судової практики демонструє, що органи досудового розслідування найчастіше стикаються із труднощами у виявленні і доказуванні саме збуту заборонених до обігу речовин.

Так, проаналізувавши правозастосовну практику встановлено, що незважаючи на збільшення виявлених по державі кримінальних правопорушень вказаної категорії, результати досудового розслідування не завжди є ефективними, що призводить до закриття чималої кількості кримінальних проваджень (2022 рік – 899, 2021 рік – 1161, 2020 рік – 1011; 2019 рік – 617; 2018 рік – 747; 2017 рік – 841). Також, залишається значна кількість кримінальних правопорушень у яких рішення про закінчення досудового розслідування, в розумінні положень ст. 283 КПК України, не прийнято (2022 рік – 3605, 2021 рік 4407; 2020 рік – 3382; 2019 рік – 2927; 2018 рік – 2564; 2017 рік – 2524).

Під час досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, недооцінюється складність кримінальних проваджень даної категорії та особи, які займаються протиправною діяльністю, оскільки їх підготовка до вчинення таких кримінальних правопорушень знаходиться на досить високому рівні. Така позиція призводить до порушення вимог КПК України під час збирання доказів аж до визнання їх недопустимими.

Зокрема, останнім часом досить поширеною є безконтактна форма збуту наркотичних засобів – продаж через мережу Інтернет, поштою, залишення «закладок» у визначеному місці. У свою чергу, такі форми збуту заборонених до

обігу речовин, які набирають все більших масштабів, вимагають від правоохоронних органів використання новітніх технологій, що суттєво змінює підходи у доказуванні даної категорії кримінальних правопорушень. Тому, виникає необхідність у застосуванні безпілотних літальних апаратів, використання можливостей інтегрованої системи «Безпечне місто», що засвідчило їх ефективність під час розслідування військових злочинів.

Крім того, необхідно звернути свою увагу і на судову практику, що стосується розгляду даної категорії кримінальних проваджень. Відсутність єдиного підходу до встановлення критеріїв провокації вчинення кримінальних правопорушень і, як наслідок, визнання отриманих у такий спосіб доказів недопустимими формує різну судову практику на території держави та породжує певну невизначеність у доказуванні на стадії досудового розслідування.

Наукове вивчення цієї проблеми наразі є актуальним та має важливе теоретичне та практичне значення.

Забезпечення всебічного, повного та неупередженого розслідування даної категорії кримінальних правопорушень можливо гарантувати лише ефективною діяльністю правоохоронних органів.

Проблеми протидії наркозлочинності в різних аспектах досліджувалися багатьма вченими, зокрема, О.І. Альошина [2], М.І. Бортун [7], В.В. Комашко [40], О.В. Одерій [54], Д.Б. Сергєєва [101], С.Р. Тагієв [107] та іншими, які внесли певний вклад у теорію і практику розслідування даних видів кримінальних правопорушень.

Безумовно, запропоновані науковцями висновки та методичні рекомендації мають велику теоретичну та практичну цінність. В той же час, вони не охоплюють комплексного дослідження проблем доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів в умовах сьогодення, не повністю враховують зміни, які останнім часом відбулися в кримінальному процесуальному законодавстві України.

Таким чином, зростання рівня кримінальних правопорушень даної категорії на території нашої держави, що становить загрозу національній безпеці, а також

поширення безконтактної форми збуту наркотичних засобів, яка вимагає від уповноважених суб'єктів використання у доказуванні новітніх технологій, відсутність сталої судової практики під час розгляду даної категорії кримінальних правопорушень та особистий досвід під час досудового розслідування та судового розгляду кримінальних проваджень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, і обумовлюють актуальність даної теми та її вибір для дисертаційного дослідження.

**Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами.**

Тема дисертаційного дослідження узгоджується з положеннями Стратегії боротьби з організованою злочинністю, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 16.09.2020 № 1126-р.; Положеннями Національної стратегії у сфері прав людини, затвердженої Указом Президента України від 24.03.2021 № 119/2021; Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021-2023 роки, затвердженої Указом Президента України від 11.06.2021 № 231/2021; теми наукових досліджень кафедри кримінального, кримінально-виконавчого права та кримінології Академії Державної пенітенціарної служби на 2017–2021 роки на тему «Права і свободи людини і громадянина та їх захист кримінально-правовими, кримінально-виконавчими засобами й системою заходів запобігання злочинам» (державний реєстраційний номер 0117u007206) і на 2022 – 2026 роки на тему «Проблеми запровадження та застосування кримінально-правових засобів реагування в умовах реформування законодавства України про публічно-правову відповідальність» (державний реєстраційний номер 0122U002480); Стратегії державної політики щодо наркотиків на період до 2020 року, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 28.08.2013 № 735-р.; Планом заходів на 2019-2020 роки з реалізації Стратегії державної політики щодо наркотиків на період до 2020 року, затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 06.02.2019 №56р.; Пріоритетних напрямів розвитку правової науки на 2016–2020 роки, затверджених постановою загальних зборів Національної академії правових наук України від 03.03.2016.

**Мета і завдання дослідження відповідно до предмета та об'єкта дослідження.** *Метою* дослідження є з'ясування та розкриття особливостей доказування на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, та розроблення на цій основі теоретичних положень та практичних рекомендацій, що стосуються доказування на стадії досудового розслідування досліджуваної категорії кримінальних правопорушень.

Для досягнення поставленої мети необхідно вирішити такі *завдання*:

- з'ясувати загальні риси доказів, отриманих під час збуту наркотичних засобів: нормативно-правове визначення, види та класифікацію за кримінальним процесуальним законодавством України;

- охарактеризувати зміст структурних елементів та предмет доказування у кримінальному провадженні, пов'язаному зі збутом наркотичних засобів;

- дослідити специфіку використання процесуальних дій під час досудового розслідування кримінальних проваджень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів;

- розкрити своєрідність контролю за вчиненням злочину, як процесуальної дії при збуті наркотичних засобів, визначивши поняття, підстави, завдання та порядок його проведення;

- визначити критерії допустимості отриманих доказів внаслідок правомірної поведінки правоохоронних органів та провокації кримінального правопорушення під час розслідування кримінальних проваджень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, з огляду на слідчу та судову практику;

- дослідити поняття провокації в контексті прецедентної практики ЄСПЛ та правових позицій Верховного Суду (далі – ВС) у кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.

*Об'єкт дослідження* - суспільні відносини, що виникають у сфері доказування збуту наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів.

*Предмет дослідження* - особливості доказування на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.

**Методи дослідження.** Методологічну основу дисертаційного дослідження становить загальний *діалектичний метод* наукового пізнання дійсності, на підставі якого всі явища досліджувалися у взаємозв'язку, в єдності їх соціального змісту і юридичної форми (розділи 1-3), а також окремі наукові методи дослідження. Зокрема, *порівняльно-правовий метод* використовувався під час аналізу думок науковців щодо досліджуваної проблематики, наукових визначень, норм матеріального та процесуального права (розділи 1-3); *метод моделювання* для розроблення рекомендацій щодо тактики проведення контролю за вчиненням злочину (підрозділ 3.1); *теоретико-прогностичний метод* використовувався для надання пропозицій щодо внесення змін у національне законодавство України (підрозділ 1.1, 3.1); *формально-логічні методи* використовувалися для тлумачення та розмежування основних понять (підрозділи 1.2, 2.2, 3.1); *статистичний метод* використовувався для узагальнення результатів опитування слідчих, прокурорів, адвокатів та суддів, вивчення матеріалів кримінальних проваджень, матеріалів слідчої та судової практики, для узагальнення статистичних даних Офісу Генерального прокурора, Державної судової адміністрації України (розділи 1-3); *соціологічний метод* використовувався для підтвердження наукових висновків результатами анкетування (розділи 2-3).

*Емпіричну базу дослідження складають* статистичні дані Офісу Генерального прокурора, Державної судової адміністрації України, матеріали кримінальних проваджень про кримінальні правопорушення, передбачені ст. 307 КК України, вироки судів, рішення апеляційних судів, ВС з даної категорії справ, рішення ЄСПЛ, узагальнені дані анкетувань адвокатів, слідчих, прокурорів та суддів.

У процесі дисертаційного дослідження також використовувався особистий досвід роботи автора в органах прокуратури України.

**Наукова новизна отриманих результатів** полягає у тому, що в дисертації вперше досліджено теоретичні і практичні особливості доказування на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, за результатами яких сформульовано теоретичні положення та практичні рекомендації. В результаті проведеного дослідження автором сформовано низку нових положень та висновків. Основні з них такі:

*вперше:*

- обґрунтовано доцільність використання, в окремих випадках, як доказу на стадії судового розгляду кримінального провадження показань свідка та/або потерпілого (протоколів), отриманих безпосередньо під час досудового розслідування;

- обґрунтовано необхідність у кримінальних провадженнях, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів, до внесення відомостей в ЄРДР, отримати висновок спеціаліста (експрес аналіз) за результатами попереднього дослідження заборонених до обігу речовин;

- сформовано визначення провокації кримінального правопорушення, розкрито форми її прояву та значення, охарактеризовано з практичної площини та з урахуванням практики ЄСПЛ, національних судів, допустимість доказів, отриманих у такий спосіб під час досудового розслідування досліджуваної категорії кримінальних правопорушень;

- сформовано критерії для визначення у діях правоохоронних органів наявності або відсутності ознак провокації під час доказування на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.

*удосконалено:*

- визначення поняття «доказування» за діючим КПК України, яке включає в себе встановлену нормами КПК України діяльність сторін кримінального провадження, яка обмежена у часі процесуальними строками;

- визначення контролю за вчиненням злочину, як одного із різновидів негласних слідчих (розшукових) дій та охарактеризовано його значення з-поміж

інших слідчих дій під час доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів;

- організаційні й тактичні особливості проведення контролю за вчиненням злочину на початковому етапі досудового розслідування, рішення про проведення якого повинно бути прийнято лише при наявності у суб'єктів доказування достатньо відомостей, що підтверджують протиправну діяльність особи.

*дістали подальшого розвитку:*

- рекомендації щодо ефективності проведення досудового розслідування з урахуванням специфіки кримінальних проваджень досліджуваної категорії;

- рекомендації щодо тактики проведення таких негласних слідчих (розшукових) дій як контроль за вчиненням злочину, аудіо-, відео контроль особи тощо;

- пропозиції щодо внесення змін та доповнень до КПК України та КК України щодо використання в окремих випадках, як доказу, на стадії судового розгляду протоколів допиту потерпілого та/або свідка, визнання недопустимими докази, які отримані внаслідок провокації, а також визначення поняття провокації кримінального правопорушення та її критеріїв.

**Практичне значення отриманих результатів** полягає в тому, що сформульовані та обґрунтовані в дисертації висновки і пропозиції можуть бути використані у:

- *практичній діяльності* оперативних та слідчих підрозділів Національної поліції України – як рекомендації та пропозиції, що направлені на підвищення якості та ефективності досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів (акт впровадження результатів дисертаційного дослідження у практичну діяльність Управління боротьби з наркозлочинністю в Чернігівській області Департаменту боротьби з наркозлочинністю Національної поліції України від 21.01.2022);

- *правотворчості* – для удосконалення окремих положень КПК України та КК України (проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо використання протоколів допиту свідка



та/або потерпілого як доказу під час розгляду кримінального провадження в суді»);

- *освітньому процесі* – під час підготовки навчальних посібників, монографій, наукових статей, а також при проведенні наукових і науково-практичних заходів (акт впровадження результатів дисертаційного дослідження у наукову діяльність Академії Державної пенітенціарної служби від 19.12.2022 № 15-60/а).

**Апробація матеріалів дисертації.** Основні положення та висновки дисертації оприлюднені на міжнародних науково-практичних конференціях, зокрема: «Актуальні проблеми правових наук в євроінтеграційному вимірі» (м. Харків, 20-21 грудня 2019 р.); «Актуальні питання теорії та практики в галузі права, освіти, соціальних та поведінкових наук» (м. Чернігів, 23-24 квітня 2020 р.); «Пріоритетні напрямки розвитку правової системи України» (м. Львів, 29-30 січня 2021 р.); «Юридичні науки: проблеми та перспективи» (м. Запоріжжя, 25-26 червня 2021 р.); Кримінально-виконавча система України та її роль у розбудові правової і соціальної держави (м. Чернігів, 26 листопада 2021 р.); Кримінально-виконавча система України та її роль у розбудові правової і соціальної держави (м. Чернігів, 02 грудня 2022 р.).

**Публікації.** Основні положення та висновки, що сформульовані у дисертації відображено у 10 публікаціях за темою дослідження, з них 3 опубліковано у наукових виданнях України, визнаних фаховими з юридичних наук, 1 стаття в іноземних наукових виданнях, а також у 6 тезах науково-практичних конференціях.

**Структура та обсяг дисертації.** Дисертація складається з анотації, переліку умовних позначень, вступу, трьох розділів, що містять 6 підрозділів, висновків, списку використаних джерел (136 найменувань на 15 сторінках) та додатків на 15 сторінках. Загальний обсяг дисертації становить 224 сторінок, з них основного тексту – 177 сторінок.

## РОЗДІЛ 1

# ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОКАЗІВ ЩОДО ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ, ПОВ'ЯЗАНИХ ЗІ ЗБУТОМ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ

### 1.1 Загальні риси доказів, отриманих під час збуту наркотичних засобів: нормативно-правове визначення, види та класифікація за кримінальним процесуальним законодавством України

Проблема доказів і доказування має давню історію. Не заглиблюючись, ще з давніх часів під поняттям «докази» частіше всього розуміли власне доказ, засіб доказування та судове слідство. Так, у вітчизняній правовій теорії, законодавстві та судовій практиці знайшли відображення узагальнені правила роботи з доказами (їх збирання, оцінювання та використання). «Руська Правда», «Псковська судна грамота», Судебники, Литовські статuti, збірники магдебурзького права, «Правда, за якими судиться малоросійський народ», законодавчі акти Російської імперії XVIII-XIX ст., Положення Статуту кримінального судочинства 1864 р. – містили посилання на різні види доказів: показання сторін і свідків, письмові документи, речові докази, божий суд тощо [47, с. 74].

Поняття доказів має велике значення у кримінальному провадженні, оскільки, від правильного розуміння цього терміну правоохоронними органами та судами, залежить виконання завдань кримінального провадження.

Відповідно до ст. 2 КПК України завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому

процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура [45].

Реалізація норм Конституції України (далі – КУ) та виконання завдань кримінального провадження слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом не можливо без прийняття ними законних та обґрунтованих процесуальних рішень. Саме шляхом прийняття таких рішень, досягається вирішення завдань кримінального провадження, втілення в життя кримінально-правової політики держави та міжнародних стандартів.

Прийняття законних, обґрунтованих та неупереджених процесуальних рішень можливо лише тоді, коли вони ґрунтуються на перевірених та досліджених обставинах кримінального провадження у повному обсязі.

Основним змістом кримінальної процесуальної діяльності сторін кримінального провадження є робота з доказами, яка складається з їх збирання, перевірки, оцінки та прийняття відповідного процесуального рішення.

Саме на основі зібраних у кримінальному провадженні доказів роблять висновок про наявність чи відсутність події кримінального правопорушення, винуватість чи невинуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення та встановлення інших обставин, передбачених КПК України, що мають значення для прийняття відповідного рішення.

Помилка слідчого, прокурора, слідчого судді, суду під час оцінки доказів може призвести до прийняття незаконних рішень і, як наслідок, порушення конституційних прав і свобод людини, притягнення невинуватих до кримінальної відповідальності.

З огляду на викладене, правильна оцінка доказів має важливе значення не тільки для прийняття окремих процесуальних рішень під час досудового розслідування, але й для ухвалення рішення під час судового провадження.

У приписах ч. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ) зазначено, що кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку [41].

На реалізацію вказаних норм міжнародного права у ст. 62 КУ закріплено, що особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь [42].

Захист конституційних прав, свобод людини та суспільства в цілому є пріоритетним завданням держави, її правоохоронних та правозахисних органів.

Саме від ефективної роботи з доказами суб'єктів, які здійснюють досудове розслідування, залежить ступінь захисту прав, свобод та інтересів учасників кримінального провадження. Докази надають можливість уповноваженим суб'єктам віднайти втрачене – реальну подію кримінального правопорушення, оскільки вони самі не сприймали її у реальному часі.

Теоретичні проблеми визначення поняття доказів у кримінальному процесі досліджували у своїх працях Азаров Ю.І. [1], Вапнярчук В.В. [8], Гмирко В.П. [26], Грошевий Ю.М. [28], Лобойко Л.М. [46], Лукашевич В.Г. [47], Погорецький М.А. [56, 57], Стахівський С.М. [28], Тертишник В.М. [107], Тацій В.Я. [44] та інші.

Водночас, ступінь наукової розробленості цього поняття наданий час залишається дискусійним та потребує удосконалення.

Поняттю доказів та доказуванню відведена глава 4 КПК України, де визначено поняття доказів, їх належність та допустимість, процесуальні джерела доказів, а також порядок їх збирання та оцінки.

Відповідно до ч. 1 ст. 84 КПК України доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню [45].

Не дивлячись на закріплення визначення поняття доказів у КПК України, продовжуються дискусії щодо його визначення.

Поняття доказів досліджувалося багатьма вченими, а тому на сьогодні існує декілька наукових позицій.

Перша: доказом у кримінальному провадженні є єдність фактичних даних, отриманих і закріплених у відповідній процесуальній формі, а також їх процесуальних джерел, на підставі якого сторони кримінального провадження, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження і підлягають доказуванню, та яка визнана доказом уповноваженими суб'єктами доказування, слідчим суддею та судом [57, с. 16].

Друга: докази – це фактичні дані, отримані у передбаченому кримінально-процесуальним законом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню [50, с. 83].

Третя: докази – будь-які відомості про факти, котрі одержані в установленому законом порядку та за допомогою яких орган розслідування, прокурор і суд встановлюють наявність чи відсутність суспільно небезпечного діяння, винуватість або невинуватість особи, яка його вчинила, та решту обставин, що мають значення для встановлення істини і правильного вирішення справи [28, с. 91].

Кожна з груп науковців обґрунтовувала свої позиції посиляючись на різні норми закону, а також на трактування цих категорій з філософської точки зору.

Вказані визначення мають як свої переваги так і недоліки. Жодна з вказаних наукових позицій не може бути розглянута як єдина правильна і досконала за своїм змістом.

Ми не можемо погодитись з думкою науковців двох перших позицій, які вважають під доказами фактичні дані.

Аналіз значення терміна «фактичні дані» вказує на те, що термін «фактичний» означає: «який відповідає фактам, дійсності; насичений

фактами», [102] а термін «дані»: «відомості, показники, необхідні для ознайомлення з ким-, чим-небудь, для характеристики когось, чогось або для певних висновків, рішень» [102].

На наш погляд фактичні дані – це зміст доказу, який отримує своє відображення, наприклад, у протоколах слідчих (розшукових) дій.

Тому, на нашу думку, найбільш вдалою є позиція третьої групи науковців, які під доказами розуміють «відомості про факти».

Під фактом слід розуміти «дійсну, не вигадану подію, дійсне явище; те, що сталося, відбулося насправді» [102].

Факт – це явище дійсності, які, як правило, відносяться до минулого і є недоступними для безпосереднього сприйняття слідчим або судом. Для того щоб факт був використаний при доказуванні, він має бути пізнаний, тобто відображений свідомістю людини [28, с. 90].

З цією тезою погоджуються деякі науковці – Тацій В.Я. та інші, зазначивши: «при розслідуванні та судовому розгляді будь-якого кримінального правопорушення суб'єкти доказування пізнають обставини, що для них мали місце в минулому, тобто здійснюють пізнання опосередковано. У більшості випадків вони стикаються не з самими фактами, а з відомостями про них, які збереглися у пам'яті людей або залишили сліди на предметах матеріального світу [44, с. 181].

В цілому, позиція вказаних науковців неоднозначна та суперечлива. Як висновок, докази вони розцінюють, як будь-які фактичні дані [44, с. 181].

Слушно зауважив Фойницький І.Я.: «основне завдання у встановленні обставин вчиненого злочину – зібрати відомості про факти, які мають до них будь-яке відношення, і з точністю встановити їхню достовірність [82, с. 36].

Доказ – це незаперечний довід або факт, який підтверджує істинність чого-небудь; підтвердження [102].

Ні слідчий, ні прокурор, ні суд не можуть керувати фактами, а лише знаннями (відомостями) про ці факти. І саме ці відомості про факти допомагають слідчому відновити модель події, яка мала місце в минулому [28, с. 91].

Водночас, вважаємо, що відомості можуть бути будь-які, за допомогою яких можна пізнати сам факт, тобто подію кримінального правопорушення, адже під час доказування можуть бути використані усі наявні у провадженні докази.

Докази неоднорідні за своєю природою, а тому їх можна класифікувати за різними критеріями.

У сучасній науці класифікація відіграє досить суттєву роль, оскільки є одним з важливих аспектів системного підходу до явищ, що вивчаються. Значення наукової класифікації в теорії доказів полягає в тому, що вона сприяє систематизації нагромаджених знань, забезпечує правильне використання понять та термінів, повне і всебічне дослідження об'єкта, а також усуває двозначність чи неоднозначність наукової мови [28].

Класифікація доказів має не тільки теоретичне, але й практичне значення, оскільки дозволяє сторонам кримінального провадження правильно їх оцінити та визначити шляхи їх використання під час доказування обставин, що мають значення для кримінального провадження.

У кримінальному процесі існує досить вагома кількість класифікацій доказів за різними критеріями, які пропонуються науковцями.

Загально визнаним є поділ доказів за джерелом формування – на первинні та похідні; залежно від відношення до предмета доказування – на прямі та непрямі; стосовно предмета обвинувачення – на обвинувальні та виправдувальні; за механізмом їх формування – на особисті та речові [29, с. 21].

Крім того, науковці додатково поділяють докази на: належні та неналежні, достовірні та недостовірні, допустимі та недопустимі, докази підготовчого провадження та докази юрисдикційного провадження [26, с. 53].

Белкін Р.С. поділяє докази на докази істинності та докази неправдивості. В логіці докази, які мають на меті встановлення істинності тези, називаються доказами, а докази неправдивості тези – спростуванням [5, с. 26].

Визначення законодавцем у КПК України такої засади кримінального провадження, як безпосередність дослідження показань, речей і документів дало підстави для класифікації доказів на досудові та судові.

Під досудовими доказами розуміють докази, які отримані (зібрані) сторонами обвинувачення та захисту у досудовому розслідуванні. Судові докази, як видове поняття, - це докази, якими сторони кримінального провадження та суд оперують у судовому провадженні, які визнані судом як доказ [57, с. 17].

Враховуючи думки науковців, необхідно розкрити основні чотири класифікації доказів, що сприймається більшістю науковців та визначити їх значення для практики.

За джерелом формування докази поділяються на первинні та похідні.

Первинні докази – це докази, отримані з першоджерел, «з перших рук», які сформувався, виникли безпосередньо внаслідок події (фактичні дані, що містяться в показаннях свідка-очевидця, оригінал документу та ін.), а похідні – це докази, отримані з проміжних джерел, «з інших рук», які сформувався, виникли не безпосередньо внаслідок події та мають опосередкований зв'язок з нею (фактичні дані, що містяться в показаннях свідка, які стали йому відомі від іншої особи, копія документа тощо) [1, с. 88].

Значення цього поділу полягає в тому, що сторони кримінального провадження, слідчий суддя, суд отримують інформацію про подію кримінального правопорушення у первісному вигляді, а не викривлену, наприклад, показаннями осіб з чужих слів. У той же час, необхідно приділяти увагу і похідним доказам, які часто містять важливі відомості для кримінального провадження.

Залежно від відношення до предмета доказування докази поділяються на прямі та непрямі (побічні).

Прямими доказами є такі фактичні дані, які безпосередньо вказують на обставини, що належать до предмета доказування, а побічні – на обставини, з яких можна зробити висновок про інші шукані у справі фактичні дані, за допомогою яких, у свою чергу, з'являється можливість встановити обставини, що належать до предмета доказування [29, с. 21].

Значення цього поділу для практики полягає в тому, що прямі докази дають однозначну відповідь на запитання, наприклад, чи винувата особа у вчиненні



кримінального правопорушення. У той же час, непрямі докази, які у більшості випадків, складають основу кримінального провадження у своїй сукупності повинні привести орган досудового розслідування та суд до встановлення обставин, що належать до предмета доказування.

Щодо предмета обвинувачення докази поділяються на обвинувальні та виправдувальні. Саме такий поділ дає можливість зрозуміти, що відомості які містяться в цих доказах викривають особу у вчиненні кримінального правопорушення або навпаки виправдовують її.

Такий поділ доказів прямо виходить з положень КПК України.

Так, у ч. 2 ст. 9 КПК України зазначено, що прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язані всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень [45].

Практичне значення такої класифікації відіграє важливу роль у прийнятті рішення про закриття кримінального провадження, повідомленні особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, направлення обвинувального акта до суду, визнання судом особи винуватою тощо.

За механізмом формування докази поділяються на особисті та речові.

Особисті докази походять від людей, вони є носіями інформації, яку сприймали безпосередньо під час вчинення кримінального правопорушення (потерпілий, підозрюваний) або спостерігали за подією кримінального правопорушення (свідок).

Як зазначено у ст. 98 КПК України речовими доказами є матеріальні об'єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, в тому числі предмети, що були об'єктом кримінально

протиправних дій, гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом або отримані юридичною особою внаслідок вчинення кримінального правопорушення [45].

Інформація, яка міститься на матеріальних об'єктах передається не у мовній формі, а шляхом безпосереднього сприйняття предмета.

Законодавець у ч. 2 ст. 84 КПК України серед видів доказів називає показання, речові докази, документи, висновки експертів [45].

Зазначений перелік видів доказів є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає.

В досліджуваній категорії кримінальних правопорушень до ключових джерел доказів, на нашу думку, слід віднести речові докази та висновки експертів.

Важливим під час досудового розслідування даної категорії кримінальних правопорушень є вилучення об'єктів незаконного обігу та правильне їх процесуальне оформлення, у порядку визначеному КПК України.

Довести факт збуту наркотичних засобів за відсутності у розпорядженні органів досудового розслідування речових доказів – неможливо.

Перш за все, це пов'язано з особливим предметом доказування даної категорії кримінальних правопорушень.

Для прикладу, на відміну від крадіжки, для якої наявність свідків події може бути достатньо для доведення винуватості особи, то для збуту заборонених до обігу речовин обов'язковим є доведення, що саме відбувся продаж наркотичних засобів, а тому для цього необхідно вилучити речові докази та провести відповідну експертизу.

Завданням експертизи є ідентифікація наданих на дослідження речовин.

Ключова роль наведених вище джерел доказів, не зменшує значення інших не менш важливих доказів, для прикладу показань свідків, результатів НС(Р)Д тощо.

У той же час на практиці, виникають випадки, коли до видів доказів відносять судові рішення, які приймаються у формі ухвали.

Так, відповідно до правового висновку Великої палати ВС, викладеного у постанові від 16.01.2019 (провадження № 13-37 кс18) зазначено, що документи, які стали правовою підставою проведення НС(Р)Д (зокрема, не розсекречені на момент звернення до суду з обвинувальним актом), не можуть вважатися додатковими матеріалами до результатів проведених негласних слідчих (розшукових) дій, отриманими до або під час судового розгляду, оскільки є їх частиною. За наявності відповідного клопотання процесуальні документи, які стали підставою для проведення НС(Р)Д (ухвали, постанови, клопотання) і яких не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК України, оскільки їх тоді не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не було розсекречено на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути відкриті іншій стороні, але суд не має допустити відомості, що містяться в цих матеріалах кримінального провадження, як докази [62].

Таким чином, у своєму рішенні Велика палата ВС прийшла до висновку, що ухвала є доказом та містить відомості, які можуть бути доказами у конкретному кримінальному провадженні.

Водночас, у рішенні ВС від 11.06.2019 (провадження № 51-6190км18) колегія суддів другої судової палати прийшла до зовсім іншого висновку.

У вказаному рішенні судом зазначено, що ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення НС(Р)Д не є доказом у розумінні ст. ст. 84, 99 КПК України, в ній не містяться відомості, які можуть бути використані як докази. Водночас, така ухвала є процесуальною підставою для отримання доказу. Сам доказ вона не підміняє і у доказ не трансформується [66].

Вважаємо, що у рішенні від 11.06.2019 суд прийшов до правильного висновку.

Системне тлумачення ст. 84 КПК України щодо поняття, змісту доказу дає підстави стверджувати, що ухвала не є доказом в розумінні цієї статті.

Отже, під доказом у кримінальному провадженні слід розуміти будь-які відомості про факти, отримані у передбаченому КПК України порядку, на підставі

яких сторони кримінального провадження, слідчий суддя, суд встановлюють наявність чи відсутність обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню та, які здатні забезпечити прийняття законного та неупередженого процесуального рішення у кримінальному провадженні.

Не завжди докази, які містяться у протоколах допиту свідка або потерпілого є сталими впродовж всього кримінального провадження. На початкових його етапах вони можуть мати значення під час досудового розслідування та становити систему доказів, якими встановлюються обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, а в наступному – судовому, їх взагалі не сприймають як докази [59, с. 214-128].

Це зумовлено тим, що у КПК України закріплена засада кримінального провадження, як безпосередність дослідження показань, речей і документів, що регламентовано ст. 23 цього Кодексу.

Згідно приписів ч. 1, 2 ст. 23 КПК України суд досліджує докази безпосередньо. Показання учасників кримінального провадження суд отримує усно. Не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом. Суд може прийняти як доказ показання осіб, які не дають їх безпосередньо в судовому засіданні, лише у випадках, передбачених цим Кодексом [45].

Отже, можна прийти до наступного висновку, що чинне кримінальне процесуальне законодавство України передбачає двоступеневу процедуру формування доказів – досудову та судову.

Як встановлено вимогами ст. 95 КПК України суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у порядку, передбаченому статтею 225 цього Кодексу. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них, крім порядку отримання показань, визначеного ст. 615 КПК України [45].

З системного тлумачення ст.ст. 23, 95 КПК України слід зазначити, що законодавець визначає два випадки допустимості показань осіб, наданих на стадії судового розгляду кримінального провадження: 1) безпосередній допит вказаних осіб в судовому засіданні; 2) отримання показань свідка, потерпілого у порядку, передбаченому ст. 225 КПК України, тобто допит під час досудового розслідування у судовому засіданні.

Зокрема, показання свідка та потерпілого, які отримані у кримінальному провадженні, що здійснюється в умовах воєнного стану, можуть бути використані як докази в суді, виключно якщо хід та результати такого допиту фіксувалися за допомогою доступних технічних засобів відеофіксації.

На нашу думку, використання таких доказів в суді можливе виключно тільки за умови наявності обставин, що об'єктивно унеможлиблює з'явитися до суду свідка та/або потерпілого через воєнний стан.

Слід зауважити, що такі зміни у законодавстві мають тимчасовий характер та діють на період воєнного стану.

Таким чином, показання свідка або потерпілого, які фіксуються у протоколі та отримані у порядку передбаченому КПК України, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя приймають процесуальні рішення, є доказами на стадії досудового розслідування, але водночас безпідставно втрачають своє доказове значення під час розгляду кримінального провадження в суді.

У постанові ВС від 19.12.2018 (провадження № 51-4127 км18) колегія суддів зазначила, що безпосередність дослідження доказів означає звернену до суду вимогу закону про дослідження ним всіх зібраних у конкретному кримінальному провадженні доказів шляхом допиту обвинувачених, потерпілих, свідків, експерта, огляду речових доказів, оголошення документів, відтворення звукозапису і відеозапису тощо. Ця засада кримінального судочинства має значення для повного з'ясування обставин кримінального провадження та його об'єктивного вирішення. Безпосередність сприйняття доказів дає змогу суду належним чином дослідити і перевірити їх як кожний доказ окремо, так і у взаємозв'язку з іншими доказами, здійснити їх оцінку за критеріями, визначеними

у ч. 1 ст. 94 КПК України, і сформувати повне та об'єктивне уявлення про фактичні обставини конкретного кримінального провадження. Недотримання засади безпосередності призводить до порушення інших засад кримінального провадження: презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини, забезпечення права на захист, змагальність сторін та свобода в поданні ними своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості (пункти 10, 13, 15 статті 7 КПК України). Тому засада безпосередності виступає необхідним елементом процесуальної форми судового розгляду, недотримання її судом, виходячи зі змісту частини другої статті 23 та статті 86 цього Кодексу, означає, що докази, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, не можуть бути визнані допустимими і враховані при постановленні судового рішення судом, крім випадків, передбачених зазначеним Кодексом, а отже, судові рішення, відповідно до статті 370 цього Кодексу, не може бути визнано законним і обґрунтованим і, згідно з частиною першою статті 412 КПК України, підлягає скасуванню [65].

Концепція, за якої мислиться, що докази з'являються лише в суді, на перший погляд «блищить новизною» і може здатися багатообіцяючою, але стухає «при появі світла її величності» - логіки та стає недієздатною [107, с. 19].

На нашу думку КПК України помилково не визнає доказами відомості, що містяться в показаннях осіб, які безпосередньо суд не сприймав під час судового засідання і які зафіксовано у протоколах за наступних обставин: 1) показання отримуються слідчим та/або прокурором у порядку встановленому КПК України; 2) показання учасників кримінального провадження про хід і результати проведення процесуальної дії під час досудового розслідування фіксуються у протоколі; 3) свідок, потерпілий попереджаються про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиві показання, відповідальність за яке передбачена ст. 384 КК України.

З огляду на викладене, виникає банальне питання: «Що робити, коли свідок та/або потерпілий після допиту слідчим або прокурором так і не з'явився до суду внаслідок смерті або зник і місцезнаходження його встановити не можливо?».

У кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, непоодинокими є випадки, коли особи, які залучалися для конфіденційного співробітництва для здійснення оперативної закупки наркотичних засобів у особи, з різних причин (існування небезпеки для життя чи здоров'я, смерть) у судові засідання не з'являються.

Часто показання зазначених суб'єктів у сукупності з іншими непрямыми доказами підтверджують винуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення, але їх неявка в судові засідання призводить до уникнення кримінальної відповідальності обвинуваченими, що не сприяє виконанню завдань кримінального провадження [59, с. 214-218].

Для порівняння, законодавство зарубіжних держав містить положення, які дають змогу відповісти на вищевказане питання.

Так, у ст.ст. 114, 118 КПК Грузії вказано, що не підлягає допиту свідок, який не може постати перед судом за обставинами, передбаченими підпунктами «а», «б» або «г» частини першої статті 114 цього Кодексу. У такому разі на засіданні з розгляду справи по суті оголошуються його досудові свідчення. В основу обвинувального вироку не можуть бути покладені лише ці свідчення, якщо вони не підкріплені іншими доказами винуватості особи. Такими обставинами можуть бути: існує реальна небезпека його смерті або погіршення здоров'я, що може перешкодити його допиту як свідка під час розгляду в суді справи по суті; особа на тривалий час залишає територію Грузії; це необхідно у зв'язку із застосуванням спеціальних заходів захисту [108].

Таким чином, законодавство Грузії на відміну від українського, передбачає умови та випадки використання в суді показання свідка або потерпілого, наданих слідчому або прокурору безпосередньо під час досудового розслідування за умови їх підкріплення іншими доказами винуватості особи (ст. 118 КПК Грузії).

Заслуговує на увагу з цього питання рішення ЄСПЛ у справі «Сітневський та Чайковський проти України» від 10.11.2016, розпочатій за заявами, поданими до суду проти України.

Однією з підстав оскарження рішення суду заявниками слугувало те, що суд першої інстанції визнав допустимими показання свідка, наданих під час досудового розслідування як доказ у судовому засіданні, шляхом зачитування показів, оскільки вказаний свідок помер до проведення судового засідання.

За результатами розгляду вказаних заяв ЄСПЛ зазначив, що принципи, які мають застосовуватися у випадках, коли свідки обвинувачення не з'являються у судові засідання, і надані ними раніше показання визнаються допустимими як докази, були узагальнені та уточнені в рішенні у справі «Аль-Хавайя й Тахірі проти Сполученого Королівства» (*Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*) ([ВП], заяви №№ 26766/05 та 22228/06, ECHR 2011) та підтверджуються у вищенаведеному рішенні у справі Шачашвілі (*Schatschaschwili*). Відповідно до принципів, встановлених у цьому рішенні, необхідно провести триетапний аналіз відповідності положенням п. 1 і пп. «d» п. 3 статті 6 Конвенції провадження, в якому показання свідка, який не був присутнім та допитаним у судовому засіданні, були визнані допустимими як докази. Суд повинен розглянути: 1) чи були достатні підстави неявки свідка та, відповідно, допустимості неперевірених показань свідка, який не з'явився у судові засідання, як доказу; 2) чи були докази, отримані від свідка, який не з'явився у судові засідання, єдиною та вирішальною підставою для засудження підсудного; та 3) чи мали місце достатні урівноважуючі фактори, зокрема надійні процесуальні гарантії, здатні компенсувати недоліки, з якими зіткнулася сторона захисту у зв'язку з допустимістю неперевірених доказів, і забезпечити загальну справедливість судового розгляду. Навіть за відсутності достатніх підстав неявки свідка у судові засідання Суд все одно має з'ясувати, чи були показання свідка єдиним або вирішальним доказом для засудження заявника, та чи були наявні достатні урівноважуючі фактори, здатні забезпечити справедливу належну та чітку оцінку достовірності такого доказу. Отже, ЄСПЛ у своєму рішенні констатував, що свідок помер до проведення судового засідання, а тому суд першої інстанції мав достатні підстави для визнання допустимими показання цього свідка, надані під час досудового розслідування, як докази [101].



Зокрема, у справі «Шачашвілі проти Німеччини» Велика палата ЄСПЛ зауважила, що відсутність вагомих підстав для неявки свідка само по собі не може свідчити про неприпустимість судового розгляду. Відповідно, відсутність вагомих підстав для неявки свідка обвинувачення є важливим фактором, який слід враховувати при оцінці загальної справедливості судового розгляду і який може схилити чашу терезів на користь висновку про порушення п. 1 і пп. «d» п. 3 статті 6 Конвенції. Суд констатував, що показання свідків мали «вирішальне» значення для винесення заявнику обвинувального вироку. Всі інші докази, які були у розпорядженні судів, являли собою або показання з чужих слів, або звичайні непрямі технічні та інші докази, які не дозволяють зробити висновок про вчинення розбою та вимагання, а тому у цій справі суд дійшов висновку, що мало місце порушення Конвенції [133].

Розглядаючи дане питання, необхідно звернути увагу на рішення ЄСПЛ у справі «Аль-Хавайя й Тахірі проти Сполученого Королівства», де зазначено про необхідність застосувати критерії трьохступінчатого тесту для встановлення відповідності п. 1 та пп. «d» п. 3 статті 6 Конвенції, в якому як докази були використані показання свідка, який не з'явився до суду і не допитувався на стадії судового розгляду.

Так, у цій справі ЄСПЛ з'ясував: 1) чи були достатні підстави неявки свідка у судове засідання та допустимості неперевірених показань свідка, як доказу; 2) чи були докази, отримані від свідка, який не з'явився у судове засідання, єдиною та вирішальною підставою для засудження особи; 3) чи мали місце достатні урівноважуючі фактори, зокрема, надійні процесуальні гарантії, здатні компенсувати недоліки, з якими зіткнулася сторона захисту у результаті прийняття неперевірених показань, які забезпечують справедливість судового розгляду, що оцінюється в цілому [124].

З огляду на вищевикладені рішення ЄСПЛ можемо констатувати, що засудження особи не може ґрунтуватися виключно на показаннях, які не підтверджуються іншими доказами у справі.

Необхідно звернути увагу на вимоги ч. 5 ст. 9 КПК України, де зазначено, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини [45].

Зокрема, наше теоретичне дослідження проблеми використання протоколів допиту свідка та/або потерпілого під час розгляду кримінального провадження в суді знайшло своє практичне відображення у вказаному рішенні ЄСПЛ та рішеннях національних судів в кримінальному провадженні за обвинуваченням особи у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 307, ч. 2 ст. 309 КК України.

У вказаному провадженні легендована особа (особа, яка проводила оперативну закупку наркотичних засобів у обвинуваченої) померла ще до початку розгляду кримінального провадження в суді.

Вироком Чернігівського апеляційного суду від 05.09.2019 (судове провадження № 11-кп/4823/400/19) колегією суддів встановлено, що допитати легендовану особу, в судовому засіданні не було можливим у зв'язку зі смертю останнього, про що до матеріалів провадження було долучено відповідний лист і даний факт в судовому засіданні суду першої інстанції стороною захисту не заперечувався. Протокол його допиту був оголошений прокурором в судовому засіданні, досліджений та долучений до матеріалів кримінального провадження, а тому місцевий суд обґрунтовано визнав показання вказаного свідка допустимим доказом [23].

Не погоджуючись з рішенням судів першої та апеляційної інстанцій, захисником подано касаційну скаргу. Однак, постановою ВС від 12.12.2019 (провадження № 51-4690км19) відмовлено у задоволенні скарги захисника та зазначено, що протокол допиту вказаного свідка був предметом розгляду в судах попередніх інстанцій, а тому суди першої та апеляційної інстанцій обґрунтовано визнали показання вказаного свідка допустимим доказом [69].

Не дивлячись на заперечення сторони захисту у судових засіданнях щодо визнання протоколу допиту вказаного свідка недопустимим доказом, національні суди, на нашу думку, прийняли законне рішення з огляду на наступні обставини:

1) стороною обвинувачення під час судового розгляду доведено поважні причини неявки ключового свідка у судове засідання; 2) протокол допиту свідка безпосередньо оголошено в судовому засіданні та долучено до матеріалів кримінального провадження; 3) сторона захисту не була позбавлена можливості заперечувати показання, які відображені у протоколі, надавши суду відповідні докази; 4) показання свідка не були єдиним доказом винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення, а тому суди не обґрунтовували свої рішення виключно на показаннях даного свідка, наданих під час досудового розслідування.

Вищезазначене повністю узгоджується з практикою ЄСПЛ, що знайшло свої відображення у рішеннях даного суду та не становить порушення ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Крім того, у справі «Жуковський проти України» від 03.03.2011 заявник стверджував, що кримінальне провадження відносно нього було несправедливим і що в основу вироку стосовно нього суди поклали показання свідків, яких йому не надали можливості допитати. У свою чергу ЄСПЛ вказав, що суд за певних обставин може послатися на показання, надані під час досудового слідства. Якщо підсудному було забезпечено відповідну та належну можливість заперечити показання або під час їхнього надання, або пізніше, їхнє прийняття в якості доказу само по собі не суперечить п. 1 і пп. «d» п. 3 ст. 6. Проте висновок щодо цього є таким: у разі, якщо вирок ґрунтується виключно або вирішальною мірою на показаннях особи, яку обвинувачений не мав можливості допитати або вимагати, щоб її допитали під час досудового слідства та (або) судового розгляду, права сторони захисту обмежуються такою мірою, яка є несумісною з гарантіями, передбаченими ст. 6 [31].

Підсумовуючи вищенаведене, слід зазначити, що положення КПК України в цій частині є недосконалими та потребують доповнення.

Зокрема, проведеним анкетуванням встановлено, що 90 % опитаних дотримуються думки щодо необхідності внесення змін до КПК України, в частині використання у виключних випадках протоколів допиту свідка та/або потерпілого

в суді, у разі їх неявки в судове засідання з поважних причин, і лише 10 % опитаних вказали, що таких змін КПК України не потребує.

Дані результати свідчать про те, що незважаючи на новий КПК України, який отримав чимало позитивних відгуків міжнародних партнерів, питання використання певних доказів, здобутих на стадії досудового розслідування та посилення на них сторін кримінального провадження безпосередньо під час розгляду провадження в суді все ще залишається відкритим.

Так, 40 % опитаних в межах даного дослідження, на запитання за яких обставин протоколи допитів можна використовувати в суді, відповіли – смерть потерпілого або свідка; 31 % – тяжка хвороба, що унеможлиблює з'явлення особи на виклик в суд; 24 % – обставини непереборної сили (епідемії, стихійні лиха, інші подібні обставини), що перешкоджають їх явці до суду; 5 % – не бажання свідка та/або потерпілого з'являтися в судове засідання без поважних причин.

Під час проведення анкетування 97 % опитаних вважають, що показання, які надані під час досудового розслідування, у разі використання вказаних протоколів, не повинні бути єдиним доказом для доведення в суді винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення.

Зокрема, на наш погляд необхідно внести зміни та доповнення в ч. 4 ст. 95 КПК України, виклавши її в такій редакції:

«4. Суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у порядку, передбаченому статтею 225 цього Кодексу. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них.

При неявці в судове засідання потерпілого або свідка суд має право за клопотанням сторони кримінального провадження або за власною ініціативою прийняти рішення про оголошення раніше наданих ними показань під час досудового розслідування у випадках:

- 1) смерті потерпілого або свідка;
- 2) тяжкої хвороби, що унеможлиблює з'явлення особи на виклик в суд;

3) обставин непереборної сили (епідемії, військової події, стійні лиха або інші подібні обставини), що перешкоджають їх явці до суду;

4) якщо в результаті вжитих заходів встановити місцезнаходження потерпілого або свідка для виклику в судове засідання не виявилось можливим.

За наявності достатніх підстав неявки свідка або потерпілого у судові засідання суд повинен з'ясувати, чи були їх показання єдиним доказом для встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, та чи були достатні урівноважуючі фактори, які здатні забезпечити належну правову оцінку такого доказу та прийняти законні і неупереджені процесуальні рішення у кримінальному провадженні».

Вказані вище проблеми та запропоновані шляхи їх вирішення, позитивно впливатимуть на кримінальне провадження і, як наслідок, в цілому забезпечать виконання завдань кримінального провадження, що регламентовано ст. 2 КПК України.

## **1.2 Предмет та структурні елементи доказування у кримінальному провадженні, пов'язаному зі збутом наркотичних засобів**

У практичній діяльності органів, що уповноважені на здійснення досудового розслідування, головним завданням є встановити обставини, за яких відбулося вчинення кримінального правопорушення, особу, яка його вчинила, та притягнути винних до кримінальної відповідальності. Основним елементом кримінального судочинства є доказування, у ході якого здійснюється збирання, перевірка та оцінка доказів, що мають значення для встановлення обставин у кримінальному провадженні.

Головний зміст кримінальної процесуальної діяльності уповноважених суб'єктів на здійснення досудового розслідування становить робота з доказами, за результатами якої повинно бути прийнято законне і неупереджене процесуальне рішення.

Процес доказування здійснюється на всіх стадіях кримінального провадження, кожна з яких вирізняється своїми особливостями: 1) колом засобів доказування (пізнавальних дій); 2) колом суб'єктів доказування; 3) низкою обставин, що підлягають доказуванню; 4) межами доказування [29, с. 236].

Виняткову важливість інститут доказування набуває передусім на стадії досудового розслідування. Найперше на цій стадії, на основі зібраних доказів про вчинення кримінального правопорушення компетентними суб'єктами приймається переважна більшість рішень про закінчення досудового розслідування (закриття кримінального провадження; звернення до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру; звернення до суду з клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності).

Ефективність процесу доказування залежить не тільки від професіоналізму та компетентності суб'єктів доказування, але й також від їх уміння реалізувати у повному обсязі права у практичній діяльності з метою встановлення істини у кримінальному провадженні.

Саме від правильно обраної тактики розслідування багато в чому залежить перспективи розкриття кримінального правопорушення. Тільки у процесі доказування встановлюються обставини, що визначають його предмет.

Доказування має суттєве значення для всебічного та повного з'ясування обставин кримінального провадження. Надані в суді під час підтримання публічного обвинувачення прокурором належні, допустимі, достовірні та достатні докази сприятимуть прийняттю суддею законного, обґрунтованого та мотивованого рішення.

У кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, особливе місце у процесі доказування займають НС(Р)Д, які є найефективнішими засобами доказування винуватості осіб у вчиненні кримінальних правопорушень зазначеної категорії. Різновиди НС(Р)Д, особливості їх проведення та проблеми, які виникають при фіксації кримінальних правопорушень вказаної категорії, ми розглянемо у наступних розділах.

Розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, є складним та тривалим процесом.

Під час фіксації збуту наркотичних засобів слідчому та прокурору необхідно розуміти, що кримінальні правопорушення даної категорії відрізняються особливим предметом доказування.

В першу чергу зупинимось на загальних положеннях поняття доказування, розкриємо зміст його основних структурних елементів (предмет, суб'єкт та етапи).

Академічний тлумачний словник української мови містить таке визначення поняття «доказувати»: «підтверджувати істинність фактами або незаперечними доводами [102].

На відміну від Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, діючий з 2012 року процесуальний Закон у ч. 2 ст. 91 дає таке визначення поняття «доказування», як збирання, перевірка та оцінка доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження [45].

Не дивлячись на офіційне тлумачення КПК України поняття доказування, останнє за своїм змістом є недосконалим та не відповідає вимогам сьогодення.

Не зважаючи на значення доказування у кримінальному судочинстві, роль у встановленні обставин кримінального правопорушення, серед процесуалістів немає єдиного підходу щодо трактування поняття доказування та його складових.

Водночас, у науковій літературі з цього питання існують різні підходи.

Так, на думку Погорецького М.А. кримінальне процесуальне доказування – це практична, пізнавальна, правова та розумова діяльність сторін кримінального провадження, що являє собою два єдині нерозривні процеси: отримання доказів та використання цих доказів для встановлення певних обставин, обґрунтування своєї позиції [56, с. 74].

Михеєнко М.М. у свою чергу зазначив, що це діяльність суб'єктів кримінального процесу, що полягає у збиранні, перевірці й оцінці доказів, а також формулюванню доводів для їх обґрунтування [49, с. 11].

Доказування слід розглядати як одну з форм практичної діяльності в процесі регулювання суспільних відносин, яка полягає у збиранні, дослідженні, оцінці і використанні інформації, котра за певних умов, визначених процесуальним законом, набуває статусу юридичних доказів. У процесі доказування виявляються зв'язки між явищем, що вивчається, та фактами, які його пояснюють, і ці зв'язки дають змогу переконатися в істинності того чи іншого припущення [27, с. 8].

На нашу думку, найбільш вдале тлумачення поняття доказування надали Грошевий Ю.М., Стахівський С.М., вказавши, що доказування – це передбачена законом діяльність суб'єктів кримінального процесу, яка зводиться до збирання, перевірки й оцінки доказів, прийняття процесуальних рішень для їх мотивування [28, с. 12].

Отже, вищезазначені науковці виділяють три основні структурні елементи доказування: предмет, суб'єкт та етапи доказування.

Для більш детального розкриття поняття доказування необхідно зупинитись на кожному з вказаних елементів.

Першим із таких елементів є предмет доказування, який визначено у ст. 91 КПК України, за своєю суттю має загальний характер, оскільки стосується кожного кримінального провадження та будь-якого кримінального правопорушення.

Згідно з приписами ст. 91 КПК України у кримінальному провадженні підлягають доказуванню:

- 1) подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення);
- 2) винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення;
- 3) вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат;
- 4) обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи



пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження;

5) обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання;

6) обставини, які підтверджують, що гроші, цінності та інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна, або призначалися (використовувалися) для схиляння особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи винагороди за його вчинення, або є предметом кримінального правопорушення, у тому числі пов'язаного з їх незаконним обігом, або підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення;

7) обставини, що є підставою для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру [45].

Водночас, перелік обставин, які підлягають доказуванню може бути розширено залежно від виду кримінального правопорушення. Так, у провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів органам, що уповноважені на здійснення досудового розслідування також необхідно встановити джерело походження предметів, які вилучені законом з обігу, їх вид, розмір, причини та умови, які сприяли вчиненню кримінального правопорушення, а також мотив, мету, умисел особи, що знаходить своє відображення у постанові Пленуму Верховного Суду України № 4 від 26.04.2002 «Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» [79].

Загалом під час досудового розслідування уповноважені суб'єкти доказування зобов'язані виявити не тільки обставини, які викривають особу, але й ті, що виправдовують, надавши їм належну правову оцінку.

Крім того, як дивно це не звучало, для даної категорії кримінальних проваджень доказуванню підлягає доведення відсутності провокації на вчинення

кримінального правопорушення зі сторони правоохоронних органів під час фіксування збуту заборонених до обігу речовин.

Оскільки здобути в такий спосіб докази є недопустимими та не можуть бути використані під час прийняття процесуальних рішень.

Складність у доказуванні даного факту ще полягає у тому, що кримінальне та кримінальне процесуальне законодавство не містять визначення поняття провокація та її критерії, що у свою чергу призводить до формування на стадії досудового розслідування різної практики під час фіксації фактів збуту заборонених до обігу речовин, у тому числі і судової практики.

Законодавець також визначив обставини, що підлягають встановленню у кримінальному провадженні стосовно неповнолітніх (ст. 485 КПК) та неосудних осіб (ст. 505 КПК).

Для прикладу, стосовно неповнолітніх у кримінальному провадженні, крім загальних обставин, які визначені ст. 91 КПК України також необхідно з'ясувати: повні відомості про особу неповнолітнього; стан здоров'я та рівень розвитку особи; ставлення неповнолітнього до вчиненого ним діяння; умови життя та виховання неповнолітнього; наявність підбурювачів або інших співучасників кримінального правопорушення.

Під час досудового розслідування кримінальних проваджень щодо неосудних осіб необхідно встановити: наявність у особи розладів психічної діяльності чи психічної хвороби в минулому, а також на час вчинення суспільно небезпечного діяння або кримінального правопорушення; небезпечність особи внаслідок її психічного стану для самої себе та оточуючих; поведінка особи до вчинення суспільно небезпечного діяння або кримінального правопорушення і після нього.

Крім того, під час доказування збуту наркотичних засобів, необхідно врахувати, що у зв'язку з військовою агресією Російської Федерації на території нашої держави введено воєнний стан. Зокрема, наразі тривають активні бойові дії, значна територія перебуває у тимчасовій окупації, велика кількість полених.

На даний час, правоохоронні органи орієнтовані у першу чергу на виконання завдань воєнного стану (протидія військовій агресії країни окупанта, шпигунській, колабораційній діяльності тощо), що загалом впливає на виявлення та фіксування збуту наркотичних засобів. У свою чергу, особи, які займаються забороненою діяльністю, стали значно обережніші, дивлячись на воєнний стан та його обмеження.

Значення предмета доказування полягає в тому, що він забезпечує повне, всебічне та неупереджене дослідження всіх обставин кримінального провадження.

Отже, предмет доказування – це сукупність визначених законом обставин, які необхідно встановити та дослідити у кримінальному провадженні.

Загалом об'єктами, які мають доказове значення для кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом заборонених до обігу речовин, є:

- наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги;
- ваги, у тому числі електронні, за допомогою яких здійснюється визначення маси заборонених до обігу речовин;
- предмети, за допомогою яких вживаються наркотичні засоби (шприці, голки, самокрутки, фольга тощо);
- обладнання для виготовлення наркотичних засобів;
- пакувальні матеріали для зберігання заборонених до обігу речовин (паперові згортки, полімерні пакетики тощо);
- грошові кошти або інші цінності, отримані за продаж наркотичних засобів;
- технічні прилади (комп'ютер, мобільний телефон, флеш-носії тощо), на яких може міститися інформація про незаконну діяльність.

Крім того, характерними у процесі доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом заборонених до обігу речовин, є обов'язкове залучення експерта для проведення експертизи матеріалів, речовин та виробів. Завданням даної експертизи є ідентифікація наданих на дослідження речовин.

За результатами проведення експертизи, у разі встановлення в наданих на дослідження речовинах наркотичних засобів, та за наявності відповідних доказів

слідчий, прокурор матиме всі підстави для повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення.

Таким чином, експертиза у даній категорії кримінальних проваджень має вагоме значення, від якої залежить перспектива закінчення досудового розслідування в одній із форм, визначених ч. 2 ст. 283 КПК України.

Наступним не менш важливим елементом кримінального процесуального доказування є суб'єкт доказування.

Відповідно до положень КПК України сторона обвинувачення та сторона захисту є суб'єктами кримінального процесуального доказування.

Так, кримінальний процесуальний закон (п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК України) до сторони обвинувачення відносить: слідчого, дізнавача, керівника органу досудового розслідування, керівника органу дізнання, прокурора, а також потерпілого, його представника та законного представника у випадках, визначених КПК України.

До сторони захисту слід віднести: підозрюваного, осіб, відносно яких передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, а також їх захисників чи законних представників.

Водночас, діючий КПК України передбачає й інших учасників кримінального провадження, які в межах процесуального статусу мають право подавати докази.

Зокрема, брати участь у доказуванні також наділені: цивільний позивач (ст. 61 КПК України), цивільний відповідач (ст. 62 КПК України), їх представники (ст. 63 КПК України), законний представник цивільного позивача (ст. 64 КПК України), представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (ст. 64-1 КПК України), третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт (ст. 64-2 КПК України). Зазначені суб'єкти залежно від їх статусу у кримінальному провадженні, що визначено КПК України, мають відповідні права та інтереси.

Крім того, до суб'єктів доказування також слід віднести оперативні підрозділи відповідних правоохоронних органів, які за дорученням слідчого та прокурора наділені правом проводити С(Р)Д та НС(Р)Д.

Права оперативних підрозділів регламентовано ст. 41 КПК України. Зокрема, під час виконання письмових доручень слідчого та прокурора співробітники оперативного підрозділу користуються повноваженнями слідчого та не можуть за власною ініціативою проводити процесуальні дії та звертатися з відповідними клопотаннями до слідчого судді чи прокурора.

Таким чином, повноваження оперативного підрозділу, в частині проведення процесуальних дій, обмежено письмовим дорученням слідчого або прокурора, яке є обов'язковим до виконання.

Як правило, обов'язок доказування покладається на слідчого та прокурора, а у разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді, обов'язок доказування покладається на потерпілого. Що стосується належності та допустимості доказів, то цей обов'язок покладається на сторону, яка їх надає.

Слідчий як і прокурор є самостійними у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку сторонніх осіб забороняється.

Закріплення в діючому КПК України такої засади кримінального провадження, як змагальність сторін, надало сторонам самостійно відстоювати свої права та інтереси у спосіб, визначений КПК України.

Тобто, сторона захисту має рівні права зі стороною обвинувачення на збирання доказів у кримінальному провадженні шляхом витребування та отримання відповідних доказів від підприємств, установ, організацій, ініціювання проведення С(Р)Д, НС(Р)Д та інших процесуальних дій тощо.

Ініціювання стороною захисту проведення процесуальних дій здійснюється шляхом надання відповідних клопотань слідчому та/або прокурору. Відмова у їх задоволенні може бути оскаржена слідчому судді.

Таким чином, сторона захисту наділена широким колом повноважень щодо збирання доказів, а також відповідними гарантіями, що стосуються захисту зазначених прав.

Отже, суб'єкти доказування беруть участь у накопиченні доказів кримінального провадження, за результатами яких приймаються відповідні процесуальні рішення.

Що ж стосується місця суду у процесі доказування, то серед процесуалістів існують різні точки зору з цього питання.

На думку Вапнярчука В.В., Орлова Ю.К., Левченка О.В., суд є суб'єктом доказування, оскільки здійснює провадження у справі та має за мету встановити істину [8, с. 166].

У той же час Белкін А.Р. вважав, що суд знаходиться над сторонами кримінального провадження, він здійснює правосуддя, але не здійснює доказування, і лише на стадії судового розгляду він досліджує та оцінює докази, які надані сторонами процесу [96, с. 26].

Тому, на наш погляд, правильною є думка процесуалістів, які не відносять суд до суб'єктів доказування. Адже під час досудового розслідування діяльність компетентних органів спрямована на збирання, перевірку та оцінку доказів з метою встановлення обставин, які підлягають доказуванню.

З системного аналізу положень КПК України встановлено, що суд не здійснює збирання доказів, а тільки перевіряє та оцінює їх на предмет належності, допустимості, достовірності та достатності, які надані сторонами під час судового розгляду кримінального провадження.

У той же час, визначена КПК України засада змагальності сторін не забороняє суду, у випадках, визначених цим Кодексом, здійснювати перевірку доказів, які надані сторонами кримінального провадження.

Так, з аналізу положень КПК України суд самостійно має право:

1) своєю ухвалою доручити проведення експертизи, якщо надані сторонами кримінального провадження висновки суперечать один одному, а їх розбіжності не усунуті шляхом допиту експертів, або висновок експерта суперечить матеріалам справи або викликає сумніви в його правильності;

2) викликати експерта для роз'яснення його висновку або призначити одночасний допит експертів з метою з'ясування причин розбіжностей в їхніх висновках з аналогічних питань;

3) ставити запитання спеціалісту у будь-який час дослідження доказів.

Такі повноваження суду не є порушенням принципу змагальності сторін, а спрямовані безпосередньо на об'єктивне та неупереджене з'ясування обставин вчинення кримінального правопорушення.

Таким чином, суд виступає гарантом реалізації сторонами їхніх прав у кримінальному провадженні та виконує функції арбітра під час доказування ними своїх позицій в судовому засіданні.

Крім того, характеризуючи суб'єктів доказування, необхідно звернути свою увагу на новий вид суб'єкта, який введений законодавцем в діючий КПК України та відіграє важливу роль на етапі досудового розслідування.

З прийняттям КПК України 2012 року законодавцем введено новий інститут слідчого судді.

Слідчим суддею може бути суддя суду першої інстанції, який обирається загальними зборами суддів зі складу суддів цього суду, а також голова чи за його визначенням суддя апеляційного суду у випадках, визначених КПК України.

Законодавець надає слідчому судді широке коло повноважень на стадії досудового розслідування. Зокрема, надання дозволів на проведення окремих С(Р)Д та НС(Р)Д, обрання, зміна чи скасування запобіжних заходів, розгляд скарг на дії чи бездіяльність слідчого, прокурора тощо.

Отже, основною функцією слідчого судді є здійснення судового контролю за дотриманням прав та інтересів осіб у кримінальному провадженні на етапі досудового розслідування.

Наступним елементом доказування є його етапи.

У ч. 2 ст. 91 КПК України законодавцем передбачено три етапи доказування: збирання, перевірка та оцінка доказів.

Однак, у науковій літературі існують різні думки відносно цих етапів.

Азаров Ю.І., Лобойко Л.М., крім визначених законом, вказують ще на два такі етапи, як побудова (висунення) та динамічний розвиток версій; обґрунтування висновків у справі [1, с. 100; 46, с. 119].

Тертишник В.М. виділив такі етапи, як збирання, дослідження, перевірка, оцінка та використання доказів [107, с. 66].

Крім наведених точок зору існують й інші, які обумовлюють тільки два етапи доказування: збирання та використання доказів [48, с. 283].

Не вдаючись до дискусій науковців, розглянемо три етапи, які визначено КПК України.

Збирання доказів є початковим етапом доказування, що здійснюється відповідно до положень закону сторонами кримінального провадження, потерпілим та представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження.

Орієнтовний перелік способів збирання доказів стороною обвинувачення визначено ст. 93 КПК України: 1) проведення С(Р)Д та НС(Р)Д; 2) витребування та отримання від органів державної влади, місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, висновків експертів, ревізій та інших відомостей; 3) проведення інших процесуальних дій, визначених КПК України.

У той же час, реалізація вказаного права сторонами не однакова. Для прикладу, основним способом збирання доказів стороною обвинувачення є проведення С(Р)Д та НС(Р)Д, водночас сторона захисту, потерпілий, а також представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження можуть тільки ініціювати їх проведення шляхом подання слідчому, прокурору відповідного клопотання, розгляд якого здійснюється відповідно до вимог ст. 220 КПК України. Гарантією дотримання прав вказаних суб'єктів від необґрунтованої відмови у задоволенні клопотання, є можливість оскарження слідчому судді відповідну постанову слідчого або прокурора.

Крім того, сторони кримінального провадження мають право отримати від осіб письмові пояснення, які не є джерелом доказів. Водночас, зазначені



пояснення сторона захисту може використовувати під час мотивування свого клопотання, заявленого слідчому або прокурору.

Найбільш поширеним способом збирання доказів є проведення С(Р)Д, а у випадках неможливості їх отримати в інший спосіб, у тяжких та особливо тяжких злочинах, проводяться НС(Р)Д. Вимоги, порядок та підстави їх проведення регламентовано відповідними розділами КПК України.

Згідно вимог кримінального процесуального закону С(Р)Д проводяться лише після внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР), за винятком огляду місця події та здійснення розслідування правопорушення на морському чи річковому судні, що знаходиться за межами України. Зокрема, для з'ясування обставин вчинення кримінального проступку до внесення відомостей до ЄРДР може бути: відібрано пояснення; проведено медичне освідування; отримано висновок спеціаліста і знято показання технічних приладів та технічних засобів; вилучено знаряддя і засоби вчинення кримінального проступку, речі і документи, що є безпосереднім предметом кримінального проступку [45].

Згідно з ч. 8 ст. 223 КПК України С(Р)Д не можуть проводитись після закінчення строків досудового розслідування, які визначені ст. 219 КПК України, за винятком їх проведення за дорученням суду, яке надано відповідно до ч. 3 ст. 333 КПК України.

Здійснення процесуальних дій поза межами строків досудового розслідування є підставою для визнання доказів недопустимими [45].

Загалом збирання доказів, залежно від способу їх отримання, можна поділити на дві частини: 1) безпосередня діяльність слідчого, прокурора під час якої збираються докази, тобто активна сторона їх діяльності; 2) отримання відомостей від підприємств, установ, організацій, фізичних осіб, виконання доручень оперативними підрозділами тощо, тобто пасивна діяльність слідчого, прокурора.

Таким чином, збирання доказів є не тільки правом, але і обов'язком уповноважених суб'єктів на здійснення досудового розслідування кримінального

провадження, що повинно привести до встановлення обставин вчинення кримінального правопорушення.

Наступним, не менш важливим, етапом доказування є перевірка доказів.

Діючий КПК України, для порівняння, на відміну від КПК Молдови не містить визначення перевірка доказів.

Так, у ст.ст. 99, 100 КПК Молдови зазначено, що зібрані докази перевіряються та оцінюються органом кримінального переслідування або судовою інстанцією. Усі зібрані у кримінальній справі докази підлягають ретельній, всебічній та об'єктивній перевірці. Перевірка доказів полягає в аналізі зібраних доказів, зіставленні їх з іншими доказами, збиранні нових доказів та перевірці джерела їх походження відповідно до вимог кодексу у вигляді відповідних методів доказування [109].

В першу чергу, докази перевіряються суб'єктами, які уповноважені на прийняття відповідних процесуальних рішень у кримінальному провадженні.

Для перевірки доказів слідчий, прокурор має право проводити будь-які слідчі та процесуальні дії. Наприклад, слідчий експеримент, пред'явлення особи для впізнання тощо.

Для порівняння, не містить поняття перевірка доказів і КПК Грузії, в якому як і в КПК України наявна ст. 82 (оцінка доказів), яка за своєю конструкцією схожа на законодавство нашої держави [108].

Так, Лобойко Л.М. вказує, що докази перевіряються шляхом: 1) детального дослідження характеристик кожного доказу; 2) проведення процесуальних дій та 3) логічним шляхом [46, с. 120].

Загалом перевірка проводиться з метою підтвердження чи спростування доказів, які здобуті у процесі доказування.

Перевірка як елемент процесу доказування має місце на всіх стадіях кримінального судочинства й тісно пов'язана зі збиранням та оцінкою доказів, їх процесуальних джерел. Вона здійснюється шляхом проведення нових чи додаткових С(Р)Д за результатами логічного аналізу й дослідження змісту кожного доказу окремо та їх зіставлення з іншими доказами в кримінальному

провадженні. Проте одна й та сама С(Р)Д за різних обставин справи та на різних етапах досудового розслідування може бути спрямована як на отримання нових доказів, так і на перевірку вже отриманих [37, с. 279].

Якісне проведення перевірки буде залежати від того, яку кількість доказів зібрано у провадженні, оскільки кримінальний процес, крім швидкого і повного розслідування покладає на прокурора, слідчого ще й обов'язок всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження.

Ще одним етапом доказування є оцінка доказів.

Зазначений етап не можна назвати простим процесом, під час якого слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд, керуючись своїм внутрішнім переконанням визначає, які докази необхідно приймати до уваги, а які слід відкинути як такі, що не відповідають загальним принципам доказового права та кримінального судочинства в цілому.

Виходячи з аналізу положень ст. 94 КПК України правом оцінювати докази під час досудового розслідування наділені – слідчий, прокурор та слідчий суддя, а під час судового розгляду – суд.

Кожен доказ повинен бути оцінений з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення [45].

Оцінка належності доказу полягає у підтвердженні обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. Вказані докази можуть бути прямими або непрямими.

Належні докази за своїм змістом повинні вказувати на обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, загальний перелік яких визначено ст. 91 КПК України.

Вимога допустимості доказів визначена у ч. 3 ст. 62 КУ, де зазначено, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь [42].

Оцінюючи доказ з точки зору допустимості суб'єкт доказування повинен з'ясувати такі питання:

- 1) законність процесуального джерела доказів, що визначено ч. 2 ст. 84 КПК України;
- 2) чи не було допущено порушень під час отримання доказів;
- 3) процесуальне оформлення фіксації ходу та результатів проведення процесуальної дії у кримінальному провадженні;
- 4) уповноважений суб'єкт на проведення процесуальних дій.

Крім цього, кожен доказ потребує оцінки на предмет його достовірності. Достовірним є доказ, якщо відомості, що відображаються в ньому, відповідають дійсності. Оцінюючи доказ за вказаним критерієм, суб'єкт доказування повинен проаналізувати відомості, що містяться в конкретному процесуальному джерелі та порівняти його з іншим процесуальним джерелом.

Достатність є властивістю доказу, що дає змогу слідчому, прокурору, слідчому судді та суду під час дослідження сукупності доказів прийняти відповідне процесуальне рішення у кримінальному провадженні.

Отже, можна дійти висновку, що оцінка доказів має місце на всіх стадіях кримінального провадження.

Суттєве значення для кримінального провадження є те, що жоден доказ не має наперед встановленої сили (ч. 2 ст. 94 КПК України) [45].

Закон встановлює, що докази оцінюються уповноваженими суб'єктами за їх внутрішнім переконанням, тобто їх висновки ґрунтуються виключно на власних позиціях, які не залежать від будь-якого стороннього впливу.

Під поняттям внутрішнього переконання розуміють «впевненість судді, прокурора, слідчого в тому, що вони правильно оцінили всі наявні у справі засоби доказування та всі встановлені у справі факти, що правильним є отриманий висновок з усіх питань, які виникли у кримінальній справі, яка розслідується і розглядається» [111, с. 90].

У той же час, висновки слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, що зроблені за результатами оцінки доказів мають бути відображені у процесуальних

рішеннях (повідомленні особі про підозру, обвинувальному акті, ухвалі, вироку тощо), які породжують відповідні наслідки. Крім цього, вони повинні бути зрозумілими для учасників кримінального провадження, фізичних та юридичних осіб, яких ці рішення стосуються.

Традиційно мета доказування полягає у встановленні об'єктивної істини у кримінальному провадженні та залежно від результатів доказування вона може бути, як позитивною так і негативною для сторін.

Умови сучасного кримінального процесу вимагають від суб'єктів доказування оперативності здійснення досудового розслідування.

У першу чергу, це зумовлено Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 2147-VIII від 03.10.2017, яким внесено зміни до ст. 219 КПК України, що стосуються строків досудового розслідування [84].

Безперечно, зміни до КПК України мали єдину мету – наблизити кримінальний процес до міжнародних стандартів доказування.

Законодавцем визначено, що строки досудового розслідування обраховуються з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР або винесення постанови про початок досудового розслідування у порядку, визначеному ст. 615 КПК України, а не з дня повідомлення особі про підозру, як було зазначено у попередній редакції закону та завершуються зверненням до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності або закриття кримінального провадження.

Проте вказана норма стосується не всіх проваджень. Так, відповідно до частини 2 глави 2 розділу 4 «Прикінцевих положень» вищенаведеного закону вказані норми застосовуються лише до справ, відомості про кримінальні правопорушення по яким внесено до ЄРДР після введення цих змін в дію.

Законодавцем визначено, що строк досудового розслідування з моменту внесення відомостей до ЄРДР до дня повідомлення про підозру становить: 12 місяців – у кримінальному провадженні щодо нетяжкого злочину; 18 місяців – у кримінальному провадженні щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину. У той же час, досудове розслідування повинно бути закінчено, в залежності від випадків, протягом 72 годин, 20 діб або упродовж одного місяця з дня повідомлення про підозру у вчиненні кримінального проступку та упродовж двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні злочину [45].

Внесення відповідних змін насамперед пов'язано з дотриманням розумних строків проведення процесуальних дій та прийняття рішень під час досудового розслідування.

Таким чином, законодавцем залежно від тяжкості кримінального правопорушення встановлено строки досудового розслідування, упродовж яких проводяться С(Р)Д та інші процесуальні дії, незалежно від того, повідомлено особі про підозру чи ні.

У разі закінчення вказаних строків, останні поновленню не підлягають, а проведення С(Р)Д та інших процесуальних дій поза їх межами є істотним порушенням вимог КПК України, та є підставою для визнання доказів недопустимими.

Саме на слідчого та прокурора покладено обов'язок закрити кримінальне провадження, якщо жодній особі не було повідомлено про підозру, а строки, що визначені ст. 219 КПК України, закінчились.

У той же час, на період дії воєнного стану, у кримінальних провадженнях, в яких жодній особі не було повідомлено про підозру на дату введення воєнного стану, строк від зазначеної дати до дати припинення чи скасування воєнного стану не зараховується до загальних строків, визначених ст. 219 КПК України [45].

Отже, органи, що уповноважені на здійснення досудового розслідування, обмежені часовими межами на здійснення своєї процесуальної діяльності, яка полягає у збиранні, оцінці, перевірці та прийнятті за їх результатами відповідних

процесуальних рішень, що на нашу думку, зважаючи на кількість кримінальних проваджень, які перебувають в одного слідчого, не сприяє ефективності досудового розслідування та виконанню завдань кримінального провадження, визначених ст. 2 КПК України.

Водночас законодавець не обмежує слідчого, прокурора на продовження вказаних строків, але на те повинні бути вагомі підстави.

Аналізуючи положення КПК України, можемо констатувати, що строк досудового розслідування може бути неодноразово продовжений слідчим суддею за клопотанням слідчого або прокурора. У той же час, зазначене клопотання з поміж іншого повинно містити відомості про обставини, які перешкоджали здійснити відповідні процесуальні дії до закінчення строку досудового розслідування.

На наш погляд, процес доказування має нову елементну структуру, до якої ми включаємо діяльність сторін кримінального провадження, яка обмежена у часі процесуальними строками.

Таким чином, доказування – це встановлена нормами КПК України діяльність сторін кримінального провадження, яка обмежена у часі процесуальними строками, що полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження, та відображено у відповідних процесуальних рішеннях.

Підсумовуючи вищевикладене, можемо констатувати, досудове розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів є складним, тривалим процесом, що вирізняється особливим предметом доказування.

## Висновки до першого розділу

Дослідження теоретичних засад поняття доказу та доказування у кримінальному провадженні дозволило сформулювати такі основні висновки:

1. Основна робота уповноважених суб'єктів доказування під час досудового розслідування спрямована на збирання, перевірку та оцінку доказів.

До ключових джерел доказів у кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів слід віднести речові докази та висновки експертів. Важливим під час досудового розслідування даної категорії кримінальних правопорушень є вилучення об'єктів незаконного обігу та правильне їх процесуальне оформлення, у порядку визначеному КПК України.

Саме сукупність зібраних доказів у кримінальному провадженні та їх правильна оцінка слідчим, прокурором, слідчим суддею та судом дає змогу зробити відповідні висновки та прийняти окремі процесуальні рішення.

Водночас, помилки, які допущені суб'єктами доказування під час дослідження та оцінки доказів, можуть спричинити прийняття хибного рішення та порушити права учасників кримінального провадження.

2. На підставі зібраних у кримінальному провадженні доказів роблять висновок про наявність чи відсутність події кримінального правопорушення, винуватість чи невинуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення та встановлення інших обставин, передбачених КПК України, що мають значення для прийняття відповідного рішення.

Досудове розслідування досліджуваної категорії кримінальних правопорушень характеризується особливим предметом доказування – наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги.

Від ефективної роботи з доказами суб'єктів, які здійснюють досудове розслідування, залежить ступінь захисту прав, свобод та інтересів учасників кримінального провадження та виконання завдань кримінального провадження.

3. Принцип безпосередності дослідження показань вимагає від суду отримувати їх від учасників кримінального провадження тільки усно, крім



випадків, передбачених ст.ст. 225, 615 КПК України. Суд не має право обґрунтовувати свої рішення показаннями, які надавалися слідчому або прокурору.

Слід зауважити, що положення КПК України в цій частині потребують удосконалення. Необхідно внести зміни та доповнення в ч. 4 ст. 95 КПК України, виклавши її в такій редакції:

«4. Суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у порядку, передбаченому статтею 225 цього Кодексу. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них.

При неявці в судове засідання потерпілого або свідка суд має право за клопотанням сторони кримінального провадження або за власною ініціативою прийняти рішення про оголошення раніше наданих ними показань під час досудового розслідування у випадках:

- 1) смерті потерпілого або свідка;
- 2) тяжкої хвороби, що унеможлиблює з'явлення особи на виклик в суд;
- 3) обставин непереборної сили (епідемії, військової події, стійні лиха або інші подібні обставини), що перешкоджають їх явці до суду;
- 4) якщо в результаті вжитих заходів встановити місцезнаходження потерпілого або свідка для виклику в судове засідання не виявилось можливим.

За наявності достатніх підстав неявки свідка або потерпілого у судове засідання суд повинен з'ясувати, чи були їх показання єдиним доказом для встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, та чи були достатні урівноважуючі фактори, які здатні забезпечити належну правову оцінку такого доказу та прийняти законні і неупереджені процесуальні рішення у кримінальному провадженні».

4. Внесення законодавцем змін до ст. 219 КПК України щодо обчислення строків досудового розслідування свідчить про появу нового структурного елементу доказування – обмежена у часі процесуальними строками діяльність суб'єктів доказування.

Зазначені положення закону спрямовані на забезпечення дотримання учасниками кримінального провадження розумних строків під час проведення С(Р)Д та прийняття процесуальних рішень з метою недопущення порушення законних прав та свобод потерпілого, підозрюваного, гарантованих чинним законодавством та міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

### Список публікацій здобувача до першого розділу

1. Помаз Я.О. Протокол допиту як доказ під час розгляду кримінального провадження в суді. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 9. С. 214-218.
2. Помаз Я.О. Поняття та сутність кримінального процесуального доказування. *Актуальні питання теорії та практики в галузі права, освіти, соціальних та поведінкових наук – 2020: матеріали міжнар. наук.- практ. конф.*(м. Чернігів, 23-24 квіт. 2020 р.). Чернігів, 2020. Т. 2. С. 219-222.
3. Помаз Я.О. Значення протоколу допиту свідка та/або потерпілого в доказуванні на стадії судового розгляду. *Юридичні науки: проблеми та перспективи: матеріали міжнар. наук.- практ. конф.* (м. Запоріжжя, 25-26 черв. 2021 р.). Запоріжжя, 2021. С. 77-81.

## РОЗДІЛ 2

# ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ ДОКАЗУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ЗІ ЗБУТОМ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ

### 2.1 Специфіка використання процесуальних дій під час досудового розслідування кримінальних проваджень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів

З 1 липня 2020 року набув чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» № 2617-VIII від 22 листопада 2018 року, яким внесено зміни до низки чинних нормативно-правових актів.

Зокрема, у КК України введено поняття кримінальне правопорушення, яке у свою чергу поділяється на злочин та кримінальний проступок. Таким чином, об'єктом кримінально-правового регулювання законодавцем визначено два види суспільно небезпечних діянь – кримінальний проступок та злочин.

Запровадженню інституту кримінальних проступків у КК України передувало запровадження в КПК України досудового розслідування кримінальних проступків.

Таким чином, рішення щодо виокремлення кримінальних проступків у КК України обумовлено необхідністю узгодження вказаних норм з нормами КПК України.

Згідно аналізу положень ст. 12 КК України кримінальним проступком є діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі, яке не перевищує трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або інше покарання, не пов'язане з позбавленням волі.

Крім того, законодавцем змінено класифікацію злочинів, які наразі поділяються на нетяжкі, тяжкі та особливо тяжкі.

Враховуючи санкції ст. 307 КК України, дана категорія кримінальних правопорушень відноситься до тяжких злочинів, а залежно від кваліфікації і до особливо тяжких злочинів.

Зокрема, досудове розслідування – це стадія кримінального провадження, яка розпочинається з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань та завершується в одній із форм, визначених ст. 283 КПК України.

За КПК України досудове розслідування здійснюється у формі досудового слідства та дізнання.

Досудове розслідування кримінальних проступків хоч і здійснюється за загальними правилами досудового розслідування, але має свої особливості: 1) здійснюється у коротші терміни (упродовж одного місяця з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку); 2) дозволяється проводити всі С(Р)Д, і деякі НС(Р)Д; 3) забороняється застосування деяких видів запобіжних заходів – застава, домашній арешт та тримання під вартою; 4) спрощений порядок розгляду обвинувального акта в суді.

Таким чином, збут наркотичних засобів, відповідальність за яке передбачена ст. 307 КК України належить до категорії кримінальних правопорушень, досудове розслідування яких здійснюється у формі досудового слідства.

У свою чергу досудове розслідування кримінальних проступків здійснюється у формі дізнання.

Незаконний обіг наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів становить небезпеку не тільки для окремих держав, але й для всієї світової спільноти. Надприбутки, які надходять від торгівлі наркотиками обумовлює їх розповсюдження на міжнародному рівні, а також залучення все більше осіб до цього незаконного «бізнесу».

Наразі незаконний обіг наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів на території України набув суспільного резонансу. Вказана проблема пронизала всі верстви населення, торкнулася майже всіх сфер життя.

Аналізуючи динаміку кримінальних правопорушень, передбачених ст. 307 КК України, можемо стверджувати, що факт розповсюдження наркотичних засобів набуває все більших масштабів та становить загрозу не тільки здоров'ю населення, але й державі в цілому. З огляду на зростання рівня злочинності потребує активізація досудового розслідування даної категорії проваджень.

Останнім часом рівень підготовки осіб, які займаються протиправною діяльністю зростає, а способи вчинення та методи конспірації удосконалюються, що значно ускладнює роботу правоохоронних органів по виявленню незаконного збуту заборонених до обігу речовин.

Основною рисою сучасного незаконного обігу наркотичних засобів є те, що йому притаманні високий професіоналізм й організованість, консолідація злочинного середовища у сфері незаконного обігу наркотичних засобів із виокремленням у ньому виконавчих, посередницьких, керівних (елітарних) ланок, розподіл сфер і зон впливу між окремими злочинними групами, що визначає існування й інтенсивний розвиток в Україні організованого наркобізнесу [52, с. 23].

Одним з основних напрямків протидії незаконному обігу наркотичних засобів на теренах України є діяльність правоохоронних органів, яка повинна бути направлена на виявлення та притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності. І тільки злагоджена робота правоохоронних органів, здатна забезпечити захист суспільства від цього негативного і дуже небезпечного явища, яке швидкими темпами поширюється світом та становить загрозу здоров'ю людей.

Відомості про незаконне розповсюдження наркотичних засобів можливо отримати шляхом проведення як С(Р)Д, так і НС(Р)Д, які направлені на збирання доказів.

Проведення відповідних С(Р)Д та НС(Р)Д, з метою фіксування протиправної діяльності осіб є складним процесом, що потребує витрачання чимало часу та неабияких знань і навичок працівників правоохоронних органів.

Під час здійснення досудового слідства даної категорії кримінальних проваджень дуже часто співробітники правоохоронних органів недооцінюють складність розслідування вказаної категорії кримінальних правопорушень. На практиці, часто це призводить до помилок у процесуальних документах, не встановлення всіх обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, що призводить до порушення загальних засад кримінального провадження.

На нашу думку, зважаючи на специфіку та складність даної категорії проваджень, основним інструментом доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, є НС(Р)Д.

Так, із прийняттям Верховною Радою України 13.04.2012 КПК України, законодавцем передбачено Главу 21 цього кодексу, де визначено загальні положення про НС(Р)Д: види, підстави та порядок їх проведення.

Запровадження інституту НС(Р)Д вже, на нашу думку, свідчить про складність доказування даної категорії кримінальних правопорушень.

Як вже було зазначено у попередньому підрозділі, НС(Р)Д – це різновид С(Р)Д, результати проведення яких використовуються у доказуванні на тих самих підставах, що і результати інших С(Р)Д.

До системи НС(Р)Д належать: аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260 КПК України); накладення арешту на кореспонденцію (ст. 261 КПК України); огляд і виїмка кореспонденції (ст. 262 КПК України); зняття інформації з електронних комунікаційних мереж (ст. 263 КПК України); зняття інформації з електронних інформаційних мереж (ст. 264 КПК України); обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267 КПК України); установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК України); спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269 КПК України); моніторинг банківських рахунків (ст. 269-1 КПК України); аудіо-, відеоконтроль місця (ст. 270 КПК України); контроль за вчиненням злочину (ст. 271 КПК України); виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої

групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК України); негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ст. 274 КПК України).

Варто зауважити, що переважна більшість НС(Р)Д проводиться у кримінальному провадженні виключно щодо тяжких або особливо тяжких злочинів за виключенням установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу та зняття інформації з електронних інформаційних систем або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем чи не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту.

Згідно положень КПК України НС(Р)Д проводяться у випадках якщо відомості про кримінальне правопорушення та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб.

Уведення у КПК України Глави 21, що стосується проведення НС(Р)Д, зосередило у руках слідчого весь комплекс С(Р)Д, які необхідні останньому для збирання доказів та надало можливість самостійно обирати заходи, які спрямовані на розкриття кримінальних правопорушень. Водночас, за КПК України 1960 року слідчий таких можливостей не мав.

Такі зміни у кримінальному процесуальному законодавстві, на нашу думку, повинні сприяти підвищенню ефективності досудового розслідування щодо виявлення і розкриття кримінальних правопорушень.

Приймати рішення про проведення НС(Р)Д наділений слідчий, прокурор, а у випадках, визначених КПК України – слідчий суддя, який ухвалює рішення за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором.

Згідно приписів ст. 93 КПК України НС(Р)Д є одним із способів збирання доказів [45].

У доказуванні результати НС(Р)Д використовуються виключно на тих підставах, що і результати С(Р)Д.

Відповідно до положень кримінального процесуального законодавства законодавцем встановлено строки проведення НС(Р)Д, а також фіксація їх ходу та результатів, яка повинна відповідати загальним правилам фіксації кримінальних проваджень, передбачених КПК України.



Так, законодавством визначено, що строк дії ухвали слідчого судді, якою надано дозвіл на проведення НС(Р)Д, не може перевищувати два місяці. За наявності підстав строк проведення НС(Р)Д може бути продовжено, але загальний строк їх проведення не може перевищувати строків досудового розслідування, передбачених ст. 219 КПК України.

Таким чином, строк проведення НС(Р)Д у кримінальному провадженні щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину не може перевищувати 18 місяців, а в кримінальному провадженні щодо нетяжкого злочину 12 місяців (стосується установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу та зняття інформації з електронних інформаційних систем).

Виключенням з цього правила, якщо НС(Р)Д проводиться з метою встановлення місцезнаходження особи, яка переховується від органів досудового розслідування чи суду та оголошена в розшук, то така НС(Р)Д може тривати до встановлення місцезнаходження вказаної особи.

Рішення про продовження строку проведення НС(Р)Д може прийняти прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий суддя тощо у порядку, визначеному КПК України.

Зокрема, процесуальним законодавством визначено певні заходи щодо захисту інформації, отриманої внаслідок проведення НС(Р)Д: 1) відомості, які отримані у результаті проведення НС(Р)Д та не мають значення для кримінального провадження, повинні бути за рішенням прокурора невідкладно знищені. Зокрема, знищення таких відомостей або документів здійснюється виключно у присутності прокурора; 2) використання інформації, отриманої внаслідок НС(Р)Д в іншому кримінальному провадженні можливо лише тільки на підставі ухвали слідчого судді; 3) забороняється використання НС(Р)Д не для цілей, пов'язаних з кримінальним провадженням.

Згідно приписів КПК України правом на проведення НС(Р)Д наділені слідчий або за його письмовим дорученням – уповноважені оперативні підрозділи Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, органів Державного бюро розслідувань, органів Бюро економічної

безпеки України, органів, установ виконання покарань та слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, органів Державної прикордонної служби України.

Крім того, законодавцем передбачено залучення за рішенням слідчого або прокурора до проведення НС(Р)Д й інших осіб.

Варто зауважити, що повноваження співробітників уповноважених оперативних підрозділів обмежені письмовим дорученням слідчого та/або прокурора, тобто вони не мають право проводити С(Р)Д або НС(Р)Д за власною ініціативою або звертатися з відповідними клопотаннями до прокурора чи слідчого судді. Порушення порядку здійснення процесуальних дій є безумовною підставою для визнання здобутих у такий спосіб доказів недопустимими [61, с. 348].

Зокрема, у кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, розповсюдженням є проведення таких С(Р)Д та процесуальних дій: обшук житла та іншого володіння особи; огляд місцевості, приміщення, речей; огляд місця події; освідування особи; затримання особи; допит свідків; призначення експертизи матеріалів, речовин та виробів; проведення слідчого експерименту.

Водночас, не дивлячись на те, що законодавцем передбачено значний перелік С(Р)Д, вважаємо, що все ж таки НС(Р)Д є більш ефективними засобами виявлення та фіксування фактів незаконного збуту заборонених до обігу речовин.

У той же час, це ніяким чином не зменшує значимість С(Р)Д. Загалом, вибір тих чи інших процесуальних дій для фіксування злочинної діяльності особи залежить від конкретної ситуації: способу збуту наркотичних засобів, особи злочинця тощо.

З практичної точки зору аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з електронних комунікаційних мереж та спостереження за особою, річчю або місцем у комплексі з контролем за вчиненням злочину є найбільш дієвими заходами щодо виявлення та фіксації осіб, які займаються незаконним збутом заборонених до обігу речовин.

Нашу думку розділяють опитані слідчі, адвокати, прокурори та судді. Так, серед опитаних 34 % вважають контроль за вчиненням злочину, як найбільш ефективну НС(Р)Д щодо фіксації збуту заборонених до обігу речовин; 33 % – аудіо-, відео контроль особи; 15 % – зняття інформації з електронних комунікаційних мереж (транспортних телекомунікаційних мереж); по 7 % – спостереження за особою, річчю або місцем та допит свідків; 4 % – аудіо-, відеоконтроль місця.

Дані результати вкотре підтверджують значення НС(Р)Д в доказуванні даної категорії кримінальних правопорушень та водночас свідчать про складність у доказуванні даної категорії кримінальних проваджень.

Отже, зупинимось у першу чергу більш детально на вказаних НС(Р)Д, з'ясуємо їх значення у системі доказів під час доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

Враховуючи практику ЄСПЛ та національних судів щодо провокації вчинення кримінального правопорушення вважаємо, що саме вищенаведені НС(Р)Д, які проводяться на початкових етапах досудового розслідування є вагомим доказом підтвердження незаконної діяльності особи та достатнім підґрунтям для прийняття прокурором процесуального рішення про проведення контролю за вчиненням злочину.

У кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, незаконну діяльність осіб не можливо цілком задокументувати без проведення такої НС(Р)Д, як аудіо-, відеоконтроль особи. Результати її проведення надають змогу суб'єктам доказування зібрати відповідну інформацію про протиправну діяльність осіб та змалювати об'єктивну картину злочинної діяльності.

Відповідно до положень ст. 260 КПК України аудіо-, відеоконтроль особи є різновидом втручання у приватне спілкування, яке проводиться без її відома на підставі ухвали слідчого судді, якщо є достатні підстави вважати, що розмови цієї особи або інші звуки, рухи, дії, пов'язані з її діяльністю або місцем перебування

тощо, можуть містити відомості, які мають значення для досудового розслідування [45].

Аудіо-, відеоконтроль особи може проводитись одномоментно, тобто у визначений проміжок часу або упродовж всього часу, зазначеного в ухвалі слідчого судді.

З практичної точки зору зазначений вид НС(Р)Д переважно проводиться під час контролю за вчиненням злочину, тобто під час безпосереднього документування злочинної діяльності особи.

Зокрема, періодичність проведення аудіо-, відео контролю особи залежить від рішення слідчого та/або прокурора, способу вчинення кримінального правопорушення тощо.

Таким чином, органи досудового розслідування не повністю використовують можливості аудіо-, відеоконтролю особи, що з урахуванням практики національних судів, яку ми розглянемо у даному підрозділі, породжує певні проблеми під час доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.

У контексті викладеного вивчено судову практику національних судів, що стосується проведення аудіо-, відеоконтролю особи, використання їх результатів у кримінальному провадженні та встановлено певні проблеми, які в подальшому під час розгляду кримінального провадження в суді впливають на процес доказування кримінальних правопорушень зазначеної категорії.

На наш погляд, важливим є визначення під час досудового розслідування єдиних критеріїв щодо фіксації ходу і результатів НС(Р)Д.

Наявність певних неузгодженостей (суперечностей), які виникають вже під час судового розгляду кримінального провадження можливо у більшій мірі пов'язано з неоднаковою судовою практикою, яка склалась на території держави та впливає на допустимість доказів, отриманих під час досудового розслідування.

Для прикладу, у вирокі Святошинського районного суду м. Києва від 01.03.2017 (справа № 759/10542/15-к) зазначено, що у матеріалах кримінального провадження відсутні відомості про вручення та вилучення у

особи, яка проводила оперативну закупку заборонених до обігу речовин, відповідних технічних засобів фіксації збуту наркотичних засобів [21].

Аналогічні за своїм змістом порушення встановлені Ковпаківським районним судом м. Сум (вирок від 13.08.2020, справа № 592/5766/18). Суд, перевіряючи доводи сторони захисту щодо очевидної недопустимості доказів констатував, що у матеріалах кримінального провадження відсутні відомості про технічні засоби, які фіксували процес оперативної закупки, а також відсутня інформація щодо спорядження такими засобами фіксації закупника [17].

Відповідно до вироку Болехівського міського суду Івано-Франківської області від 17.01.2019 обвинуваченого визнано невинуватим та виправдано за недоведеністю вчинення ним кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК України. Суд, ухвалюючи судове рішення, з поміж іншого зазначив, що для фіксації оперативної закупки використовувались спеціальні технічні засоби, але матеріали кримінального провадження не містять протоколи вручення покупцю технічних засобів для проведення аудіо-, відео фіксації збуту наркотичних засобів [10].

Також, в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12.09.2017 (справа № 759/1092/15-к) суд вказав як на недоліки те, що у матеріалах кримінального провадження відсутні додатки до протоколів про результати контролю за вчиненням злочину як протоколи (акти) на підтвердження вручення та вилучення у особи аудіо-, відеозаписувальних спеціальних технічних засобів із зазначенням характеристик цих засобів та носіїв інформації для фіксації розмов та дій, що підтвердили б протиправну діяльність особи, так і протоколи (акти) огляду покупця, вручення грошових коштів (походження коштів) та медичних шприців [117].

У свою чергу зовсім протилежною є позиція апеляційного суду Чернівецької області (ухвала від 09.02.2017, справа № 727/6661/15-к), де суд визнав надуманими апеляційні доводи обвинуваченого про те, що суду не надано і відсутні у матеріалах кримінального провадження протоколи огляду та вручення особі технічних та інших засобів спецтехніки, якими фіксувались НС(Р)Д з

обов'язковим зазначенням їх виду та номеру, який складається при врученні відповідних технічних засобів: звуко- та відео записуючої апаратури особі, а також відповідні протоколи вилучення цих засобів. Суд вказав, що такі доводи скаржників не відповідають вимогам кримінального процесуального законодавства України. Оскільки, ні КПК України, ні іншими нормативно-правовими актами, які регулюють питання проведення НС(Р)Д, не передбачено обов'язку складання таких протоколів [112].

Така різноманітна судова практика значно ускладнює на стадії досудового розслідування діяльність правоохоронних органів під час документування збуту наркотичних засобів, а норми закону повинні застосовуватись всіма однаково.

Не зовсім правильною і аргументованою з даного приводу є позиція Бортуна М.І., який зазначає, що походження таких протоколів, як протокол вручення та вилучення в особи технічних засобів, протокол огляду покупця, протокол вручення грошових коштів тощо, які складаються під час проведення НС(Р)Д, не відповідає вимогам закону. Відомості щодо оформлення та використання відповідних засобів необхідно зазначати у загальному протоколі про хід та результати конкретного виду НС(Р)Д [6, с. 43].

Не погоджуємось з думкою вченого в частині того, що кримінальним процесуальним законодавством не передбачено вищезгадані протоколи, виходячи з наступного.

Кожна процесуальна дія слідчого або прокурора повинна бути відображена у процесуальному документі, який є частиною матеріалів кримінального провадження.

Проаналізувавши положення ст.ст. 103-105 КПК України можна зробити висновок, що хід і результати С(Р)Д та НС(Р)Д фіксуються у протоколі, який може містити відповідні додатки, у тому числі, у вигляді аудіо-, відеозапису процесуальної дії.

У той же час, нині діючий КПК України не передбачає ні вичерпного переліку видів протоколів, ні обмежень щодо їх складання, а містить тільки форми фіксування кримінального провадження, а тому вручення та вилучення в

особи технічних засобів, огляд покупця, вручення грошей тощо є процесуальними діями та можуть бути відображені у самостійних протоколах, якщо прокурор або слідчий вважатиме це за доцільне.

Водночас слушною є думка вченого щодо відображення у загальних протоколах НС(Р)Д відомостей про вручення або вилучення в особи технічних засобів фіксації процесуальної дії.

Вважаємо, що саме з моменту вручення особі, яку залучено до конфіденційного співробітництва, технічних засобів фіксації розпочинається НС(Р)Д – аудіо-, відеоконтроль особи та завершується вилученням в особи відповідних засобів фіксації. Зокрема, вручення та вилучення в особи засобів фіксації є ходом, а отримані під час проведення процесуальної дії відомості, які мають значення для кримінального провадження є відповідно результатом НС(Р)Д – аудіо-, відеоконтролю особи.

Доволі поширено на практиці системне не відображення уповноваженими особами у протоколах НС(Р)Д всього ходу процесуальної дії, зосередивши свою увагу лише на отриманих результатах аудіо-, відеоконтролю особи, що є порушенням вимог ч. 1 ст. 104, ч. 1 ст. 252 КПК України.

Таким чином, у протоколі за результатами проведення НС(Р)Д повинен бути відображений увесь перебіг відповідної процесуальної дії.

Також слід пам'ятати, що відомості про факти та методи проведення НС(Р)Д розголошенню не підлягають.

Тому помилковою є позиція судів, які вимагають від сторони обвинувачення надавати в суді протоколи вручення та вилучення в особи технічних засобів під час проведення аудіо-, відеоконтролю особи. Як правило, для складання зазначених процесуальних документів на практиці запрошуються поняті. Присутність зазначених осіб під час проведення процесуальної дії, з однієї сторони є засобом контролю за діями правоохоронців, але з іншої їм відкриваються слідчим або іншими уповноваженими особами факт проведення НС(Р)Д, а також їх методи, що відповідно до п. 4.12.3 «Зводу відомостей, що становлять державну таємницю», затвердженого наказом Центрального

управління Служби безпеки України від 23.12.2020 № 383, є державною таємницею та підлягає засекречуванню [33].

Так, під час вручення технічних засобів особі, яка залучена до конфіденційного співробітництва, понятим стане відомо вид технічних засобів, які використовуються для проведення НС(Р)Д, їх місцезорозташування, принципи роботи тощо, що є неприпустимо.

Зокрема, об'єднана палата ВС у постанові від 29.03.2021 (справа № 554/5090/16-к) зазначила, що відповідно до Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, до державної таємниці належать відомості про номенклатуру, фактичну наявність спеціальних технічних засобів чи спеціальної техніки: устаткування, апаратури, приладів, пристрів, програмного забезпечення, препаратів та інших виробів, призначених (спеціально розроблених, виготовлених, запрограмованих або пристосованих) для негласного отримання інформації, що розкривають найменування, принцип дії чи експлуатаційні характеристики технічних засобів розвідки, спеціальних технічних засобів чи спеціальної техніки, призначених для здійснення та забезпечення оперативно-розшукової, контррозвідувальної чи розвідувальної діяльності, володіння якими дає змогу зацікавленій стороні впливати на її результати, що створює загрозу національним інтересам і безпеці.

Враховуючи, що відомості про спеціальні технічні засоби, призначені для негласного отримання інформації, є державною таємницею і стосуються не тільки цього кримінального провадження, їх розголошення без належних і обґрунтованих підстав загрожує національним інтересам та безпеці, поняття і ознаки яких визначені в Законі України «Про національну безпеку України». Отож, суд зазначив, що право обмеження на розкриття у кримінальному провадженні відомостей, визначених ст. 246 КПК України, обумовлено віднесенням їх до державної таємниці та потребою зберігати таємні поліцейські методи розслідування злочинів [75].

Таким чином, вважаємо, що відомості про вручення та/або вилучення технічних засобів повинні бути відображені (з урахуванням положень



законодавства про державну таємницю) у протоколі відповідної НС(Р)Д, який має містити детальну інформацію про хід та результати процесуальної дії. А складання додаткових протоколів вручення та/або вилучення технічних засобів у особи, із зазначенням у них відомостей про спеціальні технічні засоби, які використовуються для проведення НС(Р)Д певним чином розкриватиме форми та методи їх проведення.

Крім того, однією з проблем проведення аудіо-, відеоконтролю особи є те, що у більшості випадках після затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК України, працівниками поліції проводиться «спілкування» з підозрюваним про обставини вчинення ним кримінального правопорушення, а отримана інформація знаходить своє відображення у протоколі про результати проведення НС(Р)Д.

Проведення зазначених процесуальних дій з підозрюваним без роз'яснення останньому права на захист та не забезпечення участі його захисника визнаються судами недопустимими доказами.

Для прикладу, ВС у постанові від 05.03.2020 (справа № 666/5448/15-к) зазначив, що НС(Р)Д є видами втручання в приватне спілкування, мають характер обмеження широкого права недоторканості особистого життя, забезпечення якого належить до принципів кримінального процесу. Колегія суддів погодилась з висновками місцевого суду про те, що під час НС(Р)Д органом досудового розслідування фактично проводився саме допит підозрюваних, а не втручання в приватне життя. Крім того, в ході допиту підозрюваних не було роз'яснено їх права та не забезпечено участі захисника, а тому суд першої інстанції обґрунтовано визнав вказані докази недопустимими [70].

Вважаємо, що докази винуватості особи, отримані у такий спосіб свідчать про істотне порушення прав та свобод людини, а тому обґрунтовано визнано судами недопустимим доказом. У свою чергу отримання відомостей про злочинну діяльність особи у такий спосіб ще раз підтверджує неспроможність або небажання правоохоронних органів повністю реалізувати можливості даної

НС(Р)Д та породжує на практиці проблеми у доказуванні кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.

Отже, з огляду на вищевикладене аудіо-, відеоконтроль особи, як один з різновидів НС(Р)Д, повинен проводитись не тільки безпосередньо під час документування збуту наркотичних засобів, але й обов'язково до проведення контролю за вчиненням злочину, з метою отримання відомостей, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, оскільки наявність в органів досудового розслідування, до проведення контролю за вчиненням злочину, інформації про злочинну діяльність особи, пов'язаної зі збутом наркотичних засобів є вагомим аргументом, який свідчитиме про відсутність в діях правоохоронних органів провокування особи на вчинення кримінального правопорушення та проводиться у порядку, встановленому КПК України.

Ще одним з видів НС(Р)Д, яка проводиться правоохоронними органами під час доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів є зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж. Зі змінами, які внесено до КПК України, наразі зазначений вид НС(Р)Д іменується, як зняття інформації з електронних комунікаційних мереж.

У зв'язку з наявністю на даний час достатньої кількості існуючих додатків-месенджерів: Viber, WhatsApp, Telegram та інші, які дозволяють безконтактно відправляти повідомлення та здійснювати захищені аудіо- та відеозв'язки, а також в деякій мірі обізнаність осіб про форми та методи роботи правоохоронних органів суттєво знижують ефективність зазначеного виду НС(Р)Д щодо виявлення інформації, яка б мала значення для кримінального провадження.

Ті особи, які спілкуються через операторів мобільного зв'язку у своїй протиправній діяльності поводять себе обережно, вживають заходів конспірації та під час розмови з покупцями наркотичних засобів спілкуються завуальовано.

Зняття інформації з електронних комунікаційних мереж надає змогу правоохоронним органам встановити коло спілкування особи, рід її заняття, можливих співучасників злочинної діяльності, спосіб збуту наркотичних засобів

тощо, що є важливо та підлягає обов'язковому встановленню на початкових етапах досудового розслідування.

Відповідно до положень ст. 263 КПК України зняття інформації з електронних комунікаційних мереж (комплекс технічних засобів електронних комунікацій та споруд, призначених для надання електронних комунікаційних послуг) є різновидом втручання у приватне спілкування, що проводиться без відома осіб, які використовують засоби електронних комунікацій (телекомунікацій) для передавання інформації, на підставі ухвали слідчого судді, якщо під час його проведення можливо встановити обставини, які мають значення для кримінального провадження [45].

Вирішуючи питання щодо проведення зняття інформації з електронних комунікаційних мереж, уповноважені суб'єкти повинні встановити кількість абонентських номерів, якими користується особа, а також з'ясувати спосіб використання нею даного виду зв'язку у своїй протиправній діяльності.

У разі встановлення групи осіб, які займаються незаконною діяльністю, пов'язаною зі збутом наркотичних засобів, потребує додаткового встановлення способів зв'язку між ними, порядок передавання та отримання інформації.

Недостатньо зібрані відомості про особу можуть стати причиною відсутності результатів проведення зняття інформації з електронних комунікаційних мереж.

Вважаємо, що отримана за результатами проведення зазначеного виду НС(Р)Д інформація про злочинну діяльність особи, яка пов'язана з незаконним збутом наркотичних засобів, є підставою для проведення в особи оперативної закупки. Як неодноразово наголошував у своїх рішеннях ЄСПЛ, правоохоронні органи повинні діяти в межах функції «негласних агентів», які до проведення контролю за вчиненням злочину мали достатньо доказів та підстав підозрювати особу у незаконному збуті наркотичних засобів.

Саме завдяки відомостям, отриманих внаслідок проведення зняття інформації з електронних комунікаційних мереж, можна довести, що умисел на незаконний збут наркотичних засобів виник в особи незалежно від діяльності

правоохоронних органів, а свою злочинну діяльність вона розпочала ще задовго до проведення у неї уповноваженими суб'єктами оперативних закупок.

В ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25.05.2017 у справі № 676/6153/15-к за обвинуваченням особи у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1, 2 ст. 307 КК України, суд зважав на таке. Зокрема, зазначив, що у протоколах зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж та додатку до нього зафіксовано розмову обвинуваченого по мобільному телефону, які вказують на його причетність не лише до задокументованих епізодів збуту, але й до інших обставин незаконного обігу наркотичних засобів та доводить, що у правоохоронців були конкретні та об'єктивні підстави для проведення у нього оперативних закупок, а також відсутні підстави вважати, що мала місце провокація злочину [115].

Заслуговують на увагу висновки суду, які викладені в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27.06.2017 у справі № 375/696/15-к. Суд, надаючи оцінку результатам НС(Р)Д – зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, зафіксованих у відповідному протоколі констатував, що під час проведення зазначеної НС(Р)Д зафіксовано телефонне спілкування правопорушника, під час якого він у завуальованій формі, з використанням сленгу, вів мову про придбання наркотичних засобів та передачу їх іншим особам, у тому числі за винагороду. При юридичній оцінці поведінки учасників оперативних закупівель слід брати до уваги, що будь-яка домовленість щодо протиправних дій має обопільний характер, а з урахуванням прийнятих у відповідному середовищі особливостей взаємовідносин між споживачами та реалізаторами наркотичних засобів і вироблених способів конспірації, малоімовірним є односторонні ініціативні дії реалізатора щодо збуту предмета злочину [116].

Таким чином, отримана інформація за результатами проведення НСР(Д) – зняття інформації з електронних комунікаційних мереж може свідчити про самотійну протиправну діяльність винного, а факт звернення агента з

пропозицією придбати наркотичні засоби не дає підстави вважати, що мала місце провокація і кримінальне правопорушення не було б вчинено. Тому, наявність відомостей про протиправну діяльність особи до проведення контролю за вчиненням злочину є достатніми гарантіями вважати, що правоохоронні органи не ініціювали злочинну діяльність особи, а навпаки приєдналися до протиправної діяльності та задокументували факт збуту наркотичних засобів.

Слід пам'ятати, що проведення НС(Р)Д – зняття інформації з електронних комунікаційних мереж доручається уповноваженим оперативним підрозділам Національної поліції, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, Бюро економічної безпеки України та органів безпеки.

Зокрема, необхідно зазначити, що хоч останнім часом зазначений вид НС(Р)Д не є достатньо ефективним засобом збирання доказів, в силу використання правопорушниками у своїй протиправній діяльності різноманітних додатків-месенджерів, вжиття заходів конспірації тощо. В той же час, вилучення під час обшуку або затримання особи засобів їх мобільного зв'язку, подальший їх огляд та аналіз з інформацією, яка отримана внаслідок зазначеного виду НС(Р)Д, може надати органу досудового розслідування достатньо додаткових відомостей про особу (коло спілкування, інтереси тощо), у тому числі про незаконну діяльність.

Відповідно до положень ст. 269 КПК України для пошуку, фіксації і перевірки під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину відомостей про особу та її поведінку або тих, з ким ця особа контактує, або певної речі чи місця у публічно доступних місцях може проводитися візуальне спостереження за зазначеними об'єктами або візуальне спостереження з використанням відеозапису, фотографування, спеціальних технічних засобів спостереження [45].

Вказаний вид НС(Р)Д знайшов свою широку реалізацію у практичній площині під час фіксації кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.

Спостереження за особою, як попередньо розглянуті НС(Р)Д – аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з електронних комунікаційних мереж проводиться на підставі ухвали слідчого судді, прийнятої відповідно до вимог КПК України.

У невідкладних випадках, які пов'язані із врятуванням життя людей, а також запобігання вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, передбаченого у тому числі розділом XIII (кримінальні правопорушення у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші кримінальні правопорушення проти здоров'я населення) Особливої частини КК України, НС(Р)Д може бути розпочата до постановлення відповідної ухвали слідчим суддею, за рішенням слідчого, погодженого з прокурором або прокурора. У такому разі прокурор зобов'язаний невідкладно після початку такої НС(Р)Д звернутись з відповідним клопотанням до слідчого судді.

У разі відмови у наданні дозволу на проведення НС(Р)Д, отримана інформація внаслідок такої НС(Р)Д повинна бути знищена.

Вказаний вид НС(Р)Д надає змогу уповноваженим суб'єктам доказування встановити місця та спосіб збуту наркотичних засобів, коло спілкування особи, спосіб її життя та інші дані, які характеризують протиправну діяльність особи.

Проведення візуального спостереження за особою має на меті отримання відомостей, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, а також для забезпечення проведення інших процесуальних дій.

Спостереження за місцем забезпечить встановлення покупців заборонених до обігу наркотичних засобів та фактів збуту наркотичних засобів.

На відміну від спостереження за особою, дозвіл на проведення якого надається на підставі ухвали слідчого судді, візуальне спостереження за річчю або місцем здійснюється на підставі постанови прокурора або слідчого. У разі проведення зазначеної НС(Р)Д за постановою слідчого, прокурор наділений повноваженнями щодо її скасування, якщо така постанова є незаконна або необґрунтована.

Слід звернути увагу, що проведення спостереження за особою, річчю або місцем можливо лише у публічно доступних місцях.

Згідно аналізу положень ст. 267 КПК України під публічно доступним місцем слід розуміти місце, до якого можна увійти або знаходитися в ньому на правових підстав без отримання на це згоди власника, користувача або уповноважених ними осіб. До публічно доступних законодавець відносить також приміщення, які спеціально призначені для утримання осіб, права яких обмежені відповідно до закону (установи виконання покарань тощо).

У практичній діяльності спостереження за особою, річчю або місцем найчастіше поєднане з іншими видами НС(Р)Д: контроль за вчиненням злочину, аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з електронних комунікаційних мереж.

Наведений вище перелік проведення НС(Р)Д, які проводяться під час досудового розслідування досліджуваної категорії кримінальних правопорушень, не є вичерпним та залежить від багатьох факторів (спосіб та місце збуту заборонених до обігу речовин тощо).

Для прикладу, доволі поширеним у державі є збут наркотичних засобів через установи поштового зв'язку. З метою фіксації збуту заборонених до обігу речовин, правоохоронними органами проводиться огляд і виїмка кореспонденції, що передбачено ст. 262 КПК України. Під час проведення зазначеного виду НС(Р)Д слідчий має право здійснити виїмку наркотичних засобів або отримати їх зразки з відповідного відправлення та призначити необхідну експертизу, з метою встановлення належності досліджуваного об'єкту до наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів. За результатами проведення зазначеного виду НС(Р)Д складається відповідний протокол, який повинен відповідати загальним вимогам, визначених КПК України.

Не дивлячись на різну методику проведення кожного виду НС(Р)Д є спільні риси, які пов'язують їх між собою:

- 1) є різновидом С(Р)Д;

- 2) проводяться у випадках, якщо відомості про кримінальне правопорушення або особу, яка його вчинила не можливо отримати в інший спосіб;
- 3) негласність (скритість);
- 4) проводяться переважно у кримінальних провадженнях щодо тяжких або особливо тяжких злочинів;
- 5) рішення щодо їх проведення приймається слідчим, прокурором, а у випадках встановлених КПК України – слідчим суддею;
- 6) особливий порядок отримання дозволу на їх проведення;
- 7) проведення у строки, визначені КПК України;
- 8) результати НС(Р)Д використовуються у доказуванні на тих самих підставах, що і результати С(Р)Д.

Не дивлячись на значимість НС(Р)Д у доказуванні, не слід применшувати значення С(Р)Д під час досудового розслідування досліджуваної категорії кримінальних правопорушень. За своєю суттю С(Р)Д направлені на збирання доказів та/або на перевірку доказів, отриманих під час досудового розслідування. Особливе місце у їх системі займає обшук.

Не звертаючи детальну увагу на загальновідомі факти підготовки та проведення обшуку, які неодноразово ставали предметом для обговорення науковців та знайшли своє відображення у багатьох наукових працях, зупинимось на певних особливостях його проведення у кримінальних провадженнях, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів.

Під час проведення обшуку необхідно дотримуватись положень ст.ст. 233-236 КПК України та загальних вимог фіксування кримінального провадження, передбачених ст.ст. 104-106 КПК України.

Слід зазначити, що обшук проводиться лише на підставі ухвали слідчого судді, постановленої за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором або прокурора.



Об'єктами, які мають значення для досудового розслідування кримінальних правопорушень досліджуваної категорії та підлягають вилученню під час обшуку, є:

- наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги;
- грошові кошти або інші предмети, отримані за продаж наркотичних засобів;
- предмети пакування заборонених до обігу речовин;
- побутові ваги, у тому числі й електронні, які призначені для визначення маси наркотичних засобів під час їх продажу тощо.

До проведення обшуку повинно бути залучено не менше двох понятих незалежно від застосування технічних засобів фіксування даної С(Р)Д. На нашу думку, до обшуку мають обов'язково бути залучені оперативні працівники, які повинні забезпечити охорону місця проведення С(Р)Д, надати допомогу слідчому в обстеженні приміщень, контролювати поведінку обшукуваного тощо.

При цьому необхідно пам'ятати, що проведення обшуку оперативними працівниками, а на практиці такі випадки трапляються, не припустимо, що тягне за собою визнання протоколу обшуку недопустимим доказом, оскільки обшук проведений не уповноваженими особами.

Так, Об'єднана палата ВС, завданням якої є формувати обґрунтовану правову позицію щодо застосування конкретної норми права, яка була невірно застосована, та сприяти єдиному та правильному правозастосуванню в судовій практиці, у своїй постанові від 06.12.2021 (справа № 663/820/15-к) зважала на таке. Зокрема, колегія суддів зазначила, що ч. 1 ст. 236 КПК України закріпила норму, що ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором, винятків для оперативних підрозділів не передбачено. В жодній іншій статті КПК України, яка стосується порядку проведення С(Р)Д, аналогічної норми немає. Загальні положення ст. 223 КПК України не вказують на можливість передоручення виконання ухвали слідчого судді. Стаття 235 КПК України взагалі позбавляє слідчого суддю можливості дати доручення оперативному підрозділу чи його співробітнику на виконання ухвали

про обшук. Спеціальна норма ст. 236 КПК України чітко визначає суб'єктів виконання ухвали, де не вказані співробітники оперативних підрозділів. З огляду на викладене, суд прийшов до наступного, що системне тлумачення процесуальних норм, передбачених п. 3 ч. 2 ст. 40, ст. 236 КПК України дає підстави для висновку про те, що виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи покладається на слідчого чи прокурора і не може бути доручене відповідним оперативним підрозділам [77].

Вказане рішення ВС вкотре звертає свою увагу на дотримання суттєвих умов під час проведення обшуку.

Слід окремо звернути свою увагу на застосування технічних засобів під час проведення обшуку.

Згідно тлумачення положень КПК України слід зазначити, що обшук обов'язково проводиться за допомогою аудіо-, та відеозапису, а обставини даної процесуальної дії, які не зафіксовані у записі, не можуть бути внесені слідчим або прокурором до протоколу обшуку та в подальшому використані як доказ у кримінальному провадженні.

Для фіксації обставин вчинення кримінального правопорушення, відповідальність за яке передбачена ст. 307 КК України, слідчий та/або прокурор також проводять огляд місця події.

Саме придбаний товар вилучається у покупця та оглядається про що складається відповідний протокол. Вилучення наркотичних засобів необхідно проводити за обов'язкової участі понятих та покупця. Після цього, вилучені предмети упаковуються, опечатуються, скріплюються підписами учасників С(Р)Д та у подальшому направляються для проведення експертизи матеріалів, речовин та виробів.

Відповідно до положень КПК України уповноважені особи під час обшуку винної особи мають право вилучити заборонені до обігу речовини.

Водночас, непоодинокими є випадки, коли вилучення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів фіксується у протоколі огляду місця події.

Співробітники органів Національної поліції виявлення та вилучення заборонених до обігу речовин здійснюють під час поверхневої перевірки, порядок проведення якої визначено Законом України «Про Національну поліцію». Водночас, у багатьох випадках фактично проводиться обшук особи, порядок проведення якого регламентовано КПК України. Таким чином, докази здобуті у такий спосіб визнаються судами недопустимими.

У контексті викладеного розглянуто постанову ВС № 754/5978/16-к від 08.02.2018 в якій вказано на відмінність поверхневого огляду від обшуку особи.

Так, у вказаній постанові Суд зазначив, що при проведенні вказаної С(Р)Д не враховані вимоги ст. 34 Закону України «Про Національну поліцію» якою передбачено, що поверхнева перевірка, як превентивний поліцейський захід є здійсненням візуального огляду особи, проведенням по поверхні вбрання особи рукою, спеціальним приладом або засобом, візуальним оглядом речі або транспортного засобу. Поліцейський для здійснення поверхневої перевірки особи може зупиняти осіб та/або оглядати їх, якщо існує достатньо підстав вважати, що особа має при собі річ, обіг якої заборонено чи обмежено або яка становить загрозу життю чи здоров'ю такої особи або інших осіб.

Крім того, поза увагою суду залишились ті обставини, що огляд місця події проведений у кімнаті поліції на станції м. Лісова, до якої особа була запрошена працівниками поліції. Таким чином, суд констатував, що особа була фактично затримана уповноваженою службовою особою. Водночас, матеріали кримінального провадження не містять протокол затримання, який складений відповідно до положень ст. 208 КПК України. Разом з цим, судами першої та апеляційної інстанцій не надано правову оцінку проведення обшуку затриманої особи в розумінні положень ч. 3 ст. 208 КПК України. Таким чином, суд зазначив, що під час розгляду кримінального провадження, суд першої інстанції на вказані порушення увагу не звернув, а в основу обвинувального акта поклав докази, які зібрані органом досудового розслідування з порушенням прав особи [63].

Відповідно до змісту положень ст. 34 Закону України «Про Національну поліцію» під час поверхневої перевірки особа самостійно повинна показати вміст особистих речей [88].

Таким чином, аналізуючи положення Закону України «Про Національну поліцію» можемо констатувати, що поверхнева перевірка особи здійснюється за наявності на те підстав, шляхом візуального огляду особи та самостійного показу нею вмісту особистих речей.

Водночас, виявлення та вилучення заборонених до обігу речовин, які знаходяться при особі та за відсутності згоди про їх добровільний показ з подальшою видачею, за КПК України здійснюється лише у двох випадках: 1) під час затримання особи уповноважені особи можуть провести обшук особи (ч. 3 ст. 208 КПК України); 2) під час обшуку житла чи іншого володіння особи за рішенням слідчого або прокурора може бути проведено обшук особи за наявності підстав, що в особі при собі є предмети, які мають значення для кримінального провадження (ч. 5 ст. 236 КПК України).

Таким чином, можемо стверджувати, що кримінальним процесуальним законодавством інших випадків проведення обшуку особи, не передбачено.

Для вирішення питання щодо віднесення вилучених в особи речовин до наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів слідчим або прокурором призначається відповідна експертиза. Завдання якої є не тільки встановлення виду заборонених до обігу речовин, але й спільного джерела походження наданих на дослідження наркотичних засобів, способів їх виготовлення тощо.

Сама експертиза проводиться відповідним експертом, оскільки для цього необхідні спеціальні знання.

У свою чергу своєчасне встановлення того, що вилучені речовини належать до наркотичних або психотропних, забезпечить проведення досудового розслідування у найкоротші строки.

Зокрема, у процесі доказування даної категорії кримінальних правопорушень особливе місце відіграють матеріали оперативно-розшукової діяльності.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» оперативно-розшукова діяльність – це система гласних і негласних пошукових та контррозвідувальних заходів, що здійснюється із застосуванням оперативних та оперативно-технічних засобів [89].

Зазначені відомості можуть використовуватись у кримінальному провадженні як докази, якщо вони зібрані оперативними підрозділами з дотриманням положень Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» та їх відповідності вимогам ст. 99 КПК України.

Можемо стверджувати, що за своєю природою НС(Р)Д є похідними від оперативно-розшукових заходів (далі – ОРЗ), а тому мають деякі спільні та відмінні ознаки.

Спільними ознаками НС(Р)Д та ОРЗ є:

- 1) проводяться відповідно до положень законодавства уповноваженими суб'єктами та за наявності відповідних підстав;
- 2) мають однаковий порядок проведення, тобто проводяться негласно, приховано від об'єктів, стосовно яких вони проводяться;
- 3) потребують дозволу слідчого судді або процесуального рішення прокурора на їх проведення;
- 4) проводяться у строки визначені законодавством;
- 5) мають однаковий різновид заходів, спрямованих на фіксування протиправної діяльності осіб.

Водночас НС(Р)Д та ОРЗ мають і свої відмінності:

- 1) оперативно-розшукова діяльність переважно спрямована на попередження кримінальних правопорушень, пошук та фіксацію відомостей про протиправні діяння осіб. У той же час, НС(Р)Д спрямовані на розкриття кримінальних правопорушень.

2) основним нормативно-правовим актом, який регулює оперативно-розшукову діяльність є Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність», у той час НС(Р)Д регулюються КПК України;

3) НС(Р)Д та ОРЗ відрізняються за колом суб'єктів, які їх мають право проводити. Так, ОРЗ мають право проводити лише оперативні підрозділи, які визначені в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність». Водночас, суб'єкти, які мають право проводити НС(Р)Д є значно ширшими. Так, НС(Р)Д має право проводити слідчий або за його дорученням відповідні оперативні підрозділи, які за таких обставин набувають повноважень слідчого.

Крім того, необхідно звернути свою увагу на те, що повноваження оперативних підрозділів в межах оперативно-розшукової діяльності є ширшими ніж під час НС(Р)Д, оскільки без доручення слідчого вони не можуть проводити у кримінальному провадженні жодних процесуальних дій.

Згідно аналізу положень ст. 214 КПК України встановлено, що досудове розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей до ЄРДР. Здійснення такого розслідування до внесення відповідних відомостей до ЄРДР або без такого внесення не допускається.

Таким чином, основною проблемою, яка виникає в уповноважених суб'єктів доказування – це можливість використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності як доказів у кримінальному провадженні, а також законність проведення ОРЗ після внесення відомостей в ЄРДР та реєстрації кримінального провадження.

Відповідно до ст. 10 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» матеріали оперативно-розшукової діяльності можуть використовуватись, як приводи та підстави для початку досудового розслідування [89].

У свою чергу в ст. 7 згаданого закону зазначено, що у разі виявлення ознак кримінального правопорушення оперативний підрозділ, який здійснює оперативно-розшукову діяльність, зобов'язаний невідкладно направити зібрані

матеріали до відповідного органу досудового розслідування для початку здійснення досудового розслідування [89].

Зокрема, у ч. 3 ст. 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» зазначено, що у разі виявлення кримінального правопорушення під час здійснення ОРЗ, які тривають та припинення яких може негативно вплинути на результати кримінального провадження, оперативний підрозділ, який здійснює оперативно-розшукову діяльність повідомляє про це відповідний орган досудового розслідування та прокурора, після чого закінчує проведення ОРЗ та направляє зібрані дані про протиправну діяльність осіб до відповідного органу досудового розслідування [89].

Таким чином, аналізуючи положення згаданої норми, можемо констатувати наступне. По-перше: у разі переривання ОРЗ це може нівелювати всю роботу оперативного підрозділу в межах оперативно-розшукової діяльності. Оскільки, проведення в межах кримінального провадження відповідних НС(Р)Д потребуватиме спочатку дозволу слідчого судді, а на це потрібен відповідний час.

По-друге: у разі виявлення ознак кримінального правопорушення під час здійснення оперативно-розшукової діяльності та не направлення їх до закінчення проведення ОРЗ, на підставі ч. 3 ст. 7 цього закону, до відповідного органу досудового розслідування для реєстрації кримінального провадження, у подальшому, під час судового розгляду кримінального провадження може поставити під сумнів законність та допустимість даних доказів.

Однозначної відповіді з цього питання немає і в судовій практиці. Так, в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12.05.2016 (справа № 553/1018/15-к), розглядаючи касаційну скаргу прокурора в частині недопустимості доказів, отриманих внаслідок оперативної закупки, проведеної до внесення відомостей в ЄРДР, в межах Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», суд виходив з наступного. Так, рішення прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину приймається у формі постанови. Одним з обов'язкових реквізитів постанови про проведення НС(Р)Д є найменування кримінального провадження

та його реєстраційний номер, як це визначено в п. 1 ч. 1 ст. 251 КПК України. Тому, оперативна закупка наркотичних засобів може проводитись лише у разі внесення відомостей про злочин до ЄРДР, за постановою прокурора, уповноваженою на те особою слідчим або оперативним працівником при наявності відповідного доручення слідчого [113].

Водночас іншу позицію з аналогічного питання викладено в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23.06.2016 (справа № 671/463/15-к). Суд зауважив, що контрольована закупка наркотичних засобів проведена в межах оперативно-розшукової справи (до внесення в ЄРДР), що у свою чергу не тягне за собою визнання зібраних доказів недопустимими, в результаті якої було виявлено ознаки кримінального правопорушення і зібрані матеріали були направлені до відповідного органу досудового розслідування [114].

У подальшому, ВС, переглядаючи судові рішення щодо неоднакового застосування норм, які регулюють умови/можливість визнання допустимими доказами фактичних даних, отриманих у ході проведення контрольованої і оперативної закупки, що мало місце в межах оперативно-розшукової справи до внесення відомостей про вчинення кримінального правопорушення в ЄРДР, у своїй постанові від 16.03.2017 (справа № 671/463/15-к) зауважив таке. Постанова прокурора про проведення закупки в межах оперативно-розшукової справи має свої особливості: у ній не можуть бути зазначені найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер у зв'язку з невнесенням на цьому етапі відомостей про злочин до ЄРДР. Тому, суд дійшов наступного висновку про те, що фактичні дані, отримані в результаті проведення оперативної закупки до внесення відомостей в ЄРДР, можуть бути визнані належними та використані як докази, а саме як документи, у кримінальному провадженні за умови, якщо вони були отримані в порядку, передбаченому КПК України, з урахуванням особливостей, встановлених Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» [78].



Отже, однозначної відповіді на порушене питання не надано і Верховним Судом. Тому, наразі національними судами України необхідно виробити єдину практику, що дозволило б уповноваженим оперативним підрозділам під час здійснення оперативно-розшукової діяльності дотримуватись «стандартів», встановлених судовою практикою на території держави.

Під час досудового розслідування даної категорії кримінальних проваджень необхідно суворо дотримуватися положень КПК України.

Саме від належної фіксації обставин кримінального правопорушення на попередніх його етапах і залежить результат досудового розслідування в цілому.

Таким чином, фіксація збуту наркотичних засобів залежить у першу чергу від кваліфікованого та оперативного проведення С(Р)Д та НС(Р)Д. Вид та послідовність їх проведення необхідно визначати індивідуально у кожному конкретному провадженні з урахуванням способу, місця збуту, особи правопорушника тощо.

Зокрема, коротко необхідно звернути свою увагу на здійснення досудового розслідування кримінального провадження в умовах воєнного стану.

У зв'язку із запровадженням воєнного стану на території України, законодавцем внесено чимало змін та доповнень до чинних нормативно-правових актів України. Не є виключенням з цього і КПК України, у зв'язку з чим внесено зміни та доповнення до ст. 615 цього Кодексу.

Так, у разі об'єктивної неможливості виконання слідчим суддею своїх повноважень, визначених КПК України, зокрема: надання дозволу на тимчасовий доступ до речей та документів; накладення арешту на майно; продовження строків досудового розслідування та запобіжних заходів; надання дозволу на проведення НС(Р)Д тощо, такі повноваження здійснює керівник відповідної прокуратури за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором.

Такі рішення керівника прокуратури приймається у формі вмотивованої постанови.

Зазначені зміни у КПК України є тимчасовими – на період дії воєнного стану та наділяють прокурора значним обсягом повноважень в умовах такого стану.

З однієї сторони, за неможливості виконання слідчим суддею своїх повноважень, визначених КПК України, його функції покладені на керівника відповідної прокуратури. Водночас, з іншої сторони, за відсутності судового контролю за дотриманням прав та інтересів осіб у кримінальному провадженні, які під час здійснення досудового розслідування покладені на слідчого судді, надання таких повноважень керівнику прокуратури, може призвести до зловживання ним своїми правами.

Зазначена категорія кримінальних проваджень під час досудового розслідування потребує високого рівня взаємодії прокурора, слідчого та оперативних підрозділів. Саме завдяки їх злагодженої роботи та вірно обраної тактики залежить ефективність проведення досудового розслідування кримінальних проваджень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.

Тільки від їх злагодженої роботи на всіх етапах кримінального провадження залежить чи будуть притягнуті винні особи до кримінальної відповідальності.

Обов'язковою умовою взаємодії вказаних суб'єктів є їх спільний інтерес, який полягає в комплексному розслідуванні кримінального правопорушення та спільному виборі виду необхідних С(Р)Д та НС(Р)Д для досягнення завдань кримінального провадження.

Основною формою процесуальної взаємодії прокурора зі слідчим та оперативним підрозділом під час досудового розслідування є надання письмових вказівок та доручень у порядку, встановленому КПК України щодо проведення С(Р)Д та НС(Р)Д.

На нашу думку, взаємодія вказаних суб'єктів повинна розпочинатися з моменту внесення відомостей про вчинення кримінального правопорушення до ЄРДР та завершуватися закінченням досудового розслідування в одній із форм, визначених ст. 283 КПК України.

Вважаємо, що проведення спільних навчань, семінарів, нарад з питань документування злочинної діяльності у сфері збуту заборонених до обігу речовин можна віднести до однієї з форм взаємодії вказаних суб'єктів.

Загалом, злагоджена робота зазначених суб'єктів доказування та єдина мета – виявлення фактів незаконного збуту заборонених до обігу речовин є гарним підґрунтям для реалізації завдань кримінального провадження, які визначено у ст. 2 КПК України.

Окремо слід звернути свою увагу на виявлення та вилучення наркотичних засобів в установах виконання покарань Державної кримінально-виконавчої служби України.

Загалом порядок виявлення та вилучення заборонених до обігу речовин в установах виконання покарань в цілому врегульовано нормами Кримінально-виконавчого кодексу України та нормативно-правовими актами Міністерства юстиції України. Водночас, вилучення таких предметів у вищевказаних установах, з огляду на норми КПК України, має певні недоліки.

Відповідно до положень Правил внутрішнього розпорядку в установах виконання покарань, затверджених наказом Міністерства юстиції України від 28.08.2018 № 2823/5 виявлені у засуджених предмети, речі або речовини, які заборонено використовувати в установах виконання покарань, вилучають про що посадовою особою складається протокол вилучення. У разі вилучення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів за зберігання яких передбачена кримінальна відповідальність, вони передаються до органів досудового розслідування в порядку, визначеному КПК України [80].

Вважаємо, що таке вилучення заборонених до обігу речовин суперечить порядку, встановленому КПК України.

На нашу думку, вилучення таких предметів повинно здійснюватися органами досудового розслідування, а враховуючи підслідність кримінальних правопорушень даної категорії – органами Національної поліції.

Вилучення заборонених до обігу речовин не уповноваженими суб'єктами – посадовими особами установ виконання покарань, є підставою для визнання

здобутих у такий спосіб доказів недопустимими, оскільки вказані особи в силу положень КПК України не наділені повноваженнями на проведення С(Р)Д та інших процесуальних дій.

Багато хто може зазначити, що виявлення під час огляду або обшуку слідів кримінального правопорушення, посадові особи повинні забезпечити їх схоронність та викликати слідчо-оперативну групу, але і тут є певні свої недоліки.

Так, внаслідок проведеної реформи органів Національної поліції трапляються непоодинокі випадки, коли слідчий знаходиться на відстані 100 і більше кілометрів від місця вчинення кримінального правопорушення, а тому вчасне його прибуття на місце події є неможливим.

Крім того, прибуття слідчо-оперативної групи на таку значну відстань потребує витрачання необґрунтованих державних коштів, що в умовах сьогодення є неприпустимо.

На нашу думку, вилучення таких предметів повинно здійснюватися уповноваженими на те суб'єктами.

В Україні свого часу здійснювали свою діяльність слідчі органів Державної кримінально-виконавчої служби України, які проводили розслідування кримінальних правопорушень, вчинених на території або в приміщеннях Державної кримінально-виконавчої служби України.

Зазначених суб'єктів доказування ліквідовано на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення окремих положень кримінального процесуального законодавства» № 187-IX від 04.10.2019.

Такі зміни у КПК України зумовлені рішенням Конституційного Суду України (далі – КСУ) № 3-р/2018 від 24.04.2018 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України ч. 6 ст. 216 КПК України.

У згаданому рішенні Суд зазначив, що ієрархічне підпорядкування слідчих органів Державної кримінально-виконавчої служби України керівництву Міністерства юстиції України, у складі якого вони функціонують, не зможе

забезпечити незалежне досудове розслідування, а ієрархічна залежність слідчого від керівництва нівелює його процесуальні гарантії, тобто слідчий буде упередженим під час здійснення досудового розслідування злочинів, вчинених проти осіб, які перебувають в установах виконання покарань чи слідчих ізоляторах [98].

На нашу думку, судом не взято до уваги те, що у КПК України передбачено певні гарантії слідчого – здійснюючи свої повноваження він є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те відповідних повноважень, забороняється.

Також, судом залишено поза увагою те, що нагляд за додержанням законів під час досудового розслідування у формі процесуального керівництва здійснює прокурор, який має право, за наявності підстав, скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих, доручати їм проведення С(Р)Д та НС(Р)Д тощо.

Таким чином, діяльність слідчого під час проведення досудового розслідування постійно контролюється процесуальним прокурором у кримінальному провадженню, що унеможлиблює слідчого приймати незаконні та необґрунтовані процесуальні рішення.

Крім того, про незрозумілість вказаного рішення КСУ щодо ліквідації слідчих органів Державної кримінально-виконавчої служби України свідчить і те, що ст.ст. 41, 216 КПК України наразі до складу оперативних підрозділів, які мають право проводити С(Р)Д та НС(Р)Д законодавцем віднесено оперативні підрозділи органів установ виконання покарань та слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України.

У той же час, оперативні підрозділи під час виконання доручень слідчого, дізнавача або прокурора користуються повноваженнями слідчого, які є досить суттєві за КПК України.

Тому, постає питання: чому виключення з КПК України норми щодо слідчих органів Державної кримінально-виконавчої служби, з підстав зазначених у рішенні КСУ, не стосувалося також і оперативних підрозділів вказаного органу.

На нашу думку, це вкотре підтверджує про наявність певних прогалин у кримінальному процесуальному законодавстві.

Повернення в КПК України слідчих підрозділів Державної кримінально-виконавчої служби України забезпечить швидке та своєчасне фіксування, у тому числі фактів незаконного збуту наркотичних засобів в установах виконання покарань.

Крім того, слідчі органів Державної кримінально-виконавчої служби України краще розуміють поведінку осіб, які тримаються в установах виконання покарань, специфіку роботи даних установ, якщо розмову вести про незаконний обіг наркотичних засобів, то можливі шляхи їх постачання тощо.

Вважаємо, що КПК України в цій частині потребує вдосконалення.

Так, ч. 2 ст. 38 КПК України на нашу думку слід доповнити п. 1 наступного змісту: органів Державної кримінально-виконавчої служби України.

Також, потребує доповнення ст. 216 КПК України ч. 6 наступного змісту: Слідчі органів Державної кримінально-виконавчої служби України здійснюють розслідування кримінальних правопорушень, вчинених в органах та установах виконання покарань.

Для втілення зазначеного, доречно внести запропоновані зміни до чинного законодавства України.

Крім того, з метою оперативного реагування на кримінальні правопорушення, у тому числі, що стосуються незаконного збуту наркотичних засобів в установах виконання покарань та їх фіксування, необхідно створити національну телекомунікаційну мережу – єдину платформу захищених електронних комунікацій органів державної влади, згадка про яку мала місце в рішенні Ради національної безпеки і оборони України від 27.01.2016 «Про стратегію кібербезпеки України» [93]. На жаль, до сьогоднішнього часу вказані положення залишаються нереалізованими. Враховуючи те, що наразі на території України оголошено воєнний стан, то дані положення мають все ще більшу актуальність.

На нашу думку, втілення таких положень сприяло:

- більш швидкому та ефективному реагуванню на вчинення кримінальних правопорушень;

- значно б покращило засоби комунікації захищеними засобами зв'язку між оперативними працівниками, слідчими та прокурорами під час досудового розслідування кримінальних правопорушень.

Загалом, збройна агресія Російської Федерації, яка триває вже досить тривалий час, вимагає від України докорінних змін, у тому числі в системі кібербезпеки, яка є складовою національної безпеки.

Окрему увагу необхідно звернути на міжнародне співробітництво щодо боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів.

Не дивлячись на оголошення в Україні воєнного стану та ведення активних бойових дій на значній її території, масштабність наслідків даної категорії кримінальних правопорушень, потребує налагодження взаємовідносин між державами та певними міжнародними інституціями.

На сьогоднішній день організовані злочинні угруповування активно намагаються налагодити постачання наркотиків на ринок України, а також використовують територію нашої держави для транзитного переміщення заборонених до обігу речовин до країн Західної Європи.

З цією метою правоохоронні органи України повинні у першу чергу налагодити взаємодію з правоохоронними органами сусідніх країн.

Дивлячись на те, що деяка частина кордону України тимчасово знаходиться під контролем країни агресора та не визнаних республік, а тому, для прикладу, допомога Польщі, Литви, Латвії та інших держав у співробітництві з Україною може бути ефективним важелем у боротьбі із незаконним постачанням заборонених до обігу речовин на територію нашої держави.

Продовжуючи тему фіксування збуту наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, необхідно звернути увагу на їх покупку за допомогою мережі Інтернет, тобто безконтактно.

Наразі, збут заборонених до обігу речовин через соціальні мережі, на відміну від традиційного, коли наркотичні засоби та кошти передаються з рук в руки, набув все більших масштабів.

Переважно спілкування покупців з продавцями наркотичних засобів здійснюється через різноманітні месенджери – Viber, WhatsApp, Telegram так і через соціальні мережі – Facebook, Instagram тощо.

Останнім часом на різноманітних будівлях почастишали надписи з посиланням на різноманітні сайти, форуми, де можна придбати відповідні наркотичні засоби.

У подальшому, після встановлення контакту покупця з особою, яка займається збутом заборонених до обігу речовин, вони за допомогою вищевказаних соціальних мереж узгоджують між собою спосіб отримання наркотику, який може бути різним, від отримання поштою до їх залишення у певному місці, так звана «закладка», погоджують вид наркотику, розмір, спосіб оплати та ціну тощо.

Отримавши кошти, продавець повідомляє про місцезнаходження наркотику. Як правило, він залишається у певному місці заздалегідь. Повідомлення про місце знаходження наркотиків може бути різним: SMS-повідомлення, фото про місце «закладки», телефонна розмова тощо.

На нашу думку, для фіксації безконтактної форми збуту наркотичних засобів необхідно залучати відповідних спеціалістів, які володіють відповідними знаннями та навичками застосування відповідних технічних засобів.

Вважаємо, що для зовнішнього спостереження позитивним було б використання безпілотних літальних апаратів.

Застосування даної техніки сприяло: 1) встановленню місць збуту наркотичних засобів; 2) ідентифікацію осіб, які розкладають «закладки» у визначених місцях; 3) встановленню транспортних засобів та маршрутів, які використовуються для перевезення заборонених до обігу речовин.

Наразі квадрокоптери активно використовуються слідчими та прокурорами під час огляду місця подій, де фіксуються пошкодження будівель, внаслідок їх



обстрілу військовослужбовцями Російської Федерації із різноманітної зброї під час масштабного вторгнення на територію України. Застосування зазначеної техніки під час слідчих дій, засвідчило їх ефективність.

Крім того, необхідно врахувати, що під час безконтактного збуту наркотичних засобів, як правило, «закладки» залишаються у районі, підходящому для покупця. Тому, з цією метою органам досудового розслідування необхідно широко використовувати інтегровану систему «Безпечне місто», яка набула широкого розповсюдження у нашій державі. Камери відеоспостереження якої мають гарну видимість зображення у різних погодних умовах, дають можливість ідентифікувати номерні знаки автомобіля та прослідкувати його маршрут, здійснюють фіксацію в режимі реального часу, мають відеоархів та інтегровані до єдиної системи.

Таким чином, орган досудового розслідування за вірно обраного плану та за допомогою розумного використання вищевказаної техніки матиме високий відсоток виявлення та документування безконтактного збуту наркотичних засобів.

Нарівні з цим, не слід забувати і про фахівців в галузі комп'ютерних технологій (програмістів, системних адміністраторів), яких доцільно залучати саме для такого способу збуту наркотичних засобів.

Розглядаючи безконтактний спосіб збуту наркотичних засобів, необхідно виділити наступні ознаки: 1) ні продавець, ні покупець у переважній більшості випадків не знайомі один з одним; 2) умисел на збут наркотичних засобів в особи виник ще до того, як агента було залучено до конфіденційного співробітництва правоохоронними органами, а тому, незалежно від пропозиції покупця (агента), продавець і надалі займався протиправною діяльністю, збуваючи наркотичні засоби іншим особам.

На нашу думку, залучаючи особу до конфіденційного співробітництва щодо закупівлі заборонених до обігу речовин у такий спосіб, має місце «легітимна провокація». Оскільки, особа, яка діє під контролем правоохоронних органів, бачачи розміщення відповідної реклами про продаж наркотичних засобів, приєднується до злочинної діяльності та фіксує її. Ініціатива продажу

заборонених до обігу речовин виходить саме від осіб, які займаються незаконною діяльністю.

Отже, можна констатувати, що «легітимна провокація» - це правомірна поведінка правоохоронних органів під час проведення НС(Р)Д, результатом якої є фіксування протиправної діяльності особи.

Загалом, доволі поширеним серед правоохоронних органів під час проведення НС(Р)Д є використання конфіденційного співробітництва.

На відміну від США, де широко використовується діяльність «агентів під прикриттям», які під відповідною легендою входять в злочинні об'єднання на значний період часу. Як правило, мова йде про атестованих штатних працівників правоохоронних органів, які перед цим проходять відповідну спеціальну перевірку. Щодо України, то з практичної точки зору, влиття в злочинні угруповання працівників правоохоронних органів або залучених до конфіденційного співробітництва осіб, не застосовується, а під час проведення НС(Р)Д залучаються агенти з числа цивільних осіб.

У той же час, КПК України містить ст. 272, яка передбачає виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності відповідних незаконних формувань та полягає в особистій участі в організованій групі чи злочинній організації або є учасником зазначених формувань та конфіденційно співпрацює з правоохоронними органами [45].

З однієї сторони – це є досить складним завданням, але з іншого, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації на правах конфіденційного співробітництва призведе до встановлення: учасників вказаних злочинних об'єднань, а також функцій кожного з учасників у вказаних формуваннях; джерела походження наркотичних засобів, маршрутів їх поставки та ринки збуту; оптових покупців; способу збуту заборонених до обігу речовин тощо.

Тривалість даного виду НС(Р)Д не може перевищувати шести місяців, а в разі необхідності може бути продовжено на строк, який не перевищує строку досудового розслідування.

Саме такий проміжок часу, на нашу думку, є достатнім для розкриття цілої системи наркобізнесу.

Не випадково, законодавець у ст. 43 КК України зазначив, що не є кримінальним правопорушенням дії особи, які вчинені під час виконання спеціального завдання. Винятком є тільки вчинення умисного тяжкого або особливо тяжкого злочину. Оскільки, такі дії направлені, у тому числі, для захисту національної безпеки країни.

Окрім того, враховуючи суспільну небезпечність досліджуваної категорії кримінальних правопорушень, високий рівень підготовки правопорушників, а також складність виявлення фактів збуту наркотичних засобів, є необхідність докорінних змін щодо підходів виявлення даної категорії правопорушень.

На нашу думку, дуже вдалою, для прикладу, є поява нового учасника кримінального провадження – викривача у корупційних кримінальних правопорушеннях.

Наявність даного суб'єкта у кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів значно б підвищила ефективність правоохоронних органів щодо виявлення осіб, які займаються збутом наркотичних засобів.

З іншої сторони держава повинна забезпечити їм належні гарантії, у першу чергу, що стосується винагороди.

Насамперед, викривачі повинні бути зацікавлені у тому, що за надання інформації компетентним органам про осіб, які займаються збутом наркотичних засобів, отримають належне винагороду, гарантії захисту тощо, а держава в особі правоохоронних органів отримає відомості про осіб, які займаються незаконною діяльністю.

Вважаємо, що активна участь громадськості у співпраці з правоохоронними органами значно посилить боротьбу з незаконним обігом наркотичних засобів на території нашої держави.

Таким чином, створивши належний правовий статус та гарантії державного захисту викривачів, створить гарні передумови для співпраці фізичних осіб з правоохоронними органами, спрямовані на виявлення кримінальних

правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів.

## **2.2 Своєрідність контролю за вчиненням злочину, як процесуальної дії при збуті наркотичних засобів: поняття, підстави, завдання та порядок проведення**

За статистичними даними, які розміщені на офіційному сайті Офісу Генерального прокурора у 2022 році до Єдиного реєстру досудових розслідувань внесено відомості щодо 10162 кримінальних правопорушень, передбачених ст. 307 КК України, що менше, порівняно з аналогічним періодом 2021 року, на 7,57 % (10994), але більше ніж у 2020 році, на 16,29 % (8507), 2019 році, на 37,20 % (6382), 2018 році, на 46,33 % (5453) та 2017 році, на 50,51 % (5029).

Питома вага кримінальних правопорушень, скерованих до суду упродовж 2022 року з обвинувальним актом, з числа облікованих у звітному періоді, є майже однаковою, і становить 61,03% проти 57,43 % у 2021 році, у 2020 році 58,33 %, у 2019 році 52,24 %, у 2018 році 51,38 % та 48 % у 2017 році. Серед загальної кількості направлених до суду обвинувальних актів значна питома вага правопорушень становить вчинених особами, які раніше вчиняли аналогічні правопорушення (2022 – 1094, або 17,64 %, 2021 – 1492, або 23,63 %, 2020 – 1210, або 24,39 %, 2019 – 995, або 29,84 %, 2018 – 1061, або 37,87 %, 2017 – 878, або 36,37 %).

Викликає суттєве занепокоєння достатньо велика кількість кримінальних правопорушень вказаної категорії у яких рішення про закінчення досудового розслідування не прийнято (2022 – 3605, або 35,48 % від загальної кількості облікованих, 2021 – 4407, або 40,09 %, 2020 – 3382, або 39,76 %, 2019 – 2927, або 45,86 %, 2018 – 2564, або 47,02 %, 2017 – 2524, або 50,19 %) або кримінальні правопорушення, у яких провадження закрито (2022 – 899, або 8,94 % від загальної кількості облікованих, 2021 – 1161, або 10,56 %, 2020 – 1011, або

11,88 %, 2019 – 617, або 9,67 %, 2018 – 747, або 13,70 %, 2017 – 841, або 16,72 %). Крім того, у 2022 році в 7839 кримінальних правопорушеннях особам вручено письмове повідомлення про підозру, що становить 77,14 %, 2021 – 8323, або 75,70 %, 2020 – 6169, або 72,52 %, 2019 – 6382, або 67,42 %, 2018 – 3472, або 63,67 %, 2017 – 3064, або 60,93 %.

Згідно аналізу вивчених кримінальних проваджень та статистичних даних найбільшу питому вагу правопорушників за віком складають особи 29-39 років [103].

Незначне зменшення облікованих кримінальних правопорушень згаданої категорії у 2022 році перш за все пов'язано з воєнним станом на території нашої держави, у зв'язку з чим, наразі пріоритетними є інші завдання (протидія військовій агресії країни окупанта, шпигунській, колабораційній діяльності тощо), але робота на цьому напрямку не припиняється.

Загалом, збільшення упродовж останніх років кількості виявлених по державі кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів свідчить про позитивні тенденції в діяльності правоохоронних органів щодо протидії їх незаконного обігу. Водночас, низький відсоток скерованих до суду обвинувальних актів, значна кількість кримінальних проваджень, у яких досудове розслідування не завершено або закрито, свідчить про певні проблеми, які виникають в уповноважених суб'єктів доказування на початкових етапах розслідування правопорушень вказаної категорії, на яких ми і зупинимось у подальшому.

Прийняття Верховною Радою України 13.04.2012 КПК України стало одним з етапів змін в системі кримінальної юстиції, концепція реформування якої передбачена рішенням Ради національної безпеки і оборони України від 15.02.2008 «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів», затвердженої Указом Президента України від 08.04.2008 № 311/2008 [92].

Згідно з ч. 1 ст. 246 КПК України НС(Р)Д – це різновид С(Р)Д, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом [45].

Основною рисою НС(Р)Д є забезпечення оперативного розкриття тяжких та особливо тяжких злочинів. Запровадження цього інституту у кримінальному процесуальному законодавстві дало значний поштовх до розкриття складних кримінальних правопорушень.

Для НС(Р)Д характерним є їх неочевидність, скритність (прихованість) слідчих дій від осіб, які в них не беруть участь, у тому числі й від співробітників слідчих або оперативних підрозділів, але передусім від об'єктів, відносно яких вони проводяться [51, с. 7].

НС(Р)Д є ефективним важелем встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження, а їх результати використовуються у процесі доказування уповноваженими суб'єктами на тих самих підставах, що і результати С(Р)Д.

Як зазначає Геселев О.В., результати НС(Р)Д у кримінальному провадженні мають доволі потужний доказовий потенціал порівняно з можливостями інших процесуальних дій. НС(Р)Д дають змогу встановити та зафіксувати відомості про злочин та особу, яка його вчинила, у режимі онлайн, тобто реального часу, коли такі дані виявляються й фіксуються безпосередньо під час готування до злочину або його вчинення. Це, безумовно, впливає на їх якісну оцінку та можливість в подальшому ефективного використання як доказів у кримінальному провадженні [25, с. 33].

На підтвердження вищезазначеного у 2022 році національними судами задоволено 47023 клопотань слідчого або прокурора про надання дозволу на проведення НС(Р)Д, у 2021 році (73082), у 2020 році (73933) та 2019 році (64811) за результатами яких прийнято прокурорами 18629, (2021 – 28992, 2020 – 24339, 2019 – 19737) рішень про їх розсекречення [104].

Значно менша кількість проведених НС(Р)Д у 2022 році зумовлена активними бойовими діями на території України, залученням правоохоронних органів до вирішення більш нагальних завдань, які постали перед державою.

Главою 21 КПК України визначено систему та порядок проведення НС(Р)Д, до структури яких належить контроль за вчиненням злочину. Виключно прокурор наділений повноваженнями щодо прийняття рішення про проведення зазначеного виду НС(Р)Д.

Законодавцем визначено вичерпний перелік видів НС(Р)Д. Відомчі нормативно-правові акти (положення, порядок, інструкція тощо) можуть містити посилання на тактику та порядок проведення НС(Р)Д.

Водночас, положення кримінального процесуального законодавства та підзаконних нормативно-правових актів не містять визначення поняття контроль за вчиненням злочину.

Тому, для розуміння даного терміну ми в першу чергу зупинимось на його понятті, формах, підставі, завданні та меті, а також з'ясуємо порядок його проведення та визначимо проблеми, які виникають під час досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.

Академічний тлумачник словник дає наступне визначення поняття «контроль»: перевірка, облік діяльності кого-, чого-небудь, нагляд за кимось, чимось [102].

Деякі вчені під контролем за вчиненням злочину розуміють перевірку за рішенням прокурора відомостей про готування до вчинення або про вчинення тяжкого та особливо тяжкого злочину [3, с. 116].

Комашко В.В. під даним поняттям розуміє – комплекс дій, які здійснюються виключно за рішенням прокурора у встановлених законодавством формах та полягають у перевірці наявності та достовірності підстав вважати, що вчиняється (вчинено) тяжкий та особливо тяжкий злочин, відомості про факти і методи проведення яких розголошенню не підлягають [38, с. 103].

Під час проведення анкетування встановлено, що для прокурорів та слідчих контроль за вчиненням злочину є найбільш ефективним різновидом НС(Р)Д для виявлення та фіксації осіб, які займаються незаконним збутом наркотичних засобів.

Так, упродовж 2022 року прокурорами самостійно прийнято 7349 (2021 – 7984, 2020 – 7205, 2019 – 6129) рішень про проведення НС(Р)Д, у тому числі, 3518 (2021 – 4065, 2020 – 3478, 2019 – 2575) рішень з подальшим розсекречуванням [104].

Згідно положень ч. 1 ст. 271 КПК України контроль за вчиненням злочину може здійснюватися у випадках наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчинюється тяжкий чи особливо тяжкий злочин. Також, у вказаній нормі законодавцем визначено його форми – контрольована поставка, контрольована та оперативна закупка, спеціальний слідчий експеримент та імітування обстановки вчинення злочину [45].

Нормативно-правовий акт, який установлює єдині вимоги та порядок організації проведення слідчими або за їх дорученням уповноваженими оперативними підрозділами чи дорученням прокурора НС(Р)Д є «Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні» (далі – Інструкція), затверджена спільним наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5.

Крім того, у вказаній Інструкції відповідно до ст. 271 КПК України визначено форми контролю за вчиненням злочину та розкрито їх зміст.

Отож, контрольована поставка полягає в організації і здійсненні слідчим та оперативним підрозділом контролю за переміщенням (перевезенням, пересиланням, передачею, ввезенням, вивезенням з України чи транзитним переміщенням її територією) товарів, предметів і речовин, у тому числі заборонених до обігу, з метою виявлення ознак злочину та фіксації фактичних



даних про протиправні діяння осіб, відповідальність за які передбачена КК України [34].

Основоположним міжнародним правовим актом, який регламентує застосування контрольованої поставки є Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів та психотропних речовин від 20.12.1988.

Згідно положень ст. 1 вказаної Конвенції контрольована поставка є метод при якому допускається вивезення, проведення або ввезення на територію однієї або декількох країн наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів під контролем уповноважених органів з метою виявлення правопорушників [40].

Таким чином, контрольована поставка є різновидом НС(Р)Д, що здійснюється під контролем уповноважених органів з метою документування протиправної діяльності винних осіб, зокрема з контрабандою наркотичних засобів.

Під оперативною закупкою слід розуміти імітацію придбання або отримання, у тому числі безоплатного, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності товару, обіг якого обмежений чи заборонений чинним законодавством, з метою викриття і документування факту вчинення злочину та особи, яка його вчинила [34].

Закон України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними» розкриває зміст оперативної закупки, як операцію щодо придбання наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів, підстави проведення якої визначаються КПК України, а порядок її проведення відомчими нормативно-правовими актами правоохоронних органів [86].

Таким чином, законодавство України визначає, що предметом контрольованої поставки або оперативної закупки є предмети, які перебувають у незаконному обігу, та не можуть знаходитися у вільному обігу.

Постановою Верховної Ради України від 17.06.1992 № 2471-ХІІ затверджено перелік майна, що не може перебувати у власності громадян,

громадських об'єднань, міжнародних організацій та юридичних осіб інших держав на території України до яких віднесено, у тому числі, наркотичні, психотропні, сильнодіючі отруйні лікарські засоби (за винятком отримуваних громадянами за призначенням лікаря) [90].

Контрольована закупка полягає в імітації придбання або отримання, у тому числі безоплатного, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності товару, який перебуває у вільному обігу, з метою викриття і документування факту вчинення злочину та особи, яка його вчинила [34].

Дивлячись на близькі за змістом визначення понять контрольована та оперативна закупки, все ж таки, різниця між ними існує, яка полягає у предметі реалізації. Отож, особливою ознакою контрольованої закупки є придбання товару, яких знаходиться у вільному обігу. Водночас, товар, обіг якого обмежений чи заборонений є предметом оперативної закупки. Тому, під час прийняття процесуального рішення про проведення контролю за вчиненням злочину у формі оперативної чи контрольованої закупок необхідно безумовно розуміти їх відмінності.

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 або особливо тяжкого злочину, спостереження за її поведінкою та прийняття нею рішень щодо вчинення злочину [34].

Таким чином, необхідно виділити ознаки, які характерні слідчому експерименту: 1) мета його проведення, яка полягає у перевірці дійсних намірів особи; 2) умови у яких він відбувається та 3) суб'єкт пізнання, тобто особа, яка займається протиправною діяльністю.

Імітування обстановки злочину полягає в діях слідчого, уповноваженої особи з використанням імітаційних засобів, які створюють в оточуючих уяву про вчинення реального злочину, з метою його запобігання та викриття відомої чи невідомої особи (осіб), яка планувала чи замовляла його вчинення [34]. Отже, під час імітування обстановки вчинення кримінального правопорушення дії

уповноважених осіб направлені на відображення події кримінального правопорушення у свідомості особи, яка виконала всі дії для його вчинення.

Під час проведення вказаної НС(Р)Д уповноважені суб'єкти доказування можуть використовувати ідентифіковані (помічені) або несправжні (імітаційні) засоби. Слід зауважити, що виготовлення або створення несправжніх засобів оформлюється протоколом.

Проведення будь-яких НС(Р)Д можливо за наявності відповідних на те підстав. Відповідно до приписів ч. 1 ст. 271 КПК України контроль за вчиненням злочину може здійснюватися за наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин [45].

Таким чином, проведення зазначеної НС(Р)Д у кримінальних проступках та нетяжких злочинах заборонено.

Згадані підстави, відповідно до яких вносяться відомості до ЄРДР, можуть знаходитись у заявах або повідомленнях фізичних чи юридичних осіб, повідомленнях, опублікованих у засобах масової інформації, матеріалах оперативно-розшукових справ, повідомленнях представників влади тощо.

На практиці найбільш поширеними підставами внесення відомостей до ЄРДР є самостійне виявлення кримінального правопорушення правоохоронними органами.

Зокрема, проведеним анкетуванням встановлено, що 64 % опитаних вважають, що рапорт працівників правоохоронних органів у переважній більшості є підставою для внесення відомостей до ЄРДР; 18 % – матеріали оперативно-розшукової діяльності; 12 % – заяви або повідомлення фізичних осіб та 6 % – повідомлення у засобах масової інформації.

Хоч працівники поліції і наділені відповідно до положень Закону України «Про Національну поліцію» виявляти кримінальні правопорушення, але внесення відповідних відомостей до ЄРДР на підставі рапорту без будь-яких на підтвердження цього додаткових матеріалів вже на початку кримінального провадження викликає певні сумніви щодо правдивості викладених в ньому відомостей.

Можливо, це пов'язано з невисоким рівнем довіри громадян до правоохоронних органів тощо.

На нашу думку, ті відомості, які викладені у рапорті співробітника правоохоронного органу повинні бути підтвердженні відповідними фактами.

Для прикладу, такі дані можуть міститися у матеріалах оперативно-розшукової діяльності. Водночас, свої повноваження та можливості правоохоронні органи в цій частині використовують неефективно. Так, як і роботу з населенням, засобами масової інформації щодо відомих їм фактів незаконного збуту заборонених до обігу речовин.

У свою чергу Комашко В.В. умовно виокремлює матеріальні та формальні підстави для проведення НС(Р)Д. До матеріальних підстав відносить постанову, де викладено процесуальне рішення про проведення НС(Р)Д. Формальними ж підставами є наявність інформації щодо вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину за умови, що її неможливо перевірити іншим шляхом [39].

Шерудило В.О. виділяє правові (юридичні) та фактичні підстави НС(Р)Д. Фактичними підставами є факт правопорушення, а правовими є сукупність визначених КПК України умов, що дають право на проведення НС(Р)Д [122, с. 205].

Приймаючи рішення про необхідність проведення НС(Р)Д, слід зауважити, що контроль за вчиненням злочину не проводиться, якщо внаслідок таких дій неможливо повністю запобігти:

- 1) посягання на життя або заподіяння особі (особам) тяжких тілесних ушкоджень;
- 2) поширенню речовин, небезпечних для життя багатьох людей;
- 3) втечі осіб, які вчинили тяжкі чи особливо тяжкі злочини;
- 5) екологічній або технологічній катастрофі.

До того ж, ще одним із застережень контролю за вчиненням злочину є те, що забороняється під час його проведення провокувати (підбурювати) особу на вчинення злочину, а здобуті в такий спосіб докази не можуть бути використані у кримінальному провадженні [45].

У той же час, реалізація цієї норми на практиці викликає певні складнощі, оскільки у національному законодавстві відсутнє нормативне визначення поняття «провокація», але вирішення цієї проблеми під час розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, вплив її на допустимість отриманих доказів під час досудового слідства залишається актуальною.

Основним завданням уповноважених суб'єктів доказування під час проведення контролю за вчиненням злочину є встановлення джерела походження наркотичних засобів, співучасників вчинення кримінального правопорушення, встановлення контролю за його реалізацією та фіксація відомостей про обставини незаконного збуту наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів [53, с. 32].

За допомогою контролю за вчиненням злочину можливо встановити також не тільки осіб, які займаються збутом заборонених до обігу речовин, але й осіб, які отримують вказану «продукцію», канали та маршрути їх транспортування, способи їх маскуванню.

Завдання контролю за вчиненням злочину під час фіксації збуту заборонених до обігу речовин в умовах сьогодення є досить актуальним, реалізація яких на практиці у першу чергу залежить від належного рівня роботи правоохоронних органів.

Діяльність щодо виявлення фактів збуту наркотичних засобів є досить складною, потребує багато часу та ресурсів.

Таким чином, не дивлячись на всі вищеописані завдання зазначеного виду НС(Р)Д, основним завданням контролю за вчиненням, на нашу думку, є притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності, а також захист в цілому суспільства від кримінальних правопорушень, що повністю узгоджується із завданнями кримінального провадження, які викладені у ст. 2 КПК України.

Відповідно до положень КПК України виключно прокурор наділений повноваженнями приймати рішення про проведення контролю за вчиненням

злочину, тому є необхідність дослідити вимоги до постанови прокурора про проведення вказаної НС(Р)Д.

Так, ст. 251 КПК України регламентовано, що постанова прокурора про проведення НС(Р)Д повинна містити:

1) найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер. Відповідно до «Положення про Єдиний реєстр досудових розслідувань, порядок його формування та ведення», затвердженого наказом Генерального прокурора № 298 від 30.06.2020, номер кримінального провадження складається із 17 цифр, які мають відповідні реквізити: код відомства, орган якого розпочав досудове розслідування; рік реєстрації; код території регіону та ідентифікатор органу прокуратури чи досудового розслідування у межах регіону, де він розташований; номер кримінального провадження. Реквізити номера кримінального провадження є сталими на всіх стадіях досудового розслідування [58].

2) правову кваліфікацію кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) КК України;

3) відомості про особу (осіб), місце або річ, щодо яких проводитиметься НС(Р)Д. Саме за допомогою таких відомостей, які складаються з відповідних ознак можна ідентифікувати певну особу, місце або річ.

Такими відомостями можуть стати:

Відносно особи:

- прізвище, ім'я, по-батькові;
- дата народження;
- місце реєстрації особи;
- місце проживання особи;
- ідентифікаційний номер.

Відносно місця:

- місцезнаходження, що може включати в себе назву населеного пункту, назва вулиці/провулку, номер будинку, квартири тощо. В разі відсутності даних, точні координати по GPS.

Відносно речі:

- колір;
- вага;
- місцезнаходження речі тощо.

4) початок, тривалість і мету НС(Р)Д. Тривалість контролю за вчиненням злочину не може перевищувати 2 місяців, але за наявності на те підстав може бути продовжена прокурором до 18 місяців. Метою проведення контролю за вчиненням злочину є виявлення та фіксація відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, а також відшукання предмету правопорушення у вигляді наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, грошових коштів, які були отримані за реалізацію наркотичних засобів [53, с. 32].

5) відомості про особу (осіб), яка буде проводити НС(Р)Д. Як правило, необхідно зазначити уповноважений оперативний підрозділ, якому доручається проведення НС(Р)Д, якщо ж до проведення контролю за вчиненням злочину залучаються слідчі, вказати їх П.І.Б. Відповідно до положень КПК України до оперативних підрозділів, які мають право проводити НС(Р)Д належать підрозділи Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів, установ виконання покарань та слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, органів Державної прикордонної служби України.

Згідно з п. 3.1 Інструкції слідчий може проводити НС(Р)Д самостійно, спільно з оперативними підрозділами або доручати їх проведення відповідним оперативним підрозділам, а також залучати до їх проведення відповідних осіб [34].

Що стосується слідчих, то з урахуванням положень ст. 216 КПК України – це слідчі органів Національної поліції, крім тих, які для прикладу, залежно від суб'єкта вчинення кримінального правопорушення віднесено до підслідності інших органів.

б) обґрунтування прийнятої постанови, у тому числі обґрунтування неможливості отримання відомостей про кримінальне правопорушення та особу, яка його вчинила, в інший спосіб;

7) вказівку на вид негласної слідчої (розшукової) дії, що проводиться [45]. Перелік НС(Р)Д визначено Главою 21 КПК України, який є виключним та розширенню не підлягає.

Згідно аналізу положень ст. 271 КПК України постанова прокурора повинна також містити посилання на форми в якій проводитиметься контроль за вчиненням злочину (контрольована поставка, контрольована та оперативна закупка, спеціальний слідчий експеримент, імітування обстановки вчинення злочину). Крім того, у своєму рішенні прокурор зобов'язаний викласти обставини, які свідчать про відсутність під час НС(Р)Д провокування особи на вчинення злочину та зазначити про застосування спеціальних імітаційних засобів (у разі прийняття рішення про їх використання).

На нашу думку, відомостями які б могли свідчити про відсутність провокації можуть бути результати С(Р)Д та інших видів НС(Р)Д відомості про які прокурор може вказати у постанові про контроль за вчиненням злочину.

У контексті викладеного вивчено судову практику національних судів та встановлено, що навіть на стадії винесення постанови про проведення контролю за вчиненням злочину у діяльності уповноважених на те суб'єктів наявні значні прорахунки, які в подальшому під час розгляду кримінального провадження в суді негативно впливають на процес доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів та в цілому на допустимість одержаних доказів внаслідок прийняття такого рішення.

Для прикладу, Чернігівський районний суд Чернігівської області розглядаючи кримінальне провадження щодо обвинувачення особи за ч. 1 ст. 307, ч. 2 ст. 307 КК України, у вирoku від 29.02.2016 зазначив, що у наданих прокурором постановках на проведення контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки відсутні відомості про конкретних осіб, які будуть проводити НС(Р)Д, а тільки міститься вказівка щодо доручення проведення



оперативної закупки особі, яка буде підібрана працівниками відповідного оперативного підрозділу [24]. За результатами судового розгляду особу визнано невинуватою у вчиненні кримінальних правопорушень.

Переглядом цього кримінального провадження в апеляційному та касаційному порядку рішення суду першої інстанції залишено без змін.

Верховний суд під час касаційного розгляду вищевказаного провадження дійшов переконання, що постанови прокурора не відповідають вимогам п. 5 ч. 1 ст. 251 КПК України [68].

На жаль непоодинокими є випадки не зазначення у постанові прокурора строку проведення НС(Р)Д.

Так, у вирокі Жовтневого районного суду Миколаївської області від 08.11.2019 (справа № 477/2285/14-к) зазначено, що не визначення у постанові строку проведення контролю за вчиненням злочину суперечить положенням закону, а тому всі докази отримані під час її проведення суд визнав недопустимими, оскільки вони є похідними (за принципом «плодів отруйного дерева») [15].

Аналогічні за своїм змістом порушення встановлені Жмеринським міськрайонним судом Вінницької області (вирок від 13.06.2019, справа № 130/971/15-к). Суд визнав недопустимим доказом постанову та всі докази, що були отримані на підставі вказаної постанови [14].

Відповідно до ч. 7 ст. 271 КПК України прокурор у своєму рішенні про проведення контролю за вчиненням злочину, крім відомостей, передбачених ст. 251 цього кодексу, зобов'язаний викласти, у тому числі, обставини, які свідчать про відсутність під час НС(Р)Д провокування особи на вчинення злочину [45].

Заборона провокування особи на вчинення злочину викладена у ч. 3 ст. 271 КПК України.

Водночас, не дивлячись на вищевказані приписи закону, часто постанови про контроль за вчиненням злочину не містять обґрунтування обставин, які

свідчать про відсутність під час НС(Р)Д провокування особи на вчинення злочину, що є прямим порушенням п. 1 ч. 7 ст. 271 КПК України.

Так, Васильківський районний суд Запорізької області (вирок від 14.12.2018, справа № 311/1110/18) зазначив, що у постанові прокурора не викладені обставини, що свідчать про відсутність провокування особи до вчинення злочину, а будь-яких інших доказів причетності особи до злочинної діяльності, пов'язаної зі збутом наркотичних засобів, стороною обвинувачення не надано [12].

Загалом проблематика провокації зі сторони правоохоронних органів під час доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів на стадії досудового розслідування залишається актуальною і на даний час.

Мають місце випадки прийняття рішення про проведення оперативної закупки не уповноваженими на те суб'єктами.

Так, Андрушівським районним судом Житомирської області (вирок від 07.06.2019, справа № 288/1023/18, провадження № 1-кп/272/50/19) постанову про проведення оперативної закупки та всі докази отримані на виконання зазначеної постанови визнано недопустимими доказами, оскільки процесуальне рішення про проведення контролю за вчиненням злочину прийнято начальником поліції [9].

Слід зауважити, що єдиним суб'єктом, який має право прийняти процесуальне рішення про проведення контролю за вчиненням злочину є виключно прокурор.

У контексті вищевикладеного, також вивчено матеріали судової справи № 740/5345/19 за обвинуваченням особи у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 307, ч. 2 ст. 307 КК України [43].

Під час ознайомлення із матеріалами вищевказаного кримінального провадження (кримінальної справи) приділено увагу постановам прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки. Установлено, що вказані процесуальні документи мають суттєві недоліки на що захисником обвинуваченого під час судового розгляду у судах першої та

апеляційної інстанції звернуто увагу. Так, постанови прокурора не містять назву або загальну характеристику товару, який підлягає закупці, розмір коштів, які будуть використані під час закупки та їх походження. Крім того, у порушення п.п. 5. 6 ст. 251 КПК України постанова не містить відомостей про особу (осіб), яка буде проводити зазначену НС(Р)Д та відсутнє належне обґрунтування прийнятої постанови.

Попри ухвалення судом у даному кримінальному провадженні обвинувального вироку у судовій практиці є протилежні рішення, що свідчить про наявність проблем у діяльності уповноважених суб'єктів під час досудового розслідування, що впливає на допустимість доказів, здобутих на виконання зазначеної постанови.

Тому, не дивлячись на те, що в положеннях чинного процесуального законодавства законодавцем визначено вимоги до постанови про проведення контролю за вчиненням злочину, разом з тим, вважаємо, що крім відомостей, передбачених статтями 251, 271 КПК України, у постанові прокурора також необхідно зазначати дані про особу покупця (особа, яка купуватиме наркотичні засоби у правопорушника). У разі застосування відносно покупця заходів безпеки в постанові зазначаються легендовані дані (змінені анкетні дані про особу).

Також потребує відображення у процесуальному документі прокурора вид наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, які підлягають закупці та розмір коштів, які використовуватимуться під час закупки.

Законодавцем визначено перелік заборонених або обмежених до обліку речовин та включено їх до «Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів» (далі – Перелік), затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 06.05.2000 № 770 [54].

Відповідно до Закону України «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори» наркотичні засоби – речовини природні чи синтетичні, препарати, рослини, включені до Переліку. У свою чергу психотропні речовини – речовини природні чи синтетичні, препарати, природні матеріали, включені до переліку [87].

Слід зауважити, що проведення закупки здійснюється виключно за грошові кошти уповноважених оперативних підрозділів.

Зокрема, у постанові ВС від 01.07.2020 зазначено, що суду не надано корінець платіжного доручення, який би свідчив про видачу працівникам поліції витрат спеціального призначення для проведення оперативної закупки, що є грубим порушенням кримінального процесуального законодавства. Суди першої та апеляційної інстанцій дійшли вірного висновку, що при відсутності витрат спеціального призначення працівники поліції об'єктивно не могли видати покупцю грошові кошти, які необхідні для проведення оперативної закупки [72].

В ухвалі Сумського апеляційного суду від 04.11.2019 (справа № 591/6766/17, провадження № 11-кп/816/291/19) також сформовано висновок про те, що у матеріалах кримінального провадження відсутній корінець платіжного доручення, виданого відповідною фінансовою структурою, який свідчить про видачу працівникам правоохоронних органів видатків спеціального призначення у даному кримінальному провадженні, а також відсутні рапорти працівників поліції про виділення грошових коштів для проведення оперативних закупок, а тому судом встановлено грубе порушення норм, що регулюють порядок проведення оперативних закупок, які ставлять під сумнів легітимність проведення оперативних закупок [119].

Таким чином, виносячи постанову про проведення контролю за вчиненням злочину, прокурор повинен перевірити джерело походження грошових коштів, наданих працівниками поліції, на підтвердження чого матеріали кримінального провадження повинні містити відповідні підтверджуючі документи.

Для виконання завдань оперативної закупки наркотичних засобів уповноважені суб'єкти на її проведення повинні врахувати:

- достатність зібраних відомостей про особу правопорушника: П.І.Б. особи, її місце проживання, обізнаність про форми та методи роботи правоохоронних органів, наявність співучасників злочинної діяльності;

- форму продажу заборонених до обігу речовин («з рук в руки», «закладка», поштовим зв'язком тощо) та його місце проведення;

- ціну за товар та його кількісні характеристики;
- особу покупця, який буде безпосередньо здійснювати закупку наркотичних засобів;
- заходи безпеки стосовно особи, яка залучається для проведення НС(Р)Д;
- наявність грошових коштів, виділених у встановленому законом порядку;
- технічні засоби фіксації процесуальної дії, які будуть використовуватись під час проведення НС(Р)Д.

Варто зауважити, що контроль за вчиненням злочину у формі оперативної закупки є одним із основних способів виявлення і документування збуту наркотичних засобів.

Аналіз практики прийняття прокурорами рішень про проведення контролю за вчиненням злочину, наприклад, у формі оперативної закупки наркотичних засобів дає змогу виділити грубе порушення, яке впливає на процес доказування кримінальних правопорушень вказаної категорії та допустимість отриманих доказів за результатами проведення вказаної НС(Р)Д.

Так, у більшості випадків рішення про проведення оперативної закупки приймається за відсутності у кримінальному провадженні достатніх даних про те, що особа займається незаконним збутом наркотичних засобів. Переважно доказами незаконної діяльності особи на першочерговому етапі досудового розслідування є рапорт працівників поліції на підставі якого вносяться відомості до ЄРДР та розпочинається досудове розслідування, а в подальшому проводиться контроль за вчиненням злочину.

У той же час, проведеним анкетуванням встановлено, що 86 % опитаних вважають, що орган досудового розслідування на момент проведення контролю за вчиненням злочину повинен мати у своєму розпорядженні докази, які підтверджують протиправну діяльність особи, і лише 14 % вважає інакше.

У контексті викладеного розглянуто судову практику національних судів.

Так, ухвалою Чернівецького апеляційного суду від 28.01.2020 (справа № 724/1603/17, провадження № 11-кп/822/26/20) скасовано вирок Хотинського районного суду Чернівецької області від 24.09.2018 по обвинуваченню особи за

ч. 1 ст. 307, ч. 2 ст. 307 КК України, а кримінальне провадження закрито на підставі п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК України у зв'язку з не встановленням достатніх доказів для доведення винуватості особи. У своєму рішенні апеляційний суд зазначив, що обвинувачення ґрунтується виключно на доказах, отриманих внаслідок проведення працівниками поліції оперативних закупок, а інших доказів винуватості особи суду не надано [120].

Відповідно до постанови ВС від 31.10.2019 (справа № 321/954/14-к, провадження № 51-4533км19), де зазначено, що судами першої та апеляційної інстанцій правильно встановлено, що при фактично відсутніх у провадженні даних про те, що особа займається збутом наркотичних засобів, крім легендованої, є достатні підстави підозрювати, що мала місце провокація [67].

Такі рішення національних судів повністю узгоджуються з практикою ЄСПЛ.

У справі «Ваньян проти Російської Федерації» суд зазначив, що у разі відсутності у справі даних про те, що особа здійснювала збут наркотичних засобів, крім легендованої, в органів досудового розслідування та суду є достатні аргументи вважати, що мала місце провокація злочину [7].

Отже, прокурор приймаючи процесуальне рішення про проведення НС(Р)Д – контролю за вчиненням злочину повинен мати у своєму розпорядженні достатні докази зайняття особою незаконною діяльністю, пов'язаною зі збутом наркотичних засобів. Такі відомості можуть бути отримані у першу чергу шляхом проведення НС(Р)Д: зняття інформації з електронних комунікаційних мереж, спостереження за особою, аудіо-, відеоконтроль особи тощо. Тільки після отримання відомостей, що свідчать про незаконну діяльність особи, прокурор має право прийняти обґрунтовану постанову про проведення контролю за вчиненням злочину та зафіксувати факт збуту наркотичних засобів. Алгоритм таких дій, враховуючи практику ЄСПЛ, свідчитиме про відсутність підбурювання особи на вчинення кримінального правопорушення зі сторони правоохоронних органів.

Як засвідчує практика, головна роль під час документування кримінальних правопорушень вказаної категорії у ході досудового розслідування відведена особам, які залучаються для конфіденційного співробітництва (покупець).

На думку Сергєєвої Д.Б. конфіденційне співробітництво не належить до НС(Р)Д, а є заходом забезпечувального характеру, який повинен сприяти проведенню слідчих дій, під час яких вони використовуються [100, с. 52].

Відповідно до ч. 1 ст. 275 КПК України під час проведення НС(Р)Д слідчий має право використовувати інформацію, отриману внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами, або залучати цих осіб до проведення НС(Р)Д у випадках передбачених цим кодексом [45].

На підставі аналізу положень ч. 2 ст. 275 КПК України зазначаємо, що кримінальний процесуальний закон визначає лише перелік осіб, залучення яких забороняється до конфіденційного співробітництва, – адвокатів, нотаріусів, медичних працівників, священнослужителів, журналістів. Водночас, КПК України не визначено список осіб, яких дозволено залучати до конфіденційного співробітництва.

Також законодавцем не зазначено, як саме зазначені особи (покупці) залучаються до проведення НС(Р)Д.

Вищенаведені обставини у певній мірі негативно впливають на процес доказування, як під час досудового розслідування так і в подальшому судового розгляду не тільки кримінальних правопорушень у сфері збуту наркотичних засобів, але й інших категорій проваджень.

Зокрема, Тагієв С.Р. пропонує ст. 3 КПК України доповнити таким поняттям, як «конфідент» - повнолітня дієздатна особа, яка на засадах добровільності та конспіративності залучається до НС(Р)Д або надає інформацію, що використовується для вирішення завдань кримінального провадження [106].

З огляду на згадане доцільно розглянути судову практику.

Так, Обухівський районний суд Київської області (вирок від 26.12.2019, справа № 372/3759/18) у кримінальному провадженні за обвинуваченням особи у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 307, ч. 2 ст. 309

КК України, зважав на таке, що матеріали кримінального провадження не містять відповідне процесуальне рішення про залучення особи, яка здійснювала оперативну закупку, а тому у суду виникли сумніви щодо допустимості доказів, отриманих за результатами проведення контролю за вчиненням злочину [20].

На аналогічні за своїм змістом порушення звернув свою увагу Жашківський районний суд Черкаської області (вирок від 14.02.2020, справа № 693/1603/15-к) [13].

Враховуючи вищенаведене вважаємо, що залучення відповідної особи до конфіденційного співробітництва під час проведення НС(Р)Д має бути відображено у відповідному процесуальному рішенні, яке відповідно до вимог ст. 100 КПК України приймається у формі постанови.

Згідно зі встановленими кримінальним процесуальним законом приписами у постанові слідчого зазначаються:

- місце і час прийняття постанови;
- прізвище, ім'я, по батькові, посаду особи, яка прийняла постанову;
- зміст обставин, які є підставами для прийняття постанови;
- мотиви прийняття постанови, їх обґрунтування та посилання на положення КПК України;
- зміст прийнятого процесуального рішення;
- місце та час (строки) його виконання;
- особу, якій належить виконати постанову;
- можливість та порядок оскарження постанови [45].

Крім відомостей, передбачених у ст. 110 КПК України, вважаємо, що у постанові необхідно зазначити:

- дані про особу, яка залучається до конфіденційного співробітництва. У разі застосування до неї заходів безпеки, визначених Законом України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», у постанові зазначаються змінені анкетні дані;

- вид НС(Р)Д до проведення яких залучається особа.



Відповідно до положень ст. 252 КПК України за результатами проведення контролю за вчиненням злочину складається відповідний протокол, до якого в разі необхідності долучаються додатки. Фіксація ходу і результатів НС(Р)Д повинна відповідати загальним правилам фіксації кримінального провадження, визначених відповідним процесуальним законом.

Протокол про результати проведення НС(Р)Д складається слідчим, який проводив відповідні С(Р)Д або уповноваженими оперативними підрозділами, які проводили НС(Р)Д за дорученням слідчого або прокурора.

Слід відмітити, що протоколи за результатами проведення НС(Р)Д не пізніше 24 годин повинні бути передані прокурору та відповідати вимогам ст.ст. 103-107 КПК України.

Підсумовуючи вищевикладене можна зробити висновок, що контроль за вчиненням злочину є законним та обґрунтованим за наступних умов:

- 1) проводиться у випадках, якщо відомості про кримінальне правопорушення не можливо отримати в інший спосіб;
- 2) рішення про її проведення прийнято прокурором;
- 3) проведено у кримінальних провадженнях щодо тяжких та особливо тяжких злочинів;
- 4) проведено уповноваженими суб'єктами, які визначені ч. 6 ст. 246 КПК України;
- 5) під час її проведення відсутнє провокування особи на вчинення кримінального правопорушення.

Таким чином, контроль за вчиненням злочину – це негласна слідча (розшукова) дія, рішення про проведення якої приймається виключно прокурором у встановлених законодавством формах, з метою викриття та документування обставин вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину.

На підставі вищевикладених матеріалів у даних розділах можемо констатувати, що доказування досліджуваної категорії кримінальних правопорушень на стадії досудового розслідування має наступні особливості:

1. Своєрідний предмет доказування – наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги або прекурсори.

2. Обов'язкова участь під час досудового розслідування експерта, як учасника кримінального провадження, який володіє спеціальними знаннями та якому доручено проведення експертизи вилучених наркотичних засобів.

3. Висновок експерта для даної категорії кримінальних правопорушень є єдиним та основним процесуальним джерелом доказів підтвердження збуту особою саме заборонених до обігу речовин. Тільки висновок експерта встановлює вид та вагу вилучених речовин та їх відношення до предмету доказування кримінальних правопорушень, передбачених ст. 307 КК України.

4. Під час доказування даної категорії кримінальних правопорушень використовуються не тільки С(Р)Д, НС(Р)Д, але і матеріали оперативно-розшукової діяльності, які отримано відповідно до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність».

5. Основним інструментом доказування збуту наркотичних засобів є НС(Р)Д, зокрема: зняття інформації з електронних комунікаційних мереж, аудіо-, відео контроль особи, контроль а вчиненням злочину тощо.

6. Рівень підготовки осіб, які займаються збутом наркотичних засобів постійно зростає, а способи вчинення та методи конспірації удосконалюються, що ускладнює роботу уповноважених суб'єктів по фіксуванню даної протиправної діяльності, а тому для документування даної категорії кримінальних правопорушень необхідний високий рівень взаємодії під час досудового розслідування слідчого, прокурора та відповідних оперативних підрозділів.

7. Провокація збуту наркотичних засобів ставить під сумнів допустимість отриманих доказів та є підставою для визнання їх недопустимими. Тому, характерним для даної категорії кримінальних правопорушень під час досудового розслідування є доведення відсутності провокації. Правоохоронні органи повинні розуміти критерії правомірної та неправомірної поведінки під час фіксування збуту наркотичних засобів.

## Висновки до другого розділу

Дослідження основних положень доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів дозволило сформулювати такі основні висновки:

1. КПК України має досить значний перелік НС(Р)Д, які можуть використовуватися під час фіксування збуту наркотичних засобів.

Запровадження у кримінальному процесуальному законодавстві інституту НС(Р)Д та їх широке застосування під час досудового розслідування даної категорії проваджень, свідчить про складність виявлення та фіксування збуту заборонених до обігу речовин. НС(Р)Д є одним із поміж інших способів збирання доказів, визначених ст. 93 КПК України, які мають особливості їх проведення.

2. Матеріали ОРД можуть бути використані у кримінальному провадженні як докази, за умови, якщо вони зібрані відповідно до положень Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» та відповідають вимогам КПК України.

НС(Р)Д за своєю природою є похідними від ОРЗ, а тому мають багато спільних ознак.

3. Обґрунтовано практичну доцільність щодо внесення змін в ч. 2 ст. 38 КПК України, доповнивши її п. г наступного змісту: органів Державної кримінально-виконавчої служби України та ст. 216 КПК України ч. 6 наступного змісту: слідчі органів Державної кримінально-виконавчої служби України здійснюють розслідування кримінальних правопорушень, вчинених в органах та установах виконання покарань.

4. Збройна агресія Російської Федерації проти України вимагає докорінних змін в системі кібербезпеки яка є складовою національної безпеки. Тому, з цією метою потребує створення національної телекомунікаційної мережі – єдиної платформи захищених електронних комунікацій органів державної влади, що у свою чергу сприяло швидкому реагуванню на вчинення кримінальних правопорушень та покращило засоби комунікації захищеними засобами зв'язку

між оперативними працівниками, слідчими та прокурорами під час досудового розслідування кримінальних правопорушень.

5. Контроль за вчиненням злочину є єдиним видом НС(Р)Д рішення про проведення якого приймається виключно прокурором та є одним із основних способів виявлення та документування збуту наркотичних засобів.

Перед прийняттям рішення про проведення контролю за вчиненням злочину суб'єкт доказування повинен мати у своєму розпорядженні відомості, що підтверджують протиправну діяльність особи.

Контроль за вчиненням злочину – це негласна слідча (розшукова) дія, рішення про проведення якої приймається виключно прокурором у встановлених законодавством формах, з метою викриття та документування обставин вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Окрім того, проаналізувавши практику національних судів України, встановлено непоодинокі випадки допущення порушень прокурорами під час винесення та оформлення постанови про проведення контролю за вчиненням злочину і, як наслідок, визнання судами недопустимими докази, які отримані за результатами проведення даної НС(Р)Д. З метою усунення зазначених порушень, розроблено зразок вищезазначеної постанови для використання її у практичній діяльності.

6. Документування збуту наркотичних засобів залежить від кваліфікованого та швидкого проведення С(Р)Д та НС(Р)Д, а також від взаємодії між собою прокурора, слідчого та оперативних підрозділів.

7. Визначення у судовій практиці єдиних критеріїв щодо фіксації ходу і результатів НС(Р)Д (підстав для їх початку, допустимість отриманих доказів внаслідок провокації тощо) полегшить діяльність правоохоронних органів під час документування збуту наркотичних засобів та мінімізує ризики визнання недопустимими докази під час розгляду безпосередньо кримінального провадження в суді.

## Список публікацій здобувача до другого розділу

1. Олефір Л.І., Помаз Я.О. Контроль за вчиненням злочину: поняття, підстави та завдання під час фіксації збуту наркотичних засобів. *Norwegian Journal of development of the International Science*. 2021. № 56 (2). С. 30-33.

2. Помаз Я.О. Контроль за вчиненням злочину, як вид негласної слідчої (розшукової) дії у процесі протидії збуту наркотичних засобів. *Пріоритетні напрямки розвитку правової системи України: матеріали міжнар. наук.- практ. конф. (м. Львів, 29-30 січ. 2021 р.)*. Львів, 2021. С. 69-72.

3. Помаз Я.О. Приводи та підстави внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. *Актуальні проблеми правових наук в євроінтеграційному вимірі: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 20-21 груд. 2019 р.)*. Харків, 2019. С. 139-142.

4. Помаз Я.О. Значення негласних слідчих (розшукових) дій у доказуванні кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2022. № 1. С. 346-348. URL: [http://app-journal.in.ua/wp-content/uploads/2022/05/APP-1\\_2022.pdf](http://app-journal.in.ua/wp-content/uploads/2022/05/APP-1_2022.pdf)

5. Помаз Я.О. Матеріали оперативно-розшукової діяльності як один з елементів доказування у кримінальних провадженнях, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів. *Кримінально-виконавча система України та її роль у розбудові правової і соціальної держави: матеріали Х заочної всеукр. наук.- практ. конф. (м. Чернігів, 02 груд. 2022 р.)*. Чернігів, 2022. С. 183-185.

**РОЗДІЛ 3**  
**ПРОВОКАЦІЯ ВЧИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО**  
**ПРАВОПОРУШЕННЯ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ,**  
**ПОВ'ЯЗАНИХ ЗІ ЗБУТОМ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ**

**3.1 Допустимість отриманих доказів при розслідуванні кримінальних проваджень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів: слідча та судова практика**

За КПК України кримінальне провадження, яке включає в себе досудове розслідування та судовий розгляд повинно здійснюватися безумовно у відповідності до кримінального процесуального законодавства України.

Прийняття слідчим або прокурором процесуального рішення та ухвалення компетентним судом відповідного рішення повинно базуватися передусім на належних та допустимих доказах.

Відповідно до положень КПК України допустимим є доказ, який отриманий у порядку встановленому КПК України. Крім того, недопустимі докази не можуть бути використані під час прийняття процесуальних рішень, також на них не може посылатися суд при ухваленні судового рішення [45].

У свою чергу належні докази – це ті, які становлять предмет доказування у відповідному кримінальному провадженні.

Згідно положень КПК України обов'язок доказування належності та допустимості доказів, які зібрані під час кримінального провадження покладається на сторону, що їх подає.

Отже, спосіб збирання доказів повинен бути законним, що регламентовано КПК України. Загалом порядок, вимоги до проведення та процес оформлення ходу і результатів С(Р)Д визначено у Главі 20 та 21 згаданого Кодексу.

Сторони кримінального провадження під час збирання доказів повинні діяти у межах та в спосіб, що визначені КПК України та іншими нормативно-правовими актами.

Зокрема, слід звернути свою увагу на те, що порядок кримінального провадження на території України визначається лише кримінальним процесуальним законодавством України. Процесуальна дія проводиться, а процесуальне рішення приймається згідно з положеннями КПК України, чинними на момент початку виконання такої дії або прийняття такого рішення [45].

Основним кримінальним процесуальним законом України є КПК України, де сформовані основні засади кримінального провадження, що передбачені в Основному Законі нашої держави так і в міжнародно-правових актах.

Порядок кримінального провадження, що визначений КПК України є єдиним для всіх кримінальних проваджень та обов'язковим для учасників кримінального провадження, а також уповноважених суб'єктів, які здійснюють досудове розслідування та судовий розгляд кримінальних проваджень.

З моменту набрання чинності КПК України минуло достатньо часу, але на практиці реалізація його норм зумовлює чимало проблем, які нажаль є невирішеними і на сьогоднішній день.

У свою чергу такі недоліки законодавства негативно впливають на ефективність та якість досудового розслідування кримінальних правопорушень, у тому числі, пов'язаних з незаконним збутом заборонених до обігу речовин.

У той же час, однозначного підходу до вирішення зазначених проблем немає і в практиці національних судів України.

За статистичними даними, які розміщені на сайті Судової влади України у 2022 році на розгляді у судах першої інстанції, з урахуванням проваджень, які направлено у минулих роках, перебувало 5531 (2021 – 5643, 2020 – 4701, 2019 – 3791) кримінальне провадження відносно 7515 (2021 – 7557, 2020 – 6179, 2019 – 4922) осіб, обвинувачених у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ст. 307 КК України. Всього у 2022 з постановленням вироку розглянуто 892 (2021 – 1037, 2020 – 808, 2019 – 841) проваджень, засуджено 857 (2021 – 979, 2020 – 788, 2019 – 770) осіб та 28 (2021 – 46, 2020 – 29, 2019 – 56) виправдано [105].

Проаналізувавши статистичні дані, можна прийти до висновку, що відсоток розглянутих упродовж року судами проваджень є дуже низьким (2022 – 16 %, 2021 – 18 %, 2020 – 17 %, 2019 – 22 %), що може свідчити про складність у доказуванні на стадії судового розгляду кримінальних правопорушень досліджуваної категорії. У той же час, у 2021 році на розгляді у судах першої інстанції перебувало на 17 % більше кримінальних проваджень ніж у 2020 році. Дещо менше, у порівнянні з 2021 роком, перебувало на розгляді справ у судах в 2022 році, що перш за все зумовлено воєнним станом на території нашої держави, оскільки значна кількість судів не могла виконувати свої функції.

Майже на одному рівні залишається відсоток ухвалення судами виправдувальних вироків (2022 – 3 %, 2021 – 5 %, 2020 – 4 %, 2019 – 7 %).

Тривалий судовий розгляд кримінальних проваджень досліджуваної категорії, наявність виправдувальних вироків свідчить про складність даної категорії проваджень, а також наявність певних проблем, що потребують негайного вирішення.

Однією з актуальних проблем, насамперед у категорії кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, яка має вагомое практичне значення як на стадії досудового розслідування так і судового розгляду є провокація (підбурювання) особи на вчинення кримінального правопорушення працівниками правоохоронних органів.

Дане поняття за своїм змістом є складне та потребує подальшого наукового вивчення.

Питання провокації (підбурювання) особи на вчинення кримінального правопорушення досліджували у наукових працях Альошина О.І. [2], Гладун О.З. [94], Дроздов О.М. [30] та інші.

Не дивлячись на те, що проблемі провокації кримінального правопорушення науковцями приділено достатньо часу, поза увагою залишилось визначення самого поняття провокація, використання в доказуванні у такий спосіб доказів, а також відмежування правомірної (дозволеної) поведінки



правоохоронних органів від провокації своїми діями кримінального правопорушення під час фіксування збуту заборонених до обігу речовин.

Проблема провокації (підбурювання) кримінального правопорушення під час проведення НС(Р)Д, а також допустимість здобутих у такий спосіб доказів є досить актуальною не тільки в Україні, але й в інших країнах світу.

Під час проведення анкетування 57,7 % прокурорів та суддів вважають, що однією з причин ухвалення виправдувальних вироків у кримінальних провадженнях про кримінальні правопорушення, пов'язані зі збутом наркотичних засобів є провокація вчинення кримінального правопорушення, ще 38,5 % - недопустимість доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, та 3,8 % - інші причини.

Особливо гостро це питання почало назрівати зі збільшенням виявлених по державі кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів та необхідністю посиленню заходів, спрямованих на протидію кримінальним правопорушенням зазначеної категорії.

Загалом зростання рівня злочинності не тільки негативно впливає на благополуччя населення, але й загрожує національній безпеці. Таким чином, першочерговим завданням протидії злочинності є приведення національного законодавства у відповідності до міжнародних стандартів, підвищення ефективності правоохоронних органів щодо виявлення та розкриття кримінальних правопорушень.

Для прикладу, за статистичними даними, які розміщені на офіційному сайті Офісу Генерального прокурора у 2022 році до ЄРДР внесено відомості щодо 10162 кримінальних правопорушень, передбачених ст. 307 КК України, що менше, порівняно з аналогічним періодом 2021 року, на 7,57 % (10994), але більше ніж у 2020 році, на 16,29 % (8507), 2019 році, на 37,20 % (6382), 2018 році, на 46,33 % (5453) та 2017 році, на 50,51 % (5029).

Серед загальної кількості облікованих кримінальних правопорушень у 2022 році в 7839 кримінальних правопорушеннях особам вручено письмове повідомлення про підозру, що становить 77,14 % (2021 – 8323, або 75,70 %, 2020 –

6169, або 72,52 %, 2019 – 6382, або 67,42 %, 2018 – 3472, або 63,67 %, 2017 – 3064, або 60,93 %) [103].

Таким чином спостерігається позитивна тенденція не тільки до збільшення кількості виявлених по державі кримінальних правопорушень даної категорії, але й до збільшення випадків повідомлення особам про підозру у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ст. 307 КК України.

У той же час такі кількісні показники діяльності правоохоронних органів на стадії досудового слідства повинні бути не менші їх якісних за результатами судового розгляду кримінальних проваджень даної категорії в суді.

Питання провокації на вчинення кримінального правопорушення має не тільки теоретичне, але й практичне значення. Суспільна небезпечність провокації полягає в тому, що умисні дії працівників правоохоронних органів спрямовані на штучне створення доказів винуватості особи з метою подальшого притягнення такої особи до кримінальної відповідальності, що є недопустимо та, у свою чергу, не сприяє виконанню завдань кримінального провадження, які визначено ст. 2 КПК України [60, с. 124].

Крім того, небезпечність даного поняття полягає в тому, що за відсутності умисно створеної правоохоронними органами обстановки, особа, яку підбурювали провокаційними діями, не вчинила б це кримінальне правопорушення.

Переважно частину проваджень у яких має місце провокація на вчинення кримінального правопорушення становлять справи про збут заборонених до обігу речовин.

Застосування правоохоронними органами у своїй діяльності методів провокації не є новим, оскільки у кримінальному законодавстві відсутні належні заходи реагування на таку їх поведінку.

Не дивлячись на високі оцінки КПК України міжнародними партнерами, у практичній діяльності трапляються непоодинокі випадки порушення його вимог, зокрема, вчинення провокації кримінального правопорушення працівниками правоохоронних органів, що є неприпустимо та потребує негайного усунення

такого негативного явища під час досудового розслідування кримінальних проваджень вищезазначеної категорії.

Наразі залишається актуальним визначення поняття провокації, використання у доказуванні здобутих у такий спосіб доказів, а також відмежування провокації вчинення кримінального правопорушення правоохоронними органами від правомірної їх поведінки.

Допустимість доказів тобто отримання їх у порядку встановленому КПК України у даній категорії кримінальних проваджень суттєво впливає на перспективи досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів. Недопустимі докази не можуть взяті до уваги при прийнятті будь-яких процесуальних рішень у кримінальному провадженні.

Для більш точного розуміння поняття провокації необхідно проаналізувати досвід іноземних країн, а також сформулювати пропозиції щодо вдосконалення законодавства України у цій сфері.

Академічний тлумачний словник української мови містить таке визначення поняття «провокація»: навмисні дії проти окремих осіб, організацій, держав тощо з метою штовхнути їх на згубні для них вчинки [102].

Аналізуючи визначення даного поняття, яке сформовано у зазначеному словнику, його умовно можна розділити на три частини: 1) умисні, протиправні дії певних осіб; 2) зазначені дії направлені проти окремих осіб; 3) результат – дії особи, яка їх вчинила суперечать, для прикладу, нормам права за порушення яких передбачена встановлена законом відповідальність.

Законодавство більшості країн світу (для прикладу Латвійської Республіки, Республіки Молдова, Республіки Узбекистан тощо) не містять визначення поняття провокація. Не є виключенням з цього переліку і Україна.

На противагу цьому ст. 145 КК Грузії провокацію злочину визначає, як схиляння особи до вчинення злочину з метою притягнення її до кримінальної відповідальності [110].

Інше за змістом визначення даного поняття наведено у КК Королівства Іспанії. Зокрема, ст. 18 зазначає, що провокацією визначається безпосередне

підбурювання особи до вчинення злочину через пресу, радіо або інші засоби подібної дії, які сприяють розголошенню інформації або перед скупченням народу [127].

За КК Королівства Іспанії провокація визначається як підбурювання великої кількості людей. У той же час даними нормами не передбачено викриття особи, яка підбурюється до вчинення злочину.

У ФРН під поняттям провокація розуміють, як прагнення змусити особу, яка готується до вчинення злочину діяти в не вигідних для себе умовах і тим самим полегшити задачу затримання і викриття правопорушника. Співробітники правоохоронних органів не підлягають покаранню за вчинення провокаційних дій, оскільки їх дії спрямовані не на вчинення злочину, а на те щоб попередити більш небезпечні наслідки [36, с. 29].

У США провокацію злочину вперше було визнано як обставину, що виключає винність особи, та вироблено доктрину, відповідно до якої поліцейська провокація ділиться на «правомірну» і «неправомірну». Остання має місце, коли співробітник правоохоронних органів (або особа, яка надає їм сприяння) з метою ініціювання кримінального переслідування активно спонукає особу до скоєння злочину, який той не мав наміру вчинити. У такому випадку дії агента розглядаються як «затягування в пастку» й оголошуються протиправними [94, с. 7].

На сьогоднішній день законодавство України не містить визначення поняття «провокація», що породжує на практиці під час досудового розслідування та судового розгляду певні проблеми в частині визнання допустимими докази, які отримані внаслідок провокаційних дій співробітників правоохоронних органів.

Посилання у кримінальному процесуальному законодавстві на заборону провокації (підбурювання) особи на вчинення кримінального правопорушення наявне лише у ч. 3 ст. 271 КПК України.

Так, відповідно до положень 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 би вона 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 [45].

Аналізуючи положення даної статті можна зробити висновок, що законодавець під час проведення НС(Р)Д забороняє провокувати особу на вчинення кримінального правопорушення та наводить можливі форми провокації. У той же час, КПК України або інші нормативно-правові акти будь-яких посилань щодо визначення поняття провокація не містять.

Зокрема у Главі 4 КПК України відсутні вказівки на недопустимість доказів отриманих внаслідок провокації.

Вважаємо, що такі недоліки законодавства є підґрунтям для різного трактування одних і тих самих положень закону уповноваженими на те суб'єктами і, як наслідок, формування в однакових випадках різноманітної практики як під час досудового розслідування так і під час судового розгляду кримінальних проваджень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, що є неприпустимо.

Також, заборона провокації визначена у ст. 370 КК України, де встановлено кримінальну відповідальність за провокацію підкупу. Водночас положення даної статті стосуються виключно службових осіб та кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності і не стосуються в цілому провокації вчинення кримінального правопорушення, яка за своїм змістом має більш широке поняття.

Напевно тому правоохоронні органи за відсутності кримінальної відповідальності за провокацію кримінального правопорушення під час фіксування незаконної діяльності особи все частіше у своїй роботі вдаються до провокаційних методів.

Тема провокації багато разів ставала предметом для розгляду у ЄСПЛ в частині порушення ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка регламентує право кожної особи на справедливий і публічний розгляд кримінального провадження судом.

Ставлення ЄСПЛ до провокації є вкрай негативним, що у свою чергу знайшло відображення у багатьох його рішеннях.

Тлумачення ЄСПЛ положень даної статті має велике практичне та теоретичне значення для його правозастосування у кримінальному провадженні.

Тому, дивлячись на засади кримінального провадження, що визначені КПК України, процесуальне законодавство повинно враховувати та застосовувати практику ЄСПЛ.

Статтею 87 КПК України визначено перелік діянь, які суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав та свобод людини, що є підставою для визнання отриманих доказів недопустимими. У свою чергу, такі докази не можуть бути використані слідчим та/або прокурором під час прийняття процесуальних рішень, а також на них не може посилатися суд при ухваленні судового рішення.

Даний перелік діянь, які визначені законодавцем, не є вичерпним.

Деякі порушення прав та свобод людини, які допущені під час кримінального провадження, суттєво впливають на допустимість доказів, отриманих за результатами проведення С(Р)Д. Зокрема, це стосується провокації на вчинення кримінального правопорушення співробітниками правоохоронних органів під час проведення деяких видів НС(Р)Д.

У першу чергу це стосується контролю за вчиненням злочину, який з урахуванням положень ч. 3 ст. 271 КПК України ймовірно може містити загрозу порушення прав осіб, відносно яких проводиться зазначена НС(Р)Д.

Саме здобуті у такий спосіб докази повинні обов'язково та ретельно бути перевірені на стадії досудового розслідування прокурором, а під час судового розгляду провадження – судом.

Прийняття слідчим, прокурором, слідчим суддею та судом під час кримінального провадження законних процесуальних рішень можливо лише після дослідження всіх обставин кримінального провадження, а їх рішення повинні ґрунтуватись тільки на допустимих та належних доказах.

Саме на основі сукупності зібраних у кримінальному провадженні доказів уповноважені на це суб'єкти роблять висновок про винуватість чи невинуватість особи тощо, приймаючи відповідні процесуальні рішення.

Помилка, яка допущена слідчим, прокурором, слідчим суддею та судом під час дослідження та оцінки доказів, яка проводиться за їх внутрішнім переконанням, може стати підставою для прийняття незаконних рішень та в подальшому привести до порушення прав та свобод людини, що визначені законами України.

Належна правова оцінка доказів не можлива без всебічного, повного та неупередженого дослідження всіх обставин кримінального провадження, незалежно від того викривають чи виправдовують вони особу.

У свою чергу уповноважені суб'єкти для прийняття законного та обґрунтованого рішення повинні кожен доказ оцінити з точки зору належності, допустимості та достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності для прийняття конкретного процесуального рішення.

Оцінка доказів уповноваженими суб'єктами здійснюється за їх внутрішнім переконанням відповідно до законодавства України, чинного на момент прийняття такого рішення.

Саме від належної правової оцінки доказів під час досудового розслідування вказаної категорії кримінальних проваджень залежить законність прийнятого рішення, а також ступінь захисту прав та інтересів учасників кримінального провадження.

Загалом, під час здійснення кримінального провадження уповноважені суб'єкти (дізнавач, слідчий, прокурор, слідчий суддя та інші учасники кримінального провадження) зобов'язані неухильно дотримуватись положень КПК України та інших нормативно-правових актів.

Згідно ст. 9 КПК України закони та інші нормативно-правові акти України повинні відповідати КПК України. Водночас, під час здійснення кримінального провадження не можуть застосовуватись закони, які суперечать КПК України [45].

У свою чергу, особливої уваги потребує дотримання встановленого КПК України порядку проведення слідчих дій під час досудового розслідування кримінальних проваджень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.

Згідно ст.ст. 19, 62 КУ органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях [42].

Отже, аналізуючи вищезгадані положення Основного Закону України, у разі встановлення під час проведення НС(Р)Д ознак провокування (підбурювання) особи на вчинення кримінального правопорушення зі сторони правоохоронних органів, здобуті докази у такий спосіб повинні розглядатися судом як отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, які визначено КУ та законами України невідчужуваними та непорушними і визнаватися недопустимими, тобто такими, що отримані з порушенням вимог КПК України.

Крім того, у рішенні КСУ від 20.10.2011 № 12-рп/2011 у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 62 КУ суд зазначив, що визнаватись допустимими і використовуватись як докази у кримінальному провадженні можуть тільки фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства. Також суд констатував, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом, у тому числі, одержаних з порушенням порядку, встановленого законом [97].

Отже, докази, які отримані у порушення порядку, встановленому кримінальним процесуальним законодавством України є недопустимими та не можуть бути використані сторонами кримінального провадження для доведення винуватості або невинуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення.

Таким чином, під час проведення НС(Р)Д, які спрямовані на фіксування збуту наркотичних засобів, правоохоронні органи повинні дотримуватись межі дозволеної (правомірної) поведінки, особливо під час проведення контролю за



вчиненням злочину, який має дуже тонкі границі розмежування з провокацією (підбурювання) особи на вчинення кримінального правопорушення.

Саме під час проведення контролю за вчиненням злочину найчастіше трапляються провокаційні дії зі сторони працівників правоохоронних органів, які безпосередньо направлені на схиляння особи до вчинення кримінального правопорушення, який вона би не вчинила.

На жаль у кримінальному процесуальному законодавстві не визначено межі дозволеної (правомірної) поведінки правоохоронних органів під час проведення НС(Р)Д, що напевно і породжує зловживання ними своїми правами під час проведення вказаних слідчих дій.

На нашу думку, законодавче закріплення поняття провокації, а також встановлення кримінальної відповідальності за провокацію кримінального правопорушення значно мінімізувало зловживання співробітниками правоохоронних органів своїми правами під час проведення НС(Р)Д, особливо контролю за вчиненням злочину.

Поняття провокації досліджувалась багатьма науковцями, а тому на сьогодні існує декілька наукових думок.

Так, на думку Альшиної О.І. під провокацією злочину слід розуміти завідоме створення особою обстановки, що викликає вчинення іншою особою злочину або співучасть у такому злочині з метою її викриття, шантажу або заподіяння іншої матеріальної чи нематеріальної шкоди такій особі [2, с. 5].

Загодіренко П.О. у свою чергу визначив провокацію злочину, як умисні односторонні дії особи, спрямовані на втягнення особи, яку провокують, у вчиненні злочину з метою викриття останньої у скоєному [32, с. 159].

У Японії провокація як метод діяльності спецслужб відома під терміном «дізнання з приманкою». Тобто, співробітник правоохоронних органів, виступаючи в якості «приманки», спонукає злочинне діяння, чекає його вчинення та здійснює затримання [128, с. 19-20].

Також, необхідно звернути увагу на визначення провокації, яке сформовано ЄСПЛ у справі «Раманаускас проти Литви» від 05.02.2008. Так, у п. 55 зазначено,

що підбурювання з боку поліції має місце тоді, коли відповідні працівники правоохоронних органів або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб'єкта, схилиючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був вчинений [95].

Проаналізувавши судову практику національних судів, можна зробити висновок, що у кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів сторона захисту часто заявляє клопотання про провокацію кримінального правопорушення правоохоронними органами та просить суд визнати недопустимими докази, які отримані за результатами проведення НС(Р)Д у вигляді контролю за вчиненням злочину.

Відсутність у кримінальному процесуальному законодавстві встановлених критеріїв розмежування провокації на вчинення кримінального правопорушення від правомірної (дозволеної) поведінки правоохоронних органів під час фіксації збуту наркотичних засобів, значно ускладнює розгляд судом даних клопотань та спричиняє до формування на території України різної судової практики.

На нашу думку зазначені недоліки суттєво ускладнюють на стадії досудового розслідування діяльність уповноважених суб'єктів доказування на виявлення та фіксування фактів збуту заборонених до обігу речовин.

Так, в однаковій ситуації в одному випадку докази здобуті внаслідок проведення НС(Р)Д визнаються судами допустимими, а в іншому такі, що отримані внаслідок порушення прав та свобод людини, тобто недопустимими та на які не може посилатися суд, ухвалюючи відповідне судове рішення.

Така неузгодженість вкотре підкреслює проблематику порушеного питання, яка є актуальною як на стадії досудового розслідування так і під час безпосереднього розгляду кримінального провадження в суді.

У науковій літературі існує думка про те, що у кримінальному провадженні, де в якості доказів використовуються результати НС(Р)Д (оперативно-розшукової

діяльності) до обставин, які підлягають доказуванню повинно входити доведення факту «відсутності провокації» [123, с. 98].

Така думка науковця вкотре підкреслює значимість даного поняття у кримінальному провадженні під час доказування певних обставин.

У свою чергу, згідно норм діючого КПК України обов'язок доказування належності та допустимості доказів покладається на сторону, що їх подає.

Враховуючи принцип змагальності сторін, який визначений КПК України, сторона обвинувачення та сторона захисту наділена рівними правами на збирання доказів та реалізацію процесуальних прав, визначених КПК України.

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права [83].

Для прикладу, ЄСПЛ у справі «Ваньян проти Російської Федерації» зазначив, що докази отримані внаслідок провокації злочину не можуть бути використані під час кримінального провадження та свідчить про порушення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [7].

Як бачимо, ЄСПЛ у своїх рішеннях вкрай негативно ставиться до доказів отриманих у такий спосіб.

Вважаємо, що практика ЄСПЛ направлена на пошук відповідних критеріїв, які б могли виокремити правомірну та неправомірну поведінку працівників правоохоронних органів під час фіксування злочинної діяльності осіб.

Головною функцією ЄСПЛ є контроль за дотриманням і виконанням норм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та протоколів до неї державами-учасницями.

За статистичними даними ЄСПЛ у 2020 році прийнято 214 рішень проти України, що більше, порівняно з аналогічним періодом 2019 року, на 13 % (187) та менше ніж у 2018 році, на 36 % (290) [125].

Україна, як держава, яка прагне досягти європейських стандартів законодавства, а тому для формування її правової системи важлива практика ЄСПЛ.

Саме рішення ЄСПЛ, які постановлені проти України свідчать про оцінку рівня її національного законодавства та практики його застосування.

Загалом, рішення ЄСПЛ є реальним механізмом захисту порушених прав і свобод людини та позитивно впливає на формування судової практики з даного питання в Україні.

Вважаємо, що в деякій мірі рішення ЄСПЛ підштовхують Україну до вдосконалення та зміни національного законодавства, приводячи його до європейських стандартів.

Вивчивши рішення ЄСПЛ, можна стверджувати, що національні суди, які все частіше у своїх рішеннях використовують судову практику ЄСПЛ, констатуючи провокацію кримінального правопорушення, все одно допускають чимало помилок.

У свою чергу в Україні під впливом практики ЄСПЛ активно почала формуватись національна практика щодо визнання недопустимими докази, які отримані внаслідок провокації та постановлення на підставі цього виправдувальних вироків.

Тому є необхідність проаналізувати судову практику України з указанного питання.

Так, у вирокі Заводського районного суду міста Запоріжжя від 04.12.2017 сформовано висновок про наявність ознак провокації злочину щодо обвинуваченого. На думку суду ініціатива вчинення злочину виходила від правоохоронних органів, виходячи з наступних фактів. Так, всі три інкриміновані епізоди збуту психотропних речовин були проведені одній і тій же самій особі. Також суд констатував, що на момент початку проведення оперативної закупки не було об'єктивних та достовірних даних про те, що обвинувачений вчиняє чи готується вчинити злочин.

Крім того, суд зазначив, що працівники поліції після проведення оперативної закупки не затримали особу, а повторно провели ще дві оперативні закупки, що до практики ЄСПЛ є неприпустимим. Таким чином, суд дійшов до

переконання, що мала місце провокація на вчинення злочину, оскільки злочини не були б вчинені без втручання агента [16].

Відповідно до ухвали Запорізького апеляційного суду від 21.01.2020 висновок суду першої інстанції про те, що стороною обвинувачення докази отримані незаконним шляхом є належним чином обґрунтованим та вмотивованим [118].

У вирокі Миргородського міськрайонного суду Полтавської області від 29.07.2019 також сформовано висновок про наявність ознак провокації щодо осіб, які обвинувачувалися у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 307 КК України. Ухвалюючи виправдувальний вирок, суд зважав на таке, що у справі відсутні дані про те, що обвинувачені займались збутом наркотичних засобів іншим особам, крім закупного. Також стороною обвинувачення не надано суду жодних доказів, які свідчать про підшукування обвинуваченими покупців психотропних речовин, залучення посередників для зберігання чи приховування в них наркотичних засобів [18].

Також, у вирокі Хотинського районного суду Чернівецької області від 28.04.2020 у справі № 717/1499/19 також наведено ознаки провокації. Так, судом зазначено, що стороною обвинувачення під час судового провадження не було надано належних доказів на підтвердження наявності законних підстав та приводів для проведення оперативних закупок. Під час досудового розслідування працівниками правоохоронних органів зафіксовано збут наркотичних засобів одній і тій же особі, яка залучена ними для проведення НС(Р)Д і за відсутності будь-яких даних про збут винною особою наркотичних засобів іншим особам. Тому суд зазначив, що докази отримані внаслідок провокації є недопустимими і не можуть використані у доказуванні, як і всі похідні докази, отримані у ході оперативних закупок за принципом доктрини «плодів отруйного дерева» [22].

Відповідно до ухвали Чернівецького апеляційного суду від 08.07.2020, якою рішення суду першої інстанції в частині визнання обвинуваченого невинним за ч. 2 ст. 307 КК України залишено без змін. Так, колегія суддів дійшла до висновку, що під час здійснення слідчих дій органи досудового розслідування не

виявили необхідної пасивності та мала місце провокація. Матеріали кримінального провадження не містять інформацію та стороною обвинувачення у ході судового розгляду не надано будь-яких відомостей про те, що обвинувачений раніше збував заборонені до обігу речовини, крім легендованій особі, ще й третім особам [121].

Аналізуючи практику національних судів встановлено, що судами для встановлення в діях правоохоронних органів ознак провокації беруться до уваги різні критерії: відсутність у правоохоронців на момент проведення закупки відомостей, що підтверджують протиправну діяльність особи; відсутність даних про збут заборонених до обігу речовин іншим особам крім особи, яка залучена до конфіденційного співробітництва; відсутність підстав для проведення в особи повторних закупок.

Відсутність єдиного підходу у національній судовій практиці до поняття провокації кримінального правопорушення, вкрай негативно позначається на стані досудового розслідування даної категорії кримінальних проваджень. Оскільки, за даних обставин оперативні працівники, слідчий та прокурор не можуть бути цілком упевненими, що їх дії під час виявлення та фіксації заборонених до обігу речовин не містять провокаційного характеру.

У кримінальних провадженнях, де судами констатовано провокацію вчинення кримінального правопорушення правоохоронними органами, докази визнавалися недопустимими та такими, що отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, а особи до кримінальної відповідальності не притягувалися.

Як ми бачимо за відсутності у кримінальному процесуальному законодавстві визначення поняття провокація, суди у кожному конкретному випадку для визначення даного терміну беруть різні критерії.

Вважаємо, що для встановлення у діях правоохоронних органів наявності провокації або її відсутності суду під час розгляду кримінального провадження необхідно з'ясувати наступні питання:

- чи було у правоохоронних органів достатньо відомостей про те, що особа займається збутом наркотичних засобів;

- чи були в діях таємних агентів умовляння, шантаж, підкуп, обман, збільшення ціни понад звичайну, настирливість тощо, що призвело до виникнення в обвинуваченого наміру збути заборонені до обігу речовини;

- чи була залежною від правоохоронних органів особа, яка залучається останніми до конфіденційного співробітництва (наявність стосовно особи кримінальних проваджень, не знята та не погашена судимість тощо);

- інформація, яка стала підставою внесення відомостей до ЄРДР за ст. 307 КК України;

- результати проведення контролю за вчиненням злочину повинні бути не єдиним доказом, що підтверджують незаконну діяльність особи;

- поведінка співробітників правоохоронних органів під час фіксування збуту наркотичних засобів у особи. У свою чергу уповноважені суб'єкти під час документування протиправної діяльності особи повинні поводитись пасивно, тобто не ініціювати протиправну діяльність особи, а навпаки долучатись до неї та зафіксувати її у порядку встановленого КПК України.

У своїх рішеннях суди України враховують практику ЄСПЛ, яка має суттєве значення для національного законодавства, посиляючись на їх правові позиції, у тому числі, що стосується провокації вчинення кримінального правопорушення.

Таким чином, національна судова практика спрямована на пошук оптимальних критеріїв за допомогою яких можливо було б розділити правомірну (дозволену) поведінку правоохоронних органів від неправомірної, що пов'язана з провокацією на вчинення кримінального правопорушення.

Винайдення даних критеріїв по-перше: стабілізує судову практику щодо єдиних критеріїв визначення судами поняття провокація, по-друге: встановить межі дозволеної поведінки правоохоронних органів під час фіксування збуту наркотичних засобів, по-третє: надасть змогу органам досудового розслідування виробити єдину методичку розслідування даної категорії кримінальних правопорушень.

Водночас, відсутність у національному законодавстві визначення поняття провокації, а також форм її прояву значно ускладнює судам пошук оптимальних критеріїв для визначення провокації.

Також, досить актуальним на практиці залишається питання кількості проведених під час досудового розслідування оперативних закупок в однієї особи. Відсутність у кримінальному процесуальному законодавстві регламентованих вимог щодо кількості проведення закупок призводить до формування на території держави різної судової практики.

Опрацювавши практику національних судів з'ясовано, що трапляються випадки визнання судами провокацією кримінального правопорушення проведення правоохоронними органами в особи повторних оперативних закупок.

Для прикладу, у виправдувальному вирокі Михайлівського районного суду Запорізької області від 15.02.2018 суд зазначив, що у правоохоронних органів не було достатньо даних для проведення трьох оперативних закупок. Крім того, вони були проведені покупцями на прохання працівників правоохоронних органів, за активної участі та контролем правоохоронців і за відсутності будь-яких даних про збут обвинуваченим психотропних речовин, а тому суд зазначив, що докази здобуті під час досудового розслідування шляхом провокації, є недопустимими [19].

Бродівський районний суд Львівської області (вирок від 21.01.2021 у справі № 439/778/19) за обвинуваченням особи у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 307, ч. 2 ст. 307, ч. 1 ст. 309, ч. 1 ст. 263 КК України, зважав на таке. Зокрема, під час досудового розслідування правоохоронними органами проведено дві оперативні закупки. При цьому, необхідності проведення такої кількості оперативних закупок в органів досудового розслідування не було, останні зобов'язані були відразу ж після першої такої закупки затримати особу. Таким чином, судом констатовано провокаційні дії з боку працівників правоохоронних органів, оскільки вони не здійснили заходів, направлених на припинення злочинної діяльності, а навпаки, продовжили свої провокаційні дії, тобто не обмежились пасивним



розслідуванням, а продовжили підбурювати особу до вчинення злочину. Зокрема, на думку суду, активні дії особи, яка залучена правоохоронними органами до проведення НС(Р)Д полягали у постійному ініціюванні ним зустрічей із обвинуваченим, спільному вживанню наркотичних засобів, а в подальшому, під час повторної закупки заборонених до обігу речовин, моделювання обстановки збуту обвинуваченим наркотичного засобу. З огляду на викладене, суд зазначив, що у даному випадку мала місце провокація злочину з боку працівників правоохоронного органу, оскільки під час досудового слідства вони не проявили необхідної пасивності [11].

Аналізуючи дані рішення слід зазначити, що як і в першому так і в другому випадку суди констатували, що проведення контролю за вчиненням злочину у два і більше етапи є провокацією. Правоохоронні органи після документування збуту заборонених до обігу речовин повинні затримати особу продавця на місці події та вилучити у нього грошові кошти, речові докази тощо. Такі дії органів досудового розслідування на думку суду не сприяли попередженню та виявленню злочинної діяльності.

Всі докази, які зібрані під час проведення контролю за вчиненням злочину, за наявності ознак провокації, визнавалися судами недопустимими тобто такими, що отримані з порушенням порядку, визначеного КПК України.

Тому, для правильного розуміння проблематики питання та винайдення шляхів її розв'язання необхідно розглянути два варіанти подій: 1) проведення в особи однієї оперативної закупки; 2) проведення двох і більше закупок під час документування протиправної діяльності особи, відповідальність за яке передбачена ст. 307 КК України.

Розглядаючи перший випадок, за результатами фіксування збуту особою заборонених до обігу речовин, уповноважені особи зобов'язані затримати правопорушника у порядку ст. 208 КПК України. Так, у слідчого з моменту затримання особи є 24 години призначити експертизу матеріалів, речовин та виробів, та отримати відповідний висновок експерта на підтвердження того, що вилучена речовина дійсно належить до наркотичних засобів, психотропних

речовин або їх аналогів, після чого повідомити особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 307 КК України.

З практичної точки зору, беручи до уваги, що деякі види заборонених до обігу речовин (амфетамін та інші види психотропних речовин) потребують більш тривалого дослідження), то отримання висновку експерта упродовж 24 годин є проблемою. Отож, затримання та повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, відповідальність за яке передбачена ст. 307 КК України, за відсутності висновку експерта дає обґрунтовані підстави стороні захисту оскаржити такі процесуальні дії (затримання особи) слідчому судді.

Оскільки, саме на стадії повідомлення особі про підозру та застосування відносно неї запобіжного заходу, висновок експерта стане основним доказом, що підтверджуватиме протиправну діяльність особи.

На нашу думку, з цією метою необхідно внести зміни в ч. 3 ст. 214 КПК України, доповнивши її наступним змістом: до внесення відомостей в ЄРДР у кримінальних провадженнях, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів може бути отримано висновок спеціаліста за результатами попереднього дослідження заборонених до обігу речовин.

Як правило, розпізнати наркотичні засоби допомагають наступні ознаки: запах, консистенція, колір, морфологія тощо.

З однієї сторони, дане попереднє дослідження носитиме більш оперативний характер, а з іншої надасть певні відомості щодо висунення та перевірки певних слідчих версій, розкриття кримінального правопорушення «за свіжими слідами».

Наявність до завершення огляду місця події проведеного «експрес аналізу» вилучених речовин, надасть можливість слідчому та/або прокурору оперативно прийняти відповідні процесуальні рішення (затримати або відпустити особу), сформувавши план невідкладних С(Р)Д.

Проведення даного «експрес-аналізу» на місці події є можливим та не потребує значного часу. Так, для ідентифікації вилученої речовини та її приналежності до наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів у

розпорядженні спеціаліста має бути всього три предмети: реактив (розчин сірчаної кислоти та формаліну), лабораторна пробірка та сама вилучена речовина.

Ідентифікувати вид наркотичного засобу можливо від кольору розчину, який він обрав, після поміщення до нього речовини. Для кожного із виду наркотичних засобів характерним є певний колір.

Вважаємо, що результати такого дослідження необхідно фіксувати у висновку спеціаліста, де слід зазначити хід і результати даного дослідження.

Водночас, дивлячись на джерела доказів, які визначено КПК України, у подальшому неминучим є призначення відповідної експертизи.

Наразі, в умовах воєнного стану у зв'язку із збройною агресією Російської Федерації відносно України, законодавцем внесено відповідні зміни до процесуального закону.

У разі наявності відповідних об'єктивних причин, що унеможливило вручення затриманій особі письмового повідомлення про підозру у строки встановлені ст. 278 КПК України (24 години), то строк для вручення письмового повідомлення про підозру затриманій особі може бути продовжено до 48 годин [45].

Вважаємо, що таке процесуальне рішення повинно бути викладене у формі постанови, яка повинна містити мотиви прийняття такого рішення.

На нашу думку, такою підставою може бути перебування на виконанні експертизи вилучених під час першої закупки в особи наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

У той же час, збільшення терміну для вручення затриманій особі письмового повідомлення про підозру не є достатнім для проведення відповідних експертиз, вилучених заборонених до обігу речовин.

Крім того, вказані зміни до КПК України є тимчасовими, що діють на період воєнного стану.

Зокрема, враховуючи порядок розсекречування матеріальних носіїв інформації щодо проведення НС(Р)Д, на момент здійснення вищевказаних процесуальних дій у розпорядженні слідчого та прокурора з великим ступенем

ймовірності їх може і не бути, що значно ускладнить доведення останніми законності своїх процесуальних дій. Оскільки, процес розсекречення протоколів НС(Р)Д є трудомістким процесом. Рішення про розсекречення матеріальних носіїв інформації приймає прокурор на підставі своєї постанови. У подальшому керівник органу прокуратури надсилає керівнику відповідного органу, де здійснювалось засекречування матеріальних носіїв інформації відповідне клопотання щодо скасування грифу секретності з відповідних протоколів, які зазначено у клопотанні. Тільки після цього створюється експертна комісія, якій доручено підготовка рішення про скасування результатів НС(Р)Д.

Вказаний порядок розсекречення результатів НС(Р)Д вкотре підтверджує, що 24 години, упродовж якої повинно бути вручено письмове повідомлення про підозру є замало, для скасування грифу секретності з вказаних протоколів та використання їх як доказів для обґрунтування повідомленої підозри.

Вважаємо, що порядок розсекречення в цій частині потребує доповнення. На нашу думку, у виняткових випадках необхідно застосовувати спрощений порядок розсекречування результатів НС(Р)Д у разі затримання особи з підстав визначених ст.ст. 207, 208 КПК України. Таке рішення повинно бути оформлено виключно постановою прокурора, який здійснює процесуальне керівництво у кримінальному провадженні з подальшим повідомленням керівника органу, де засекречено матеріальний носій інформації.

Таким чином, усунення значної кількості суб'єктів (керівника органу прокуратури, керівника органу, де засекречено матеріальні носії інформації, експертну комісію з питань таємниць), кожний з яких виконував певні функції у процесі розсекречення результатів НС(Р)Д, значно зменшує час для скасування грифу секретності з відповідних документів.

Також, у слідчого та прокурора під час письмового повідомлення про підозру та, в подальшому, під час звернення до суду з клопотанням про застосування запобіжних заходів буде достатньо доказів винуватості особи, що цілком обґрунтовують такі рішення слідчого та прокурора.

Також, на нашу думку проведення правоохоронними органами в особи однієї закупки не сприятиме останнім встановленню всього ланцюга походження та розповсюдження заборонених до обігу речовин, притягнення винних до відповідальності, що є основним завданням у кримінальних провадженнях зазначеної категорії.

Зокрема, вважаємо, що виявити в межах однієї закупки організовану групу чи злочинну організацію не можливо. Для виявлення зазначених злочинних угруповань необхідно установити та довести стійке об'єднання, метою якого є вчинення протиправної діяльності, відповідальність за яке передбачена ст. 307 КК України, об'єднаних єдиним планом, а також встановити функції кожного з учасників групи.

Для документування зазначених угруповань необхідно провести не одну закупку заборонених до обігу речовин щоб встановити ознаки вищенаведених об'єднань та функції його учасників.

Другий варіант за своїм змістом на відміну від першого є більш логічним та раціонально обґрунтованим, враховуючи ті принципи та завдання, які поставлені перед правоохоронними органами у кримінальних провадженнях, у тому числі, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, виходячи з наступного:

По-перше: на момент проведення в особи повторної закупки заборонених до обігу речовин, слідчий у своєму розпорядженні матиме вже висновок експерта за результатами дослідження речовини, вилученої під час першої закупки, що у свою чергу підтвердить або спростує протиправну діяльність особи.

По-друге: проведення повторної закупки надасть змогу органу слідства визначити дійсні наміри особи, яка займається протиправною діяльністю, а також встановити умисел та мету незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

По-третє: у правоохоронних органів є більше можливостей встановити схеми розповсюдження заборонених до обігу речовин.

У той же час слід пам'ятати, що при проведенні кожного наступного етапу закупки у постанові прокурора необхідно обґрунтувати її доцільність.

Вважаємо, що проведення закупок у два етапи нададуть змогу органам слідства встановити джерело походження заборонених до обігу речовин, можливих співучасників протиправної діяльності, схеми реалізації наркотичних засобів тощо.

Нашу позицію, що стосується фіксування збуту заборонених до обігу речовин у дві закупки підтримують і опитані респонденти. Зокрема, 50 % опитаних схиляються до думки щодо необхідності проведення двох закупок; 40 % опитаних відповіли – достатньо і однієї закупки; 6 % опитаних вважають, що кількість проведення закупок є необмеженою, все залежить від рішення прокурора і ще 4 % опитаних вважають, що кількість закупок залежить від конкретних обставин і кваліфікації діяння особи за нормами КК України.

Такі результати дослідження вкотре підкреслюють існування на стадії досудового розслідування різної практики щодо фіксування збуту заборонених до обігу речовин, що вже на стадії судового розгляду спричиняє до надання судом неоднозначних правових оцінок таким діям органу досудового розслідування.

Варто зауважити, що інформація отримана за результатами проведення контролю за вчиненням злочину не повинна бути єдиним доказом у кримінальному провадженні на що неодноразово звертав увагу у своїх рішеннях ЄСПЛ. Так, злочинна діяльність особи повинна бути підтверджена й іншими доказами, які у своїй сукупності давали достатньо підстав для прокурора прийняти процесуальне рішення про проведення контролю за вчиненням злочину.

Таким чином, за наявності в органів досудового розслідування до прийняття рішення про проведення контролю за вчиненням злочину достатніх даних про протиправну діяльність особи, проведення закупок в декілька етапів не може свідчити про провокацію за умови належного обґрунтування у постанові підстави та мети проведення кожного наступного етапу закупки, підтвердженого належними та допустимими доказами.

Крім того, необхідно звернути увагу, що кримінальне процесуальне законодавство України не визначає кількості проведення в однієї особи закупок в межах кримінального провадження.

Таким чином, з однієї сторони – це надає уповноваженим суб'єктам право на проведення в однієї особи не визначеної кількості закупок, а з іншої є підставою для зловживання ними своїми правами, що у свою чергу спричиняє порушення прав учасників кримінального провадження.

В той же час, ст. 307 КК України передбачає одну із кваліфікуючих ознак даного складу кримінального правопорушення, як «повторність», тобто вчинення двох або більше діянь, визначених ст. 307 КК України. До вказаних діянь слід віднести незаконне виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання з метою збуту, а також збут заборонених до обігу речовин.

Таким чином, аналізуючи положення КК України, який передбачає «повторність» кримінального правопорушення та відсутність у КПК України прямої заборони до проведення двох і більше закупок, наводить нас на думку, що у разі проведення контролю за вчиненням злочину у два і більше етапи в однієї особи, з дотриманням положень КПК України та з урахуванням практики ЄСПЛ, докази здобуті у такий спосіб є допустимими.

Водночас, у разі встановлення судом в діях співробітників правоохоронних органів ознак провокації, докази отримані у такий спосіб визнавалися недопустимими.

З огляду на викладене, на прокурора, як на суб'єкта, що здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва, покладаються особливі гарантії дотримання законності під час проведення НС(Р)Д – контролю за вчиненням злочину у визначених КПК України формах.

Оскільки, саме від прокурора, як єдиного суб'єкта, уповноваженого на прийняття рішення про проведення контролю за вчиненням злочину, залежатиме кількість проведення в однієї особи закупок заборонених до обігу речовин.

Одним із основного на що необхідно звертати увагу під час досудового розслідування даної категорії кримінальних правопорушень є поведінка та функції співробітників правоохоронних органів під час документування протиправної діяльності особи, відповідальність за яке передбачена ст. 307 КК України.

Дроздов О.М. у свою чергу наводить два фактори для визначення пасивності правоохоронних органів під час встановлення обставин вчинення злочину: 1) наявність достатніх даних для проведення відповідних заходів та 2) функції співробітників правоохоронних органів у вчиненні злочину [30].

Відсутність у кримінальному законодавстві відповідальності за провокацію кримінального правопорушення є підставою для зловживання своїми повноваженнями працівниками правоохоронних органів, у тому числі, під час досудового розслідування кримінальних проваджень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів.

Часто такі дії правоохоронців під час проведення НС(Р)Д є підставами для констатації судом провокації вчинення кримінального правопорушення і, як наслідок докази, які здобуті ними в такий спосіб визнаються недопустимими та не можуть бути використані у кримінальному провадженні.

Такі дії працівників правоохоронних органів або осіб, які залучені ними до конфіденційного співробітництва не повинні бути залишені поза увагою, а їх діям необхідно надати належну юридичну оцінку, у тому числі, кримінально-правового характеру.

На нашу думку положення ст. 370 КК України, яка передбачає кримінальну відповідальність за провокацію підкупу є невиправданою. По-перше: норми даної статті стосуються тільки корупційних кримінальних правопорушень. По-друге: суб'єктом провокації може бути тільки службова особа.

Вважаємо, що положення зазначеної статті КК України потребують вдосконалення, шляхом внесення відповідних змін.

Проаналізувавши законодавство іноземних держав (Грузії, Іспанії) бачимо, що в них суб'єктом даного кримінального правопорушення є загальний суб'єкт,



тобто фізична осудна особа, яка вчинила кримінальне правопорушення у віці з якого може наставати кримінальна відповідальність.

На нашу думку такий підхід є зрозумілим та виправданим, оскільки дане кримінальне правопорушення може вчинятися не тільки службовими особами правоохоронних органів, але й будь-якими особами, які для прикладу, залучаються у порядку конфіденційного співробітництва для проведення НС(Р)Д.

Тому вважаємо, що зарубіжний досвід вищевказаних держав необхідно врахувати в КК України щодо визначення загального суб'єкта кримінального правопорушення суб'єктом провокації, а також передбачити відповідальність не тільки за провокацію підкупу, а й за всі категорії кримінальних правопорушень, що значно розширить межі кримінальної відповідальності.

Щодо форми вини, то вона повинна бути виражена у формі прямого умислу, тобто особа усвідомлює суспільно-небезпечний (провокаційний) характер своїх дій відносно особи, яку вона провокує, передбачає їх наслідки та всеодно бажає їх настання.

Вважаємо, зазначені зміни у кримінальному законодавстві стимулюватимуть правоохоронні органи діяти більш професійно, не перевищуючи межі дозволеного законом.

До згаданих вище проблемних питань на нашу думку слід віднести:

- відсутність визначення та закріплення у кримінальному процесуальному законодавстві України поняття «провокація кримінального правопорушення», що може впливати на допустимість доказів, здобутих під час проведення НС(Р)Д, особливо – контролю за вчиненням злочину;

- відсутність законодавчого закріплення недопустимості доказів, отриманих внаслідок провокації вчинення кримінального правопорушення;

- відсутність кримінальної відповідальності за провокацію кримінального правопорушення.

Існуюча система кримінальної доктрини не повністю надає можливість боротися зі злочинністю на території нашої держави.

Це розуміє і законодавець, який наразі працює над проектом нового КК України.

Так, Указом Президента України «Питання Комісії з питань правової реформи» № 584/2019 від 07.08.2019 у складі комісії створено робочу групу з питань розвитку кримінального права. Крім іншого, перед нею поставлено завдання – забезпечення розроблення та внесення Президентові України узгоджених пропозицій з питань вдосконалення правової системи України з урахуванням сучасних викликів та потреб демократичного суспільства, зокрема підготовка змін до кримінального законодавства [55].

Так, робочою групою з питань розвитку кримінального права розроблено проект нового КК України, де з поміж іншого введено статтю 2.7.4 провокація злочину.

Аналізуючи положення даної статті вважаємо, що вона потребує доопрацювання.

Так, взагалі не надано визначення, що таке провокація та форми її прояву. На практиці, за відсутності законодавчого закріплення форм провокації, дуже часто дії правоохоронних органів під час досудового розслідування супроводжуються провокаційними діями, що у свою чергу призводить до визнання отриманих у такий спосіб доказів недопустимими.

Не дуже зрозумілими є положення ч. 2 ст. 2.7.4 проекту цього кодексу, де зазначено: не визнається провокацією злочину виявлення прокурором чи службовою особою органу правопорядку вже існуючого в особи наміру на вчинення певного злочину і надання їй можливості його вчинити під контролем прокурора чи органу правопорядку, який здійснюється відповідно до закону [85].

По-перше: перевірити дійсні наміри особи на вчинення кримінального правопорушення можливо тільки шляхом проведення С(Р)Д та НС(Р)Д.

По-друге: проведення контролю за вчиненням злочину можливо лише після наявності відповідних доказів, що підтверджують незаконну діяльність особи.

По-третє і найголовніше, наявність у прокурора до проведення контролю за вчиненням злочину достатньо відомостей про протиправну діяльність особи і

надання їй можливості його вчинити під контролем прокурора, на нашу думку, ще не може свідчити про відсутність провокації.

Вважаємо, що допустимість доказів, здобутих під час контролю за вчиненням злочину, залежатиме від поведінки співробітників правоохоронних органів, яка повинна бути пасивною на що у свою чергу неодноразово звертав свою увагу ЄСПЛ.

Тому, встановлення в особи наміру на вчинення кримінального правопорушення є тільки передумовою для фіксування протиправної діяльності особи.

Водночас, розділяємо думку щодо внесення змін в частині кримінальної відповідальності осіб, які спровокували вчинення кримінального правопорушення.

Аналізуючи положення згаданої статті, можемо констатувати, що законодавцем передбачено два види суб'єктів вчинення цього кримінального правопорушення: 1) спеціальний – прокурор, службова особа правопорядку (органи досудового розслідування та оперативні підрозділи); та 2) загальний – фізична особа, яка залучена правоохоронними органами для проведення відповідних процесуальних дій та діє за їх завданням.

Зокрема, відсутність в кримінальному законі відповідальності за провокацію кримінального правопорушення є підставою для зловживання своїми правами співробітниками правоохоронних органів та іншими особами, залученими до конфіденційного співробітництва під час проведення НС(Р)Д, а положення ст. 370 КК України, на що ми звертали свою увагу, стосується виключно корупційних кримінальних правопорушень.

Підсумовуючи вищенаведене приходимо до висновку, що положення КПК України та КК України в цій частині є недосконалими та потребують подальшого наукового розроблення.

Зокрема, на наш погляд необхідно внести зміни та доповнення в ч. 2 ст. 87 КПК України, доповнивши її шостим пунктом наступного змісту:

«Суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема такі діяння:

б) отримання доказів внаслідок провокації (підбурювання) особи на вчинення кримінального правопорушення співробітниками правоохоронних органів або особами, які діють за їхніми вказівками».

Також сформовано наукові пропозиції щодо внесення змін та доповнень до чинного КК України.

Зокрема, на нашу думку розділ VI Загальної частини КК України необхідно доповнити ст. 31-1 «Провокація кримінального правопорушення», виклавши її у редакції наступного змісту:

«1. Провокація – це умисні дії співробітників правоохоронних органів або осіб, що залучені ними до проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які шляхом умовляння, шантажу, підкупу, обману або іншим чином схилили особу до вчинення кримінального правопорушення, який в іншому випадку не було вчинено з метою викриття протиправної діяльності цієї особи, створення штучних доказів її винуватості та притягнення останньої до кримінальної відповідальності.

2. Особа, яка своїми умисними діями спровокувала (підбурила) іншу особу до вчинення кримінального правопорушення, підлягає кримінальній відповідальності як підбурювач».

Зокрема, проведеним анкетуванням 54 % респондентів розділяє нашу думку щодо внесення відповідних змін, які стосуються визначення провокації вчинення кримінального правопорушення та її критеріїв до КК України, 32 % респондентів пропонують внести зміни в окрему главу/розділ КПК України, 6 % вважають за можливе прийняти відповідний Закон, 4 % респондентів не бачать підстав для законодавчого визначення поняття провокації та її критеріїв, 2 % опитаних пропонують передбачити це у примітці до відповідної статті КПК України та ще 2 % вважають за необхідне внести одночасно відповідні зміни у КК України, КПК України та прийняти відповідний Закон.

Крім того, вважаємо, що кримінальна відповідальність за провокацію підкупу є недостатньо обґрунтованим та дієвим заходом щодо протидії

провокаційним діям зі сторони співробітників правоохоронних органів або осіб, які залучені ними до проведення НС(Р)Д та стосуються виключно категорії кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг.

Вважаємо, що КК України в цій частині потребує суттєвого вдосконалення.

Так, ст. 370 КК України Розділу XVII «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» на нашу думку слід викласти в новій редакції наступного змісту:

«Ст. 370. Провокація кримінального правопорушення

Умисне схиляння особи до вчинення кримінального правопорушення з метою подальшого викриття такої особи та притягнення останньої до кримінальної відповідальності,-

карається штрафом від однієї тисячі до п'яти тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян або обмеження волі на строк до п'яти років, або позбавлення волі на той самий строк».

Отже, враховуючи вищевикладене, на сьогоднішній день існує потреба законодавчого закріплення: визначення провокації кримінального правопорушення; недопустимості доказів, отриманих внаслідок провокації та кримінальної відповідальності за провокування (підбурювання) особи до вчинення кримінального правопорушення.

Для втілення зазначеного, доречно внести запропоновані зміни до чинного законодавства України.

### **3.2 Поняття провокації: динаміка прецедентної практики Європейського суду з прав людини та правової позиції Верховного Суду у кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів**

Останнім часом рівень підготовки осіб, які займаються незаконним збутом заборонених до обігу речовин зростає, а методи конспірації удосконалюються.

Змінюються способи вчинення даної категорії кримінальних правопорушень. Для прикладу, від їх розповсюдження у конкретно визначених місцях, залишення «закладок», до безконтактної форми їх збуту через мережу Інтернет, використання різноманітних месенджерів.

Зазначені вище обставини вимагають суди змінювати свої підходи до розгляду даної категорії кримінальних правопорушень, у тому числі, що стосується встановлення провокації вчинення кримінального правопорушення у діях правоохоронних органів.

Прагнення України наблизити рівень свого законодавства до міжнародного, вимагає від нас адаптувати національне право до європейських стандартів.

Імплементация міжнародно-правових норм у вітчизняне законодавство є досить складним процесом, який потребує створення на державному рівні необхідних для цього умов.

Наразі Україна вживає активних дій, які направлені на отримання нею членства в Європейському Союзі. Зокрема, 23.06.2022 країни-члени Європейського Союзу прийняли рішення про надання Україні статусу кандидата на членство в Європейський Союз.

Вступ до міжнародних інституцій, підписання різноманітних міжнародних договорів, конвенцій тощо, покладає на державу певні зобов'язання.

Так, перспектива членства в Європейському Союзі вимагає від України, у тому числі, прийняття та приведення національного законодавства у відповідність до законодавства цієї міжнародної організації. Тобто, Україна зобов'язана враховувати законодавство Європейського Союзу під час своєї законотворчості.

Приведення національного законодавства відповідно до міжнародних стандартів повинно бути побудовано на врахуванні позитивного досвіду іноземних держав. На жаль, на сьогодні ті зміни, які вносять до законодавства, не дають бажаного результату.

Тому, Україна все частіше враховує міжнародно-правові акти, ратифікує відповідні конвенції тощо.

Відповідно до положень п. 1 Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» зазначено, що Україна повністю визнає на своїй території юрисдикцію ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції [91].

Закріплення законодавцем таких положень закону спонукає національні суди під час прийняття рішень враховувати практику ЄСПЛ адже саме в його рішеннях найбільше розкривається значення більшості положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Як показує практика, саме ЄСПЛ є зразком справедливості та останньою інстанцією для захисту порушених прав громадян. Особи, які використали у своїй державі всі способи захисту своїх порушених прав, звертаються за їх захистом до ЄСПЛ.

Не є винятком з цього і Україна, оскільки на розгляді ЄСПЛ перебуває значна кількість справ, відповідачем у яких є наша держава.

Загалом значна кількість програних нашою державою справ у ЄСПЛ та досить велика кількість звернень громадян до даної міжнародної інстанції свідчать про те, що додержання Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод далеко від ідеалу.

Все частіше на рішення ЄСПЛ посилаються не тільки національні суди, але й адвокати, слідчі, прокурори під час подачі відповідних клопотань та/або скарг.

Для підтвердження вказаного, 56 % – опитаних у своїй практичній діяльності використовують рішення ЄСПЛ; 32 % відповіли – іноді та ще 12 % не використовують вказані рішення у своїй практиці.

Вважаємо, що відсоток суб'єктів, які у своїй діяльності використовуватимуть рішення ЄСПЛ надалі зростатиме. У свою чергу, це також свідчить про підвищення рівня правової обізнаності вказаних осіб.

Використання у своїй практичній діяльності вказаними суб'єктами рішень ЄСПЛ, можливо також пов'язано з пошуком відповідних відповідей на запитання, яке національне законодавство наразі не має.

Дані результати дослідження вкотре підтверджують значимість практики ЄСПЛ для кримінального процесуального законодавства України.

Однією з ключових функцій ЄСПЛ є забезпечення дотримання та виконання положень Конвенції державами-учасницями.

Загалом юрисдикція ЄСПЛ розповсюджується на всі питання тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї.

У той же час, ЄСПЛ не є вищим судовим органом відносно національних судів держави-учасниці Конвенції, він не може скасовувати їх рішення. ЄСПЛ у своїх рішеннях встановлює чи було допущено порушення норм Конвенції.

Водночас, питання належності та допустимості доказів, здобутих під час досудового розслідування у конкретному кримінальному провадженні, вирішується виключно судами України.

Загалом, за своєю природою, ЄСПЛ відіграє ключову роль щодо захисту прав громадян у нашій державі.

Зокрема, у ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», який регулює відносини, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконувати рішення ЄСПЛ, усунення причин порушення Україною Конвенції та протоколів до неї зазначено, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права [83].

Аналогічні за своїм змістом положення знайшли своє відображення і в КПК України.

Зокрема, у ст. 90 КПК України зазначено, що рішення національного суду або міжнародної судової установи, яке набрало законної сили і ним встановлено



порушення прав людини, які гарантовані КУ та міжнародними договорами, має преюдиціальне значення для суду, який вирішує питання про допустимість доказів [45].

Преюдиціальне значення для кримінального судочинства мають у тому числі і рішення ЄСПЛ, а це означає, що рішення згаданого суду мають правозастосовний характер для національних судів України.

Отже, аналізуючи положення кримінального процесуального законодавства України можемо стверджувати, що докази, які підтверджують порушення прав людини, гарантованих відповідними нормами, у раніше прийнятих рішеннях національних судів, є предметом дослідження пізнішого провадження, для прикладу, у ЄСПЛ та вразі встановлення даних судом порушень прав особи має для суду, який вирішує питання про допустимість доказів преюдиціальне значення та не підлягають повторному дослідженню.

Загалом, актуальними є рішення ЄСПЛ у яких висвітлено відповідну правову позицію і саме ці рішення використовуються під час вирішення аналогічних справ та є орієнтиром для національних судів.

Саме дотримання правових позицій ЄСПЛ забезпечить сталість цих рішень та однакове тлумачення їх позицій судами України під час розгляду справ.

Доволі часто рішення ЄСПЛ використовуються уповноваженими суб'єктами під час винесення процесуальних документів чи ухваленні судових рішень.

Таким чином, закріплення на законодавчому рівні таких положень свідчить про важливість та актуальність даного питання.

Під час проведення анкетування 86 % респондентів вважають, що рішення ЄСПЛ та постанови ВС, які стосуються провокації вчинення кримінального правопорушення впливають на їх процесуальні рішення у кримінальному провадженні, що вкотре підкреслює значущість рішень згаданих судів для слідчих, прокурорів, адвокатів та суддів.

Дивлячись на практику ЄСПЛ, в Україні почала формуватись своя практика, що стосується ухвалення судами виправдувальних вироків у зв'язку з наданням

стороною обвинувачення доказів, здобутих у результаті провокування (підбурювання) особи на вчинення кримінального правопорушення.

У своїй практиці ЄСПЛ сформував критерії визначення провокації, а також використання таємних агентів у порядку конфіденційного співробітництва під час проведення НС(Р)Д.

Так, у справі «Баннікова проти Російської Федерації» ЄСПЛ визначено критерії, які дають змогу розрізнити провокацію на вчинення кримінального правопорушення від правомірної діяльності правоохоронних органів та їх таємних агентів під час фіксування злочинної діяльності осіб.

Зокрема, визначено такі критерії: 1) перевірка обґрунтованості провокації (матеріальний критерій провокації); 2) процедура розгляду заяви щодо провокації (процесуальний критерій провокації).

Розкриваючи зміст матеріального критерію провокації, ЄСПЛ звертає свою увагу на те чи було б вчинено злочин без втручання органів влади, тобто чи здійснювалось розслідування «пасивно». При визначенні «пасивності» розслідування ЄСПЛ у своїй практиці бере до уваги чи були у правоохоронних органів об'єктивні відомості про те, що заявник причетний до злочинної діяльності або була істотна ймовірність вчинення ним злочину [4].

Таким чином, ЄСПЛ звертає свою увагу на наявність у розпорядженні компетентних органів відомостей про злочинну діяльність особи до початку фіксування її протиправної діяльності.

Також, у своїй практиці ЄСПЛ сформовано визначення терміну провокація.

Як вказує ЄСПЛ в справі «Раманаускас проти Литви» провокація має місце тоді, коли працівники правоохоронних органів або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів злочинної діяльності та реєстрації кримінального провадження, впливають на особу, схилиючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений [95].

Проблема провокації вчинення кримінального правопорушення на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень у сфері незаконного збуту наркотичних засобів була і залишається актуальною на сьогодні.

Аналізуючи правові позиції, які неодноразово були викладені у рішеннях ЄСПЛ можна прийти до наступного висновку. Якщо первинна інформація про незаконну діяльність особи викладена, як часто трапляється на практиці, у рапортах правоохоронних органів або повідомленнях зацікавлених осіб, які перебувають під контролем правоохоронців, то це є недостатніми підставами для початку проведення у подальшому НС(Р)Д. На нашу думку, якщо відомості про незаконну діяльність отримано із «зацікавлених» джерел, то це не може бути достатньою гарантією дотримання принципу законності та верховенства права. Такі відомості спочатку повинні бути ретельно перевірені за допомогою інших слідчих дій.

Якщо за результатами проведеної перевірки інформація буде підтверджена, то є достатньо підстав для проведення контролю за вчиненням злочину, з метою фіксування незаконної діяльності особи.

В іншому випадку, якщо інформація про злочинну діяльність особи стала відома правоохоронним органам від незалежної особи, публікації в засобах масової інформації тощо, то це є достатніми підставами для проведення НС(Р)Д, з метою перевірки даних відомостей. У цьому випадку можна вважати, що працівники правоохоронних органів, «приєдналися» до вчинення кримінального правопорушення.

Так, у рішенні «Мілінієне проти Литви» суд зауважив таке, що коли SS, маючи підтримку поліції, пропонував заявникові значні фінансові суми та отримав технічне обладнання для запису розмов між ними, то ймовірно поліція впливала на хід подій. Проте Суд не вважав, що роль поліції була незаконною, дивлячись на її обов'язок здійснювати перевірку обвинувачень у вчиненні злочинів. Крім того, суд не вважає, що роль поліції була визначальним чинником. Визначальним фактором на думку суду була поведінка SS і заявника. Суд погоджується, що правоохоронці «приєдналися» до злочинної діяльності, а не

ініціювали її. Суд вказав, що їхні дії залишились в межах роботи таємних агентів, а не агентів-провокаторів [131].

Залучення таємних агентів повинно бути обмежено та забезпечено відповідними гарантіями, навіть у випадку боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів. Публічні інтереси у сфері боротьби із забороненими до обігу речовинами не може бути підставою для використання доказів, отриманих в результаті провокації зі сторони правоохоронних органів [7].

Проаналізувавши правові позиції, які викладено у рішеннях ЄСПЛ, можна виділити такі вимоги щодо проведення контролю за вчиненням злочину:

1) поведінка правоохоронних органів або залучених ними до проведення НС(Р)Д таємних агентів повинна бути пасивною. Правоохоронні органи повинні «приєднатися» до злочинної діяльності та зафіксувати її, а не ініціювати протиправну діяльність;

2) до початку проведення НС(Р)Д у розпорядженні правоохоронних органів повинно бути достатньо інформації про причетність особи до незаконної діяльності, пов'язаної зі збутом заборонених до обігу речовин;

3) здобуті у такий спосіб відомості про протиправну діяльність особи не повинні бути єдиними у даному кримінальному провадженні. Мають бути достатні урівноважуючі фактори, які здатні забезпечити належну правову оцінку такого доказу.

На нашу думку, тільки за наявності вищенаведених обставин у прокурора, який здійснює процесуальне керівництво у відповідному кримінальному провадженні буде достатньо підстав для прийняття процесуального рішення про проведення контролю за вчиненням злочину.

Переходячи до процесуального критерію провокації, зміст якого полягає в тому, як саме національні суди розглядали скаргу заявника про провокування його до вчинення кримінального правопорушення правоохоронними органами.

Так, у справі «Баннікова проти Російської Федерації» суд повинен упевнитися в спроможності національних судів розглядати таку скаргу належним чином, відповідним праву на справедливий судовий розгляд. Тому, суд повинен

перевірити чи є обґрунтована скарга заявника про підбурювання розумним захистом згідно національного законодавства і чи є підстави для визнання доказів недопустимими. Загалом ЄСПЛ надав можливість національним органам влади вирішувати, якої процедури мають дотримуватися судові органи при отриманні заяви про підбурювання. ЄСПЛ зауважив, якщо обвинувачений стверджує, що його провокували вчинити злочин, то суд при розгляді кримінального провадження повинен ретельно дослідити матеріали справи для забезпечення права на справедливий суд в розумінні ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а всі докази отримані в результаті підбурювання з боку співробітників поліції повинні бути виключені. Якої б процесуальної форми національні суди не дотримувалися, суд вимагає щоб вона була змагальною, детальною, комплексною та незаперечною в питанні провокації злочину з метою його викриття [4].

Загалом факт доведення відсутності провокації покладається на сторону обвинувачення. Суд, у свою чергу, повинен ретельно перевірити доводи сторін, надавши їм належну правову оцінку.

Так, ВС у своїй постанові від 09.12.2020 констатував, що з моменту, коли сторона захисту почала стверджувати про існування провокації злочину, обов'язок доказування відсутності підбурювання лежить на стороні обвинувачення [74].

Також, у практиці ЄСПЛ можна виокремити третій критерій визначення провокації такий як методологія оцінки суду.

Даний критерій викладено у справі «Матановіч проти Хорватії».

У зазначеному рішенні ЄСПЛ зауважив, якщо суд дійде висновку, що скарга повинна розглядатися в категорії «справи про провокацію», то він повинен продовжувати оцінку за основним критерієм підбурювання (матеріальний). Суд зазначив, якщо внутрішні органи розслідували діяльність заявника пасивним способом і не підбурювали його до вчинення злочину, то це буде достатньо для того, щоб суд дійшов до висновку, що використання у кримінальному провадженні доказів проти заявника, не викликатиме спірних питань. Проте, якщо

суд у результаті матеріального критерію дійде висновку про нез'ясованість певних обставин через відсутність інформації у справі, відсутність розкриття інформації або протиріч у тлумаченні подій, що висуваються сторонами або якщо суд визнає на підставі матеріального критерію, що заявника було піддано підбурюванню до вчинення злочину, всупереч п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, то суд повинен здійснити другий крок – вдатися до процесуального критерію провокації [130].

Таким чином, встановлення ЄСПЛ у своїй практиці критеріїв визначення провокації на вчинення кримінального правопорушення зі сторони правоохоронних органів дає змогу розрізнити суду правомірну поведінку від неправомірної та прийняти відповідне рішення у кримінальному провадженні.

У контексті викладеного вивчено практику ЄСПЛ, що стосується провокації кримінального правопорушення та встановлено випадки, як наявності так і відсутності її ознак за певних обставин, що знайшло своє відображення у відповідних рішеннях суду.

Так, у рішенні «Малінінас проти Литви» суд зауважив, що саме офіцер V був ініціатором звернення до заявника, запитуючи в останнього, де можна придбати наркотики. Потім заявник запропонував поставити їх сам. Заявникові було запропоновано значну суму грошей – 3000 доларів США, для постачання великої кількості наркотиків. Очевидно, це являло собою спонукання до виробництва наркотиків. Суд першої інстанції визнав вирішальну роль поліції. Ці елементи у даній справі, на думку суду, розширили роль поліції за межами ролі агентів під прикриттям «агентів-провокаторів». Вони не просто «приєдналися» до злочину, що триває, а підбурили до його вчинення. Поліція не обмежилася пасивним розслідуванням злочинної діяльності заявника, але мала такий вплив, як підбурювання до вчинення злочину [129].

У справі «Ваньян проти Російської Федерації» заявник стверджував, що йому зателефонувала OZ та просила його купити для неї героїн. Вона поскаржилась заявнику, що їй дуже потрібні наркотики, оскільки, вона страждає від симптомів наркотичного голоду. Злякавшись, що OZ може покінчити життя

самогубством, заявник погодився та домовився про зустріч. Суд зауважив, що у правоохоронців були відсутні докази того, що заявник займався незаконною діяльністю та дійшов до висновку, що поліція спровокувала злочин, що виразилося у придбанні наркотиків на прохання OZ. Купівля наркотиків для OZ в основному ґрунтувалася на її показаннях та співробітників поліції [7].

У справі «Текшейра де Каштру проти Португалії» ЄСПЛ зазначив, що уряд не стверджує, що втручання офіцерів відбувалось в рамках операції по боротьбі з незаконним обігом наркотиків, яка була санкціонована та контрольована судом. У правоохоронних органів були відсутні підстави підозрювати, що заявник був наркоторговцем, навпаки він не мав судимостей та не перебував під слідством. Заявник не був відомий працівникам поліції, які вступили з ним в контакт через V.S. та V.O. Крім того, наркотиків вдома у заявника не було, він отримав їх від третьої особи, яка у свою чергу отримала їх від іншої особи. Так, у рішенні ВС від 05.05.1994 не вказано, що на момент затримання заявник мав у своєму розпорядженні більше наркотиків, ніж той обсяг, який у нього намагалися придбати співробітники поліції. Відсутні будь-які доводи про те, що заявник був схильний до скоєння правопорушень. Як висновок, суд зазначив, що співробітники поліції не обмежилися пасивним розслідуванням злочинної діяльності заявника, а мали вплив щоб спонукати його до вчинення злочину. Суд зауважив, що суди Португалії у своїх рішеннях зазначили, що заявника було засуджено на підставі показань двох поліцейських [135].

Необхідно також звернути свою увагу на рішення у справі «Веселов та інші проти Російської Федерації». ЄСПЛ встановив, що засудження заявників за злочини пов'язані з незаконним обігом наркотиків ґрунтувалося переважно на результатах контрольних закупівель поліцією. У жодному з цих випадків правоохоронні органи не розглядали можливість проведення інших слідчих дій, направлених на перевірку підозри, що заявники були наркоторговцями. Суд постановив, що кримінальне провадження проти всіх трьох заявників було несумісним з поняттям справедливого судового розгляду, в розумінні п. 1 ст. 6 Конвенції [136].

Також, прикладом ЄСПЛ у питанні наявності ознак провокації кримінального правопорушення є рішення у справі «Буряк Хан проти Туреччини».

Заявник стверджував, що його підбурював до вчинення злочину, як збут наркотиків агент-провокатор, за що він був засуджений національними судами. Він посилався на порушення п. 1 ст. 6 Конвенції. Заявник звертав увагу на п. 3 (d) ст. 6 Конвенції, а саме на порушення рівності сторін та право на захист, оскільки, під час судового розгляду не було допитано агента-провокатора, який брав участь у справі.

Суд зауважив, що складові злочину, вчиненого заявником, а саме придбання та збут наркотичних засобів, спровоковані агентом Х. Зазначений агент не обмежився суто пасивним спостереженням за злочинною діяльністю заявника, а підбурював останнього до вчинення злочину, зателефонувавши йому по мобільному телефону та попросивши надати йому заборонену до обігу речовину. Іншими словами, всупереч твердженням Уряду, навіть якщо відповідна особа була потенційна готова до вчинення злочину, у матеріалах справи не було об'єктивних доказів того, що заявник займався злочинною діяльністю до втручання агента Х. ЄСПЛ зазначив, що заявник не мав судимості і не діяв в організованій групі. Незначна кількість наркотиків, мова про який йдеться у справі, не знаходились вдома. Заявник отримав їх від третьої особи на прохання агента Х [126].

Узагальнюючи вищенаведені правові позиції ЄСПЛ, що стосуються встановлення в діях працівників поліції провокації кримінального правопорушення, необхідно виділити наступні моменти:

1) Досудове розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом заборонених до обігу речовин повинно бути пасивним, тобто працівники правоохоронних органів повинні не ініціювати кримінальне правопорушення, а приєднатися до його вчинення та зафіксувати протиправну діяльність особи.



2) У працівників правоохоронних органів на момент проведення контролю за вчиненням злочину повинно бути достатньо обґрунтованих доказів щодо незаконної діяльності особи.

Загалом, приводом для проведення НС(Р)Д є належні та допустимі докази, які зібрані під час досудового розслідування кримінального провадження, але яких недостатньо без проведення НС(Р)Д для притягнення особи до кримінальної відповідальності.

3) Протиправна діяльність особи, яка пов'язана із збутом наркотичних засобів повинна ґрунтуватись не тільки на доказах, які отримані внаслідок контролю за вчиненням злочину, але й підтверджуватись іншими слідчими діями.

4) Висновки про злочинну діяльність особи не повинні ґрунтуватись виключно на заявах співробітників поліції або показаннях осіб, які брали участь у проведенні НС(Р)Д.

Загалом ЄСПЛ у своїх рішеннях, пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів, виділив наступні ознаки провокації: пропонування таємним агентом ціни за товар, яка значно перевищує звичайну; умовляння, наполягання, шантажування, тиск на особу з метою продажу останньою заборонених до обігу речовин; схиляння особи до співчуття шляхом симулювання симптомів наркотичного голоду.

У разі встановлення таких фактів ЄСПЛ констатував порушення положень п. 1 ст. 6 Конвенції права на справедливий судовий розгляд.

Є в практиці ЄСПЛ рішення, якими встановлено відсутність ознак провокації зі сторони поліції.

Так, у справі «Секейра проти Португалії» заявник поскаржився на те, що він не отримав належного справедливого судового розгляду. Заявник стверджував, що його підбурювали до вчинення злочину треті особи, які виступали в ролі агентів-провокаторів. Він посилався на п. 1 ст. 6 Конвенції, яка серед іншого передбачає право на справедливий судовий розгляд незалежним і безстороннім судом. Суд вказав, що національні суди вірно встановили, що А та С почали співпрацювати з правоохоронними органами в той момент, коли заявник вже

звернувся до А, з метою організації відвантаження кокаїну до Португалії. Крім того, з цього моменту діяльність А та С контролювалась правоохоронними органами, а тому було достатньо вагомих доказів підозрювати заявника у протиправній діяльності. Ці фактори стверджують, що А та С не можна описати, як агентів-провокаторів. Суд не ґрунтував свої висновки виключно на заявах співробітників поліції, які брали участь в операції, а тому ЄСПЛ порушень п. 1 ст. 6 Конвенції не встановлено [99].

У рішенні у справі «Калабро проти Італії» суд відзначив, що на відміну від обставин справи «Тейшейра де Кастро проти Португалії» тут таємний агент обмежився лише пропозицією ввезти в країну і продати там наркотик. Заявник самостійно та добровільно увійшов із Юргеном в контакт, заплатив йому та організував зустріч для передачі наркотиків. Роблячи так, він продемонстрував, що причетний до міжнародної мережі незаконної торгівлі наркотиками.

Крім того, суд зауважив, що показання таємних агентів не було вирішальним фактором для засудження заявника. Він мав можливість допитати інших співробітників поліції, які приймали участь у розслідуванні, а також уточнити сутність та порядок проведення секретної операції, що призвело до його арешту. За таких обставин, суд прийшов до висновку, що заявник не був позбавлений права на справедливий судовий розгляд [35].

Розглядаючи практику ЄСПЛ, що стосується встановлення відсутності ознак провокації кримінального правопорушення в діях правоохоронних органів під час фіксування злочинної діяльності, неможливо залишити поза увагою рішення у справі «Раманаускас проти Литви» № 2 від 20.02.2018.

У згаданому рішенні суд зазначив, що органи прокуратури тільки дали вказівки В.Ш. та Г.Т. щодо дій, які вони можуть здійснювати тільки після того, як В.Ш. повідомив компетентні органи. Суд зауважив, що на наданій йому інформації видно, що записи розмов між заявником і В.Ш. та між заявником, Г.Т., В.Ш. та Л.Д. демонструють, що саме заявник розповів про можливість підкупу суддів, називаючи конкретні суми, які необхідно сплатити, і що саме він розповів про справу, яку він виграв проти Литви у суді, на основі неправдивої інформації

про те, що він тоді не прийняв хабар, тоді як отримання хабара ніколи не оскаржувалось у Страсбурзькому суді. У зв'язку з цим суд не знайшов жодних ознак правопорушень у проведенні операції органами прокуратури або участі органів прокуратури, які були визначальним фактором. Визначальним фактором була поведінка заявника під час зустрічей з В.Ш. та Г.Т. ЄСПЛ визнав, що органи прокуратури «приєдналися» до злочинної діяльності, а не ініціювали її.

З огляду на викладене ЄСПЛ дійшов висновку про те, що у зазначеній справі відсутнє підбурення особи до вчинення злочину, а докази, які отримані в ході розслідування проти заявника є такими, що не порушують положення п. 1 ст. 6 Конвенції [132].

У зазначених рішеннях ЄСПЛ ретельно перевірів доводи заявників, які скаржилися на те, що їх підбурювали до вчинення кримінального правопорушення, а їх засудження є незаконним, оскільки докази здобуті правоохоронними органами в результаті провокації.

На нашу думку ЄСПЛ, встановлюючи відсутність провокації на вчинення кримінального правопорушення в діях правоохоронних органів, звертав увагу на такі аспекти:

- з якого часу правоохоронні органи залучили особу до конфіденційного співробітництва: до отримання відомостей про незаконну діяльність особи або вже після одержання певної інформації, що дає обґрунтовано підбурювати особу у збуті заборонених до обігу речовин;

- чи була особа, яка залучена до конфіденційного співробітництва залежна від правоохоронних органів (перебування під слідством, наявність не знятої та не погашеної судимості, матеріальне стимулювання тощо);

- чи були дії співробітників правоохоронних органів та осіб, залучених останніми до конфіденційного співробітництва під час проведення НС(Р)Д пасивними, яким чином вони впливали на суб'єкта, схилиючи останнього до вчинення кримінального правопорушення, який в іншому випадку не був вчинений;

- хто саме був ініціатором зустрічей та характер цих розмов.

Таким чином, ЄСПЛ у своїй практиці встановив критерії, які дають змогу відмежувати провокацію кримінального правопорушення від дозволеної (правомірної) поведінки співробітників правоохоронних органів та їх таємних агентів під час проведення процесуальних дій у кримінальному провадженні.

Загалом у своїй практиці ЄСПЛ перевіряє чи було провадження відносно особи, в розумінні ст. 6 Конвенції, справедливим, при цьому не надаючи оцінки зібраним доказам на предмет їх допустимості.

Що стосується питання допустимості, належності та достовірності доказів, то це є прерогативою національних судів, які повинні дослідити всі обставини кримінального провадження та надати належну правову оцінку.

Як зазначив ЄСПЛ у рішенні в справі «Шенк проти Швейцарії», що хоча ст. 6 Конвенції гарантує право на справедливий судовий розгляд, але вона не встановлює жодних правил щодо допустимості доказів як таких, оскільки це є предметом регулювання національного законодавства [134].

Дивлячись на правові позиції ЄСПЛ в Україні почала формуватись національна судова практика, що стосується встановлення наявності або відсутності ознак провокації кримінального правопорушення у діях правоохоронних органів під час фіксування протиправної діяльності осіб на стадії досудового розслідування.

Зокрема, проводячи узагальнення практики розгляду судами справ про кримінальні правопорушення у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів ще у далекому 2008 році Верховний Суд України вказав на обов'язковість застосування судової практики ЄСПЛ при проведенні досудового розслідування. Суспільним інтересам не можна виправдати використання доказів, отриманих шляхом провокації (підбурювання) до такої діяльності з боку співробітників правоохоронних органів [81].

Загалом, якщо на стадії судового розгляду кримінального провадження обвинуваченим подано заяву (клопотання) про провокацію кримінального правопорушення з боку органу досудового слідства, то така заява (клопотання) підлягає ретельній перевірці судом, а сторона обвинувачення, у свою чергу,

повинна довести належність та допустимість доказів, отриманих в результаті проведення відповідних процесуальних дій.

У контексті викладеного проаналізовано судові рішення у яких встановлено наявність так і відсутність ознак провокації кримінального правопорушення, передусім ВС, який є найвищим судом у системі судоустрою України та забезпечує формування єдиної судової практики та території держави, здійснює аналіз та узагальнення судової практики.

Варто зауважити, що викладені у постановках ВС висновки щодо застосування норм права є обов'язковими для всіх суб'єктів, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму та враховуються іншими судами при застосуванні відповідних положень.

Зокрема, висновки ВС, у зв'язку з якими скасовано судові рішення є обов'язковими для виконання судами першої та апеляційної інстанцій під час нового судового розгляду кримінального провадження.

З цього приводу слушно звернути свою увагу на положення ст. 90 КПК України, де зазначено, що рішення національного суду або міжнародної судової установи, яке набрало законної сили і ним встановлено порушення прав людини і основоположних свобод, гарантованих Конституцією України і міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, має преюдиціальне значення для суду, який вирішує питання про допустимість доказів [45].

Значення рішень ВС для сторін кримінального провадження підтверджується і проведеним відповідним анкетуванням за результатами якого 68 % опитаних слідчих, адвокатів, прокурорів та суддів у своїй практичній діяльності використовують згадані рішення; 30 % відповіли – іноді і тільки 2 % опитаних не використовують рішення ВС у своїй практиці.

Упродовж свого існування ВС ухвалив немало рішень, що стосуються даної проблематики.

Так, відповідно до постанови ВС від 12.08.2020 вирок Комунарського районного суду м. Запоріжжя та ухвалу Запорізького апеляційного суду, якими

обвинуваченого визнано невинуватим у пред'явленому обвинуваченні за ч. 2 ст. 307 КК України та виправдано, залишено без змін.

У цій справі суд касаційної інстанції встановив, що відсутність даних, які би свідчили про вчинення або готування до вчинення обвинуваченим злочину до моменту проведення оперативної закупки та встановлення факту ініціювання збуту особами, залученими до проведення оперативних закупок свідчать про наявність провокації у діях правоохоронних органів, а тому докази, отримані внаслідок підбурювання не можуть бути покладені в основу обвинувачення [73].

В іншій справі колегія суддів дійшла висновку, що касаційну скаргу захисника необхідно задовольнити, а вирок апеляційного суду скасувати та призначити новий розгляд. Так, суд зауважив, що суд апеляційної інстанції не спростував тверджень місцевого суду про наявність в діях співробітників правоохоронних органів ознак провокації злочину, що відповідно до правових позицій ЄСПЛ підлягає ретельній перевірці під час судового розгляду. Також, суд апеляційної інстанції не звернув увагу на ту обставину, що стосовно особи, яка брала участь у проведенні оперативних закупок у засудженого, здійснювалось досудове слідство за фактом вчинення злочину, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК України, що може свідчити, на думку суду, про певну залежність зазначеної особи від правоохоронних органів. Також, судом не взято до уваги, що ці особи знайомі між собою, а тому застосування заходів безпеки відносно особи, яка залучена до конфіденційного співробітництва є безпідставними. Тому, висновки апеляційного суду про належність та допустимість доказів є передчасними [64].

Дійсно, на практиці дуже поширені випадки, коли до проведення НС(Р)Д, в якості покупця, залучаються особи відносно яких триває досудове розслідування. Такі факти підтверджують залежність даної особи від правоохоронних органів та ставлять під сумнів докази, які здобуті під час НС(Р)Д із залученням під підкриттям вказаної особи.

Водночас, у постанові ВС від 21.05.2020 сформовано висновок про відсутність ознак провокації у діяльності органів досудового розслідування.

Так, перевіряючи доводи касаційної скарги захисника щодо провокації злочину з боку правоохоронних органів, колегія суддів зауважила, що засуджений у телефонних розмовах після отримання пропозиції від невстановленої особи купити заборонені до обігу речовини, самостійно встановив умови вчинення нею дій щодо доставки наркотичних засобів до місця позбавлення волі, в тому числі, вартість послуги, умови та транспорт, на якому її мають привезти до виправної колонії. У подальшому винний безпосередньо в ході телефонних розмов пояснював особі, яких саме розмірів та форми мають бути пакунки. Зазначені вище обставини, на думку суду, свідчать про активні дії самої засудженої особи та встановлення нею умов збуту наркотичних засобів, чим підтверджується її протиправна діяльність. Таким чином, суд за результатами касаційного розгляду встановив, що правоохоронні органи під час досудового слідства діяли у пасивний спосіб і не підбурювали засудженого до вчинення злочину, а тому вирок Білозерського районного суду Херсонської області та ухвалу Херсонського апеляційного суду, якими особу засуджено до покарання у виді позбавлення волі на строк 6 років із конфіскацією ½ частини майна, яке є власністю засудженого залишено без змін [71].

Крім того, на нашу думку необхідно звернути свою увагу на рішення ВС від 12.05.2021, де викладено, з урахуванням позиції ЄСПЛ, критерії, які дають суду можливість відмежувати провокацію на вчинення кримінального правопорушення від дозволеної поведінки органу досудового розслідування під час проведення НС(Р)Д.

Так, у зазначеному рішенні суд під час вивчення доводів сторони захисту про наявність провокації у діях правоохоронних органів звернув свою увагу на наступне:

- чи була особа, яка залучена до конфіденційного співробітництва, залежною від правоохоронних органів;
- чи існували об'єктивні підозри причетності обвинуваченого до злочинної діяльності або схильності до вчинення ним злочину;

- коли саме була залучена особа до конфіденційного співробітництва: до першої зустрічі з посадовцями (що може свідчити про провокацію) або після того, як посадові особи висунули їй вимоги щодо отримання неправомірної вигоди;
- хто був ініціатором зустрічей – першої та подальших;
- чи носили дії органів правопорядку пасивний характер, коли відповідні працівники правоохоронних органів або особи, які діяли за їхніми вказівками, з метою фіксування злочину, впливали на суб'єкта, схилиючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений [76].

Таким чином, аналіз згаданих рішень ВС свідчить, що під час з'ясування наявності або відсутності ознак провокації в діях правоохоронних органів під час досудового розслідування кримінальних проваджень, пов'язаних із збутом заборонених до обігу речовин, суди у першу чергу керуються положеннями ЄСПЛ, який розробив низку критеріїв щодо відмежування правомірної поведінки від забороненої та ч. 3 ст. 271 КПК України, якою регламентовано пряму заборону підбурювати особу до вчинення кримінального правопорушення під час проведення НС(Р)Д.

На нашу думку, досить поширене застосування у практиці національних судів правових позицій ЄСПЛ у першу чергу пов'язано з недоліками законодавства України. Так, до цього часу на законодавчому рівні не визначено, що таке провокація, не встановлено критерії для її відмежування від допустимої поведінки, а тому вирішення цієї проблематики національними судами у такий спосіб є цілком зрозумілим.

Дивлячись на недоліки національного законодавства та судову практику, яка склалась в Україні можемо стверджувати, що це порушує досить широкий спектр запитань, стверджувальні відповіді на які не отримано і до цього часу.

Зі змісту виправдувальних вироків у сфері збуту наркотичних засобів вбачається, що у разі встановлення судом в діях правоохоронних органів ознак провокації, докази здобуті у такий спосіб визнавалися недопустимими та при ухваленні судового рішення суди на них не посилалися.



Слід зауважити, що суспільні інтереси не можуть виправдати використання доказів, які отримані внаслідок провокації з боку правоохоронних органів.

Якщо дії осіб, які залучені правоохоронними органами до конфіденційного співробітництва спонукали особу вчинити кримінальне правопорушення, яке б не було вчинено без цього втручання, то такі дії агентів виходять за межі допустимих та є провокацією кримінального правопорушення.

Законодавча неврегульованість та наявність значної кількості правових позицій ЄСПЛ дало поштовх для формування в Україні національної практики щодо перевірки та встановлення ознак провокації.

## **Висновки до третього розділу**

Дослідження поняття провокації вчинення кримінального правопорушення у кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів дозволило сформулювати такі основні висновки:

1. Відсутність законодавчо закріпленого визначення поняття «провокація», а також відсутність кримінальної відповідальності за її вчинення є підставою для зловживання правоохоронними органами своїми повноваженнями під час фіксування збуту заборонених до обігу речовин.

2. Під час проведення НС(Р)Д забороняється провокувати особу на вчинення кримінального правопорушення, а здобуті у такий спосіб докази повинні визнаватися недопустимими. Уповноважені суб'єкти не можуть посилалися на недопустимі докази під час прийняття відповідних процесуальних рішень.

Отже, вбачається раціональним внести зміни та доповнення в ч. 2 ст. 87 КПК України, доповнивши її шостим пунктом наступного змісту:

Суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема такі діяння:

б) отримання доказів внаслідок провокації (підбурювання) особи на вчинення кримінального правопорушення співробітниками правоохоронних органів або особами, які діють за їхніми вказівками.

3. Наступним кроком до виявлених проблем є внесення відповідних змін до КК України. Зокрема:

- розділ VI Загальної частини КК України необхідно доповнити ст. 31-1 «Провокація кримінального правопорушення», де визначити поняття провокації та форми її прояву. Це сприятиме належному розумінню даного поняття та виробленню критеріїв розмежування правомірної (дозволеної) поведінки правоохоронних органів від неправомірної (забороненої).

- у ст. 370 КК України Розділу XVII «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» передбачити відповідальність у цілому за провокацію кримінального правопорушення, що значно розширить коло суб'єктів відповідальності за даний вид кримінального правопорушення.

4. Відсутність нормативного визначення поняття провокації на вчинення кримінального правопорушення спонукає національні суди під час прийняття рішень враховувати практику ЄСПЛ, оскільки даний суд є зразком справедливості та останньою інстанцією для захисту порушених прав громадян.

У своїй практиці ЄСПЛ сформував такі критерії визначення провокації, зокрема: 1) перевірка обґрунтованості провокації (матеріальний критерій провокації); 2) процедура розгляду заяви щодо провокації (процесуальний критерій провокації) та 3) методологія оцінки суду.

Таким чином, національні суди під час з'ясування наявності або відсутності ознак провокації у першу чергу керуються положеннями ЄСПЛ та ч. 3 ст. 271 КПК України, якою регламентовано пряму заборону підбурювати особу до вчинення кримінального правопорушення під час проведення НС(Р)Д.

### Список публікацій здобувача до третього розділу

1. Помаз Я.О. Допустимість доказів, отриманих унаслідок провокації під час досудового слідства кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним збутом наркотичних засобів. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. Юриспруденція*. 2021. № 54. Т. 2. С. 123-126.

2. Помаз Я.О. Допустимість доказів, здобутих внаслідок провокації на вчинення злочину: судова практика. *Кримінально-виконавча система України та її роль у розбудові правової і соціальної держави: матеріали VIII заочної міжнар. наук.- практ. конф.* (м. Чернігів, 26 листоп. 2021 р.). Чернігів, 2021. С. 226-229.

## ВИСНОВКИ

У результатах дисертаційного дослідження розроблено теоретичні положення та практичні рекомендації, що стосуються доказування на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів. На підставі цього сформульовано такі основні висновки та пропозиції.

1. Сформульовано авторське визначення доказів у кримінальному провадженні, як будь-які відомості про факти, отримані у передбаченому КПК України порядку, на підставі яких сторони кримінального провадження, слідчий суддя, суд встановлюють наявність чи відсутність обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню та, які здатні забезпечити прийняття законного та неупередженого процесуального рішення у кримінальному провадженні.

З'ясовано, що докази за джерелом формування поділяються на первинні та похідні. Залежно від відношення до предмета доказування докази можуть бути прямі та непрямі. Окрім того, залежно від предмета обвинувачення докази поділяються на обвинувальні та виправдувальні, за механізмом формування на особисті та речові.

Довести факт збуту наркотичних засобів за відсутності речових доказів – неможливо, що у свою чергу пов'язано з предметом доказування даної категорії кримінальних правопорушень.

З урахуванням положень ст. 23 КПК України, яка передбачає безпосереднє дослідження показань, речей і документів, зроблено висновок про те, що кримінальне процесуальне законодавство України має двоступеневу процедуру формування доказів – досудову та судову.

Враховуючи практику ЄСПЛ та специфіку досліджуваної категорії кримінальних правопорушень, обґрунтовано використання, в окремих випадках, як доказу на стадії судового розгляду протоколів допиту свідка.

Встановлено, що показання свідка або потерпілого, які отримані під час досудового розслідування, можуть використані як доказ під час судового розгляду у разі: 1) смерті свідка або потерпілого; 2) тяжкої хвороби, що унеможлиблює її з'явлення на виклик до суду; 3) обставин непереборної сили, що перешкоджає явці особи до суду; 4) вжитими заходами на час судового розгляду встановити місцезнаходження потерпілого або свідка не виявиться можливим.

Водночас у матеріалах кримінального провадження зазначені показання не повинні бути єдиними доказами.

2. Встановлено, що предмет доказування – це сукупність визначених законом обставин, які необхідно встановити та дослідити у кримінальному провадженні.

До об'єктів доказування даної категорії кримінальних правопорушень слід віднести: наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги; ваги, які використовуються для визначення маси заборонених до обігу речовин; предмети, призначені для вживання наркотичних засобів; обладнання, за допомогою якого виготовляються наркотичні засоби; пакувальні матеріали для зберігання заборонених до обігу речовин; грошові кошти або інші цінності, отримані за продаж наркотичних засобів; технічні засоби на яких може міститися інформація про незаконну діяльність осіб.

Обґрунтовано, що доказування – це встановлена нормами КПК України діяльність сторін кримінального провадження, яка обмежена у часі процесуальними строками, що полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження, виражених у процесуальних рішеннях.

З'ясовано, що до основних структурних елементів доказування необхідно віднести предмет, суб'єкт, етапи доказування (збирання, перевірка та оцінка доказів), а також обмежену у часі процесуальними строками діяльність сторін кримінального провадження. Окрім того, характерним у процесі доказування даної категорії кримінальних правопорушень є обов'язкове залучення експерта, для проведення відповідних експертиз.

Ключовим у доказуванні кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, як це дивно не звучало, підлягає доведення відсутності провокації на вчинення кримінального правопорушення зі сторони правоохоронних органів, оскільки кримінальне процесуальне законодавство України не містить визначення провокація та її критерії, що призводить до формування на стадії досудового розслідування різної практики фіксації даної категорії кримінальних правопорушень, у тому числі і судової практики.

3. Встановлено, що відомості про незаконний збут наркотичних засобів можливо отримати шляхом проведення, як С(Р)Д, так і НС(Р)Д. Враховуючи специфіку та складність досліджуваної категорії кримінальних правопорушень, основним інструментом доказування даної категорії проваджень є НС(Р)Д. З'ясовано, що НС(Р)Д – аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з електронних комунікаційних мереж, спостереження за особою, річчю або місцем тощо мають вагоме значення у системі доказів під час доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

Обґрунтовано проведення вищенаведених НС(Р)Д не тільки безпосередньо під час фіксації збуту наркотичних засобів, але й обов'язково до проведення контролю за вчиненням злочину, оскільки наявність в уповноважених суб'єктів доказування відомостей про незаконну діяльність особи є важливим аргументом, який свідчатиме про відсутність в діях правоохоронних органів провокування до вчинення кримінального правопорушення.

Поширення останнім часом безконтактної форми збуту заборонених до обігу речовин становить все більшу загрозу для суспільства та вимагає нестандартних дій від правоохоронних органів. Тому, використання безпілотних літальних апаратів, інтегрованої системи «Безпечне місто» забезпечить встановлення місць збуту; ідентифікації всіх осіб, які розкладають «закладки» у визначених місцях, а також встановлення транспортних засобів та маршрутів, які використовуються для перевезення заборонених до обігу речовин.

Застосування вказаної техніки значно полегшить роботу правоохоронних органів.

Обов'язковою умовою взаємодії прокурора зі слідчим та оперативним підрозділом є їх спільний інтерес, який полягає в комплексному розслідуванні кримінального правопорушення та спільному виборі виду необхідних С(Р)Д та НС(Р)Д для досягнення завдань кримінального провадження.

«Легітимна провокація» - це правомірна поведінка правоохоронних органів під час проведення НС(Р)Д, результатом якої є фіксування протиправної діяльності особи.

4. Контроль за вчиненням злочину – це НС(Р)Д, рішення про проведення якої приймається виключно прокурором у встановлених законодавством формах, з метою викриття та документування обставин вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину.

З'ясовано, що рішення про проведення контролю за вчиненням злочину прокурор може прийняти лише за наявності у його розпорядженні достатніх доказів, які підтверджують незаконну діяльність особи.

Контроль за вчиненням злочину може здійснюватися за наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий чи особливо тяжкий злочин.

Основним завданням контролю за вчиненням злочину є встановлення джерела походження наркотичних засобів, співучасників вчинення кримінального правопорушення, установа контролю за його реалізацією та фіксація відомостей про обставини незаконного збуту заборонених до обігу речовин.

За допомогою контролю за вчиненням злочину також можливо встановити не тільки осіб, які займаються збутом заборонених до обігу речовин, але й осіб, які отримують вказану «продукцію», канали та маршрути їх транспортування, способи їх маскуванню.

Завдання контролю за вчиненням злочину під час фіксації збуту заборонених до обігу речовин в умовах сьогодення є досить актуальними,

реалізація яких на практиці у першу чергу залежить від належного рівня роботи правоохоронних органів.

Окрім того, встановлено особливості доказування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів: 1) своєрідний предмет доказування – наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги або прекурсори; 2) обов'язкова участь під час досудового розслідування експерта, як учасника кримінального провадження, який володіє спеціальними знаннями та якому доручено проведення експертизи вилучених наркотичних засобів; 3) висновок експерта для даної категорії кримінальних правопорушень є єдиним та основним процесуальним джерелом доказів, який встановлює вид та вагу вилучених речовин та їх відношення до предмету доказування; 4) під час доказування даної категорії кримінальних правопорушень використовуються не тільки С(Р)Д, НС(Р)Д, але і матеріали оперативно-розшукової діяльності, які отримано відповідно до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»; 5) основним інструментом доказування збуту наркотичних засобів є НС(Р)Д; 6) у зв'язку з високим рівнем підготовки осіб, які займаються збутом наркотичних засобів, а також постійним удосконаленням способу вчинення та методів конспірації, для фіксування даної категорії кримінальних правопорушень необхідний високий рівень взаємодії слідчого, прокурора та відповідних оперативних підрозділів; 7) правоохоронні органи повинні розуміти критерії правомірної та неправомірної поведінки під час фіксування збуту наркотичних засобів. Оскільки, провокація ставить під сумнів допустимість отриманих доказів та є підставою для визнання їх недопустимими. Тому, характерним для досліджуваної категорії кримінальних правопорушень під час досудового розслідування є доведення відсутності провокації.

5. Сформовано визначення провокація – умисні дії співробітників правоохоронних органів або осіб, що залучені ними до проведення НС(Р)Д, які шляхом умовляння, шантажу, підкупу, обману або іншим чином схилили особу до вчинення кримінального правопорушення, який в іншому випадку не було



вчинено з метою викриття протиправної діяльності цієї особи, створення штучних доказів її винуватості та притягнення останньої до кримінальної відповідальності.

Для встановлення у діях правоохоронних органів наявності провокації або її відсутності, окреслено перелік питань, які необхідно з'ясувати під час прийняття кінцевого рішення: 1) чи було у правоохоронних органів достатньо відомостей про те, що особа займається збутом наркотичних засобів; 2) чи були в діях таємних агентів умовляння, шантаж, підкуп, обман, збільшення ціни понад звичайну, настирливість тощо, що призвело до виникнення в обвинуваченого наміру збути заборонені до обігу речовини; 3) чи була залежною від правоохоронних органів особа, яка залучається останніми до конфіденційного співробітництва (наявність стосовно особи кримінальних проваджень, не знята та не погашена судимість тощо); 4) інформація, яка стала підставою внесення відомостей до ЄРДР за ст. 307 КК України; 5) результати проведення контролю за вчиненням злочину повинні бути не єдиним доказом, що підтверджують незаконну діяльність особи; 6) поведінка співробітників правоохоронних органів під час фіксування збуту наркотичних засобів у особи.

6. Аналіз практики ЄСПЛ та національних судів свідчить, що провокація вчинення кримінального правопорушення є підставою для визнання здобутих у такий спосіб доказів недопустимими, і не є законним способом збирання доказів в розумінні положень ст. 93 КПК України.

Відсутність у законодавстві України визначення поняття провокація кримінального правопорушення, спонукає національні суди під час прийняття рішень у справі враховувати практику ЄСПЛ, який сформував критерії визначення провокації, є зразком справедливості та останньою інстанцією для захисту порушених прав громадян.

Суди України під час з'ясування наявності або відсутності ознак провокації у першу чергу керуються положеннями ЄСПЛ.

Зокрема, ЄСПЛ у своїх рішеннях, пов'язаних з незаконним збутом наркотичних засобів, виділив наступні ознаки провокації: пропонування таємним агентом ціни за товар, яка значно перевищує звичайну; умовляння, наполягання,

шантажування, тиск на особу з метою продажу останньою заборонених до обігу речовин; схилення особи до співчуття шляхом симулювання симптомів наркотичного голоду.

Окрім того, проаналізувавши правові позиції, які викладено у рішеннях ЄСПЛ, можна виділити такі вимоги щодо проведення контролю за вчиненням злочину: 1) поведінка правоохоронних органів або залучених ними до проведення НС(Р)Д таємних агентів повинна бути пасивною. Правоохоронні органи повинні «приєднатися» до злочинної діяльності та зафіксувати її, а не ініціювати протиправну діяльність; 2) до початку проведення НС(Р)Д у розпорядженні правоохоронних органів повинно бути достатньо інформації про причетність особи до незаконної діяльності, пов'язаної зі збутом заборонених до обігу речовин; 3) здобуті у такий спосіб відомості про протиправну діяльність особи не повинні бути єдиними у даному кримінальному провадженні. Мають бути достатні урівноважуючі фактори, які здатні забезпечити належну правову оцінку такого доказу.

У той же час, ЄСПЛ не є вищим судовим органом відносно національних судів держави-учасниці Конвенції, він не може скасовувати їх рішення. ЄСПЛ у своїх рішеннях встановлює чи було допущено порушення норм Конвенції.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Азаров Ю. І., Заїка С. О., Фатхутдінов В. Г. Кримінально-процесуальне право України: посіб. для підгот. до екзаменів. Київ. 2010. 295 с.
2. Альошина О. І. Провокація злочину (кримінально-правове дослідження): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Дніпропетровськ, 2007. 19 с.
3. Багрій М. В. Негласні слідчі (розшукові) дії у кримінальному провадженні: монографія. Тернопіль: ТНЕУ, 2014. 308 с.
4. Банникова против Российской Федерации [Bannikova v. Russia]: решение Европейского Суда по правам человека от 04.11.2010, заявление № 18757/06. URL: <http://ip-centre.ru/bannikova-bannikova-protiv-rossijskoj-feder/> (дата обращения: 15.02.2022).
5. Белкин Р. С. Собираение, исследование и оценка доказательств. Москва: Наука, 1966. 295 с.
6. Бортун М. І. Процесуальні особливості застосування засобів, що використовуються під час проведення досудового розслідування. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. Київ, 2018. № 2. С. 37-46.
7. Ваньян против России [Vanyan v. Russia]: решение Европейского Суда по правам человека от 15.12.2005, заявление № 53203/99. URL: <https://www.srji.org/resources/search/27/> (дата обращения: 16.02.2022).
8. Вапнярчук В.В. Суб'єкти кримінального процесуального доказування. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2014. № 1 (76). С. 160-168.
9. Вирок Андрушівського районного суду Житомирської області від 07.06.2019. Справа № 288/1023/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82258335> (дата звернення 15.02.2022).
10. Вирок Болехівського міського суду Івано-Франківської області від 17.01.2019. Справа № 339/412/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79230625> (дата звернення 15.02.2022).

11. Вирок Бродівського районного суду Львівської області від 21.01.2021. Справа № 439/778/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94339198> (дата звернення 15.02.2022).
12. Вирок Васильківського районного суду Запорізької області від 14.12.2018. Справа № 311/1110/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78562633> (дата звернення 15.02.2022).
13. Вирок Жашківського районного суду Черкаської області від 14.02.2020. Справа № 693/1603/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87606715> (дата звернення 15.02.2022).
14. Вирок Жмеринського міськрайонного суду Вінницької області від 13.06.2019. Справа №130/971/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82371699> (дата звернення 16.02.2022).
15. Вирок Жовтневого районного суду Миколаївської області від 08.11.2019. Справа №477/2285/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85508751> (дата звернення 16.02.2022).
16. Вирок Заводського районного суду м. Запоріжжя від 04.12.2017. Справа № 332/2735/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/70686008> (дата звернення 16.02.2022).
17. Вирок Ковпаківського районного суду м. Суми від 13.08.2020. Справа № 592/5766/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90952487> (дата звернення 16.02.2022).
18. Вирок Миргородського міськрайонного суду Полтавської області від 29.07.2019. Справа № 541/2300/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83325951> (дата звернення 16.02.2022).
19. Вирок Михайлівського районного суду Запорізької області від 15.02.2018. Справа № 311/793/14-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72207374> (дата звернення 16.02.2022).
20. Вирок Обухівського районного суду Київської області від 26.12.2019. Справа №372/3759/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86623611> (дата звернення 16.02.2022).

21. Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 01.03.2017. Справа № 759/10542/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/65024420> (дата звернення 16.02.2022).

22. Вирок Хотинського районного суду Чернівецької області від 28.04.2020. Справа № 717/1499/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89056119> (дата звернення 16.02.2022).

23. Вирок Чернігівського апеляційного суду від 05.09.2019. Справа №750/7023/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84060981> (дата звернення 16.02.2022).

24. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 29.02.2016. Справа №748/3070/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56154584> (дата звернення 16.02.2022).

25. Геселев О. В. Проблеми легітимізації використанні результатів негласних слідчих (розшукових) дій для доказування у кримінальному провадженні. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2018. № 1. С. 30-43.

26. Гмирко В. П. Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристики, класифікація: конспект проблемної лекції. Дніпропетровськ: Академія митної служби України, 2002. 63 с.

27. Гончаренко В. Г. Доказування в кримінальному провадженні: наук.-практ. посіб. Київ: Прецедент, 2014. 42 с.

28. Грошевий Ю. М., Стахівський С. М. Докази і доказування у кримінальному процесі: наук-практ. посіб. 2-ге вид, стер. Київ: КНТ, 2007. 272 с.

29. Доказування у кримінальному провадженні: навч.-практ. посіб. / О. В. Александров та ін. Київ: Національна академія прокуратури, 2017. 346 с.

30. Дроздов О. М. Актуальні питання здійснення захисту від провокації (підбурювання) особи на вчинення злочину у світлі практики Європейського суду з прав людини. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 2. С. 31-44.

31. Жуковський проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 03.03.2011, заява № 31240/03. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_714](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_714) (дата звернення 16.02.2022).

32. Загодіренко П.О. Провокація злочину: кримінально-правовий аналіз та удосконалення діючого законодавства. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2013. Т. 2. № 6-1. С. 157-159.

33. Звід відомостей, що становлять державну таємницю: затв. наказом Центрального управління Служби безпеки України від 23.12.2020 р. № 383. Дата оновлення: 01.10.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0052-21#Text> (дата звернення 16.02.2022.)

34. Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: Наказ 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 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12>. (дата звернення: 16.02.2022).

35. Калабро против Италии (Calabro v. Italy): решение Европейского Суда по правам человека от 21.03.2002, заявление № 59895/00. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180768> (дата звернення: 16.02.2022).

36. Каменський Д.В. Провокація кримінального правопорушення: порівняльно-правовий аспект. *Вісник Пенітенціарної асоціації України*. 2021. № 4 (18). С. 22-34.

37. Кірпач І. С. Визначення поняття слідчих (розшукових) дій. *Науковий вісник національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 2. С. 275-283.

38. Комашко В. В. Доктринальні підходи до визначення поняття контролю за вчиненням злочину. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2014. № 4. С. 96-105. URL: <http://www.chasopysnapu.gp.gov.ua/ua/pdf/4-2015/komashko.pdf>. (дата звернення: 16.02.2022).

39. Комашко В. В. Правові та організаційні основи контролю за вчиненням злочину: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2016. 226 с.
40. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів та психотропних речовин: міжнародний документ від 20.12.1988 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_096#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_096#Text). (дата звернення: 16.02.2022).
41. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: міжнародний документ від 04.11.1950 р. Дата оновлення: 02.10.2013. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004?lang=ru#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004?lang=ru#Text) (дата звернення: 16.02.2022).
42. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
43. Кримінальне провадження № 12019270180001051. Вирок Ніжинського міськрайонного суду Чернігівської області від 28.01.2020. Справа №740/5345/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87220511> (дата звернення 16.02.2022).
44. Кримінальний процес: підручник / В. Я. Тацій та ін. Харків: Право, 2013. 824 с.
45. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651- VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13, Ст. 88.
46. Лобойко Л. М. Кримінально-процесуальне право: курс лекцій. Київ: Істина, 2007. 456 с.
47. Лукашевич В. Г. Докази та доказування в кримінально-процесуальному та криміналістичному вимірі. *Держава та регіони. Право*. 2016. № 1. С. 74-79. URL: [http://www.law.stateandregions.zp.ua/archive/1\\_2016/16.pdf](http://www.law.stateandregions.zp.ua/archive/1_2016/16.pdf) (дата звернення: 16.02.2022).
48. Малюга Р. В. Доказування в кримінальному процесі: проблеми визначення структурних елементів. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2013. № 11. С. 280-283. URL: [http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis\\_nbuv/cgiirbis\\_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=](http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=)

10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP\_meta&C21COM=S&2\_S21P03=FILE=&2\_S21STR=Nzlubp\_2013\_11\_71 (дата звернення 16.02.2022).

49. Михеенко М. М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве: монография. Киев: Вища школа, 1984. 134 с.

50. Молдован А. В., Мельник С. М. Кримінальний процес України: навч. посіб. Київ: Центр учбової літератури, 2013. 368 с.

51. Негласні слідчі (розшукові) дії та використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному провадженні: навч. практич. посіб. / С. С. Кудінов та ін. Харків: Оберіг, 2013. 344 с.

52. Одерій О. В. Розслідування злочинів щодо незаконного обігу наркотичних засобів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 1997. 23 с.

53. Олефір Л. І., Помаз Я. О. Контроль за вчиненням злочину: поняття, підстави та завдання під час фіксації збуту наркотичних засобів. *Norwegian Journal of development of the International Science*. 2021. № 56 (2). С. 30-33.

54. Перелік наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів: Постанова Кабінету Міністрів України від 06.05.2000 № 770. Дата оновлення: 17.09.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/770-2000-%D0%BF#Text> (дата звернення: 16.02.2022).

55. «Питання Комісії з питань правової реформи» від 07.08.2019 р.: Указ Президента України від 07.08.2019 р. № 584/2019. Дата оновлення: 31.10.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/584/2019#Text> (дата звернення 31.07.2022).

56. Погорецький М. А. Нова концепція кримінального процесуального доказування. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 3. С. 63-79. URL: [https://vkslaw.knu.ua/images/verstka/3\\_2015\\_Pogoretskyi.pdf](https://vkslaw.knu.ua/images/verstka/3_2015_Pogoretskyi.pdf) (дата звернення: 16.02.2022).

57. Погорецький М. А. Теорія кримінального процесуального доказування: проблемні питання. *Право України*. 2014. № 10. С. 12-23.



58. Положення про Єдиний реєстр досудових розслідувань, порядок його формування та ведення: наказ Генерального прокурора від 30.06.2020 р. № 298. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0298905-20#Text> (дата звернення: 16.02.2022).

59. Помаз Я. О. Протокол допиту як доказ під час розгляду кримінального провадження в суді. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 9. С. 214-218.

60. Помаз Я.О. Допустимість доказів, отриманих унаслідок провокації під час досудового слідства кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним збутом наркотичних засобів. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер. Юриспруденція. 2021. № 54. Т. 2. С. 123-126.

61. Помаз Я.О. Значення негласних слідчих (розшукових) дій у доказуванні кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2022. № 1. С. 346-348. URL: [http://app-journal.in.ua/wp-content/uploads/2022/05/APP-1\\_2022.pdf](http://app-journal.in.ua/wp-content/uploads/2022/05/APP-1_2022.pdf)

62. Постанова Великої палати Верховного Суду від 16.01.2019. Провадження № 13-37кц18. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/79298340> (дата звернення: 16.02.2022).

63. Постанова Верховного Суду від 08.02.2018. Провадження №51-386км18. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/72243400> (дата звернення: 06.08.2022).

64. Постанова Верховного Суду від 12.04.2018. Справа № 748/3070/15-к. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/73438045> (дата звернення 16.02.2022).

65. Постанова Верховного Суду від 19.12.2018. Провадження № 51-4127км18. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/78979832> (дата звернення: 16.02.2022).

66. Постанова Верховного Суду від 11.06.2019. Провадження № 51-6190км18. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/82541251> (дата звернення: 16.02.2022).

67. Постанова Верховного суду від 31.10.2019. Справа № 321/954/14-к. URL: <http://reustr.court.gov.ua/Review/85443532> (дата звернення: 16.02.2022).

68. Постанова Верховного Суду від 06.11.2019. Провадження № 51-682км18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85541582> (дата звернення: 16.02.2022).

69. Постанова Верховного суду від 12.12.2019. Провадження № 51-4690км19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86468632> (дата звернення 16.02.2022).

70. Постанова Верховного Суду від 05.03.2020. Справа № 666/5448/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88103418> (дата звернення 16.02.2022).

71. Постанова Верховного Суду від 21.05.2020. Справа № 648/1477/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89479956> (дата звернення 16.02.2022).

72. Постанова Верховного Суду від 01.07.2020. Справа № 643/10749/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90202735> (дата звернення 16.02.2022).

73. Постанова Верховного Суду від 12.08.2020. Справа № 333/7457/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91010414> (дата звернення 16.02.2022).

74. Постанова Верховного Суду від 09.12.2020. Справа № 323/669/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93505820> (дата звернення 12.11.2022).

75. Постанова Верховного Суду від 29.03.2021. Справа № 554/5090/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96074938> (дата звернення 05.02.2022).

76. Постанова Верховного Суду від 12.05.2021. Справа № 750/10362/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96933490> (дата звернення 16.02.2022).

77. Постанова Верховного Суду від 06.12.2021. Справа № 663/820/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101829915> (дата звернення 06.02.2022).

78. Постанова Верховного Суду України від 16.03.2017. Справа № 671/463/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/66203468> (дата звернення 22.08.2022).

79. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2002 № 4 «Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-02> (дата звернення: 16.02.2022).

80. Правила внутрішнього розпорядку установ виконання покарань: наказ Міністерства юстиції України 28.08.2018 р. № 2823/5  
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1010-18#Text> (дата звернення: 16.02.2022).

81. Практика розгляду судами справ про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів: узагальнення Верховного Суду України від 01.01.2008.  
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011700-08#Text> (дата звернення: 16.02.2022).

82. Прилуцький П.В. Поняття доказів у сучасному кримінальному процесуальному праві України. *Право України*. 2014. № 10. С. 36-42.

83. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. Дата оновлення: 02.12.2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text> (дата звернення 16.02.2022).

84. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017 р. № 2147-VIII. Дата оновлення: 15.12.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147%D0%B0-19> (дата звернення: 16.02.2022).

85. Проект Кримінального кодексу України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code> (дата звернення 31.07.2022).

86. Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними: Закон України від 15.02.1995 р. № 62/95-ВР. Дата оновлення: (03.07.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/62/95-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 16.02.2022).

87. Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори: Закон України від 15.02.1995 р. № 60/95-ВР. Дата оновлення: 05.07.2020.

URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/60/95-%D0%B2%D1%80#Text>  
(дата звернення: 16.02.2022).

88. Про Національну поліцію: Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. Дата оновлення: 15.06.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#n271>  
(дата звернення: 06.08.2022).

89. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18.02.1992 № 2135-XII. Дата оновлення: 15.06.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text> (дата звернення: 22.08.2022).

90. Про право власності на окремі види майна: Постанова Верховної Ради України від 17.06.1992 р. № 2471-XII. Дата оновлення: 24.01.1995. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2471-12#Text> (дата звернення 16.02.2022).

91. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17.07.1997 р. N 475/97-ВР. Дата оновлення: 13.03.2006. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80#Text>  
(дата звернення: 16.02.2022).

92. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15.02.2008 р. «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів»: Указ Президента України від 08.04.2008 № 311/2008. Дата оновлення: 08.04.2008. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/311/2008/sp:java-#o2> (дата звернення: 17.02.2022).

93. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 27.01.2016 р. «Про стратегію кібербезпеки України»: Указ Президента України від 15.03.2016 р. № 96/2016. Дата оновлення: 18.03.2016 р. URL: <https://www.rnbo.gov.ua/ua/Ukazy/417.html> (дата звернення 31.07.2022).

94. Провокація вчинення злочину: практика Європейського суду з прав людини та національних судів: наук.-практ. посіб. / Гладун О. З. та ін. Київ: Національна академія прокуратури, 2019. 118 с.

95. Раманаускас проти Литви [Ramanauskas v. Lithuania]: витяг з рішення Європейського суду з прав людини від 05.02.2008, заява № 55146/14. URL: <http://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/c48a563ee2b08a54c225758600379986?OpenDocument> (дата звернення: 16.02.2022).

96. Рибалка О.В. Доказова діяльність суду за новим Кримінальним процесуальним кодексом України. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2013. № 6. С. 131-136.

97. Рішення Конституційного Суду України від 20.10.2011. Справа № 12-рп/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11#Text> (дата звернення 17.02.2022).

98. Рішення Конституційного Суду України від 24.04.2018. Справа № 3-р/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-18#Text> (дата звернення 31.07.2022).

99. Секвейра против Португалии [Sequeira v. Portugal]: решение Европейского Суда по правам человека от 06.05.2003, заявление № 73557/01. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183791> (дата звернення: 17.02.2022).

100. Сергєєва Д. Б. Негласне співробітництво в кримінальному процесі. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 4. С. 47-54.

101. Сітневський та Чайковський проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 10.11.2016, заяви № 48016/06 та № 7817/07. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_b91](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_b91) (дата звернення 17.02.2022).

102. Словник української мови. URL: <http://sum.in.ua/s/faktychnyj> (дата звернення 17.02.2022).

103. Статистичні дані. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення за 2017-2022 р. URL: <https://gp.gov.ua/ua/posts/statistika> (дата звернення: 05.02.2023).

104. Статистичні дані. Звіт про роботу прокурора за 2019-2022 р. URL: <https://gp.gov.ua/ua/posts/statistika> (дата звернення: 05.02.2023).

105. Статистичні дані. Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження за 2019-2021 р. URL: [https://court.gov.ua/inshe/sudova\\_statystyka/](https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/) (дата звернення: 17.02.2022).

106. Тагієв С.Р., Гекова Ю.І. Особливості використання інформації, отриманої внаслідок конфіденційного співробітництва, під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій. *Сучасні проблеми правового, економічного та соціального розвитку держави*: тези доп. V міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 18 листоп. 2016 р.). Харків, 2016. С. 360-363.

107. Теорія доказів: підручник для слухачів магістратури юридичних вузів / К. В. Антонов та ін.; за заг. ред. В. М. Тертишника. Київ: Алерта, 2015. 293 с.

108. Уголовно-процессуальный кодекс Грузии від 09.10.2009 № 1772 URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/90034?publication=144> (дата звернення 17.02.2022).

109. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова від 14.03.2003 № 122-XV. URL: [https://continent-online.com/Document/?doc\\_id=30397729#pos=1595;-42](https://continent-online.com/Document/?doc_id=30397729#pos=1595;-42) (дата звернення 17.02.2022).

110. Уголовный кодекс Грузии: URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/16426?publication=229> (дата обращения: 16.02.2022).

111. Удалова Л. Д. Кримінальний процес України: підручник. Київ: Паливода А. В., 2007. 352 с.

112. Ухвала апеляційного суду Чернівецької області від 09.02.2017. Справа № 727/6661/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/64670949> (дата звернення 17.02.2022).

113. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12.05.2016. Справа № 553/1018/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/57786990> (дата звернення 22.08.2022).

114. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23.06.2016. Справа № 671/463/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/58559824> (дата звернення 22.08.2022).

115. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25.05.2017. Справа № 676/6153/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/66808968> (дата звернення 17.02.2022).

116. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27.06.2017. Справа № 375/696/15-к. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/67500746> (дата звернення 17.02.2022).

117. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 12.09.2017. Справа № 759/1092/15-к. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/69133587> (дата звернення 17.02.2022).

118. Ухвала Запорізького апеляційного суду 21.01.2020. Справа № 332/2735/15-к. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/87360572> (дата звернення 17.02.2022).

119. Ухвала Сумського апеляційного суду від 04.11.2019. Справа № 591/6766/17. URL: <http://reustr.court.gov.ua/Review/85427928> (дата звернення 17.02.2022).

120. Ухвала Чернівецького апеляційного суду від 28.01.2020. Справа № 724/1603/17. URL: <http://reustr.court.gov.ua/Review/87301803> (дата звернення: 17.02.2022).

121. Ухвала Чернівецького апеляційного суду від 08.07.2020. Справа № 717/1499/19. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/90355336> (дата звернення 17.02.2022).

122. Шерудило В. О. Правові підстави негласних слідчих (розшукових) дій, пов'язаних із втручанням у приватне спілкування. *Науковий вісник публічного та приватного права*. Київ, 2016. Т. 2, № 6. С. 204-207.

123. Шульгін С.О. Провокація (підбурювання) особи на вчинення злочину працівниками правоохоронного органу як підстава для закриття кримінального провадження або постановлення виправдувального вироку. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 1. С. 96-102.

124. Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom: judgment of the European Court of Human Rights of 15.11.2015, applications № 26766/05 and № 22228/06. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108072> (date of application: 05.02.2023).

125. Analysis of statistics 2020 / European Court of Human Rights. 2021. January. 61 p. URL:

[https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2020\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2020_ENG.pdf) (date of application: 17.02.2022).

126. Burak Hun c. Turquie: arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 15.03. 2010, requête № 17570/04. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-96228> (date d'application: 16.02.2022).

127. Código Penal del Reino de España. URL: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf> (fecha de aplicación: 16.02.2022).

128. Hirano, Ryuichi-Naito, Ken.-Tamiya, Hiroshi. Keijiho Jiten. Dictionary of Criminal Law. Tokyo: Ichiryusha, 1961. 264 p.

129. Malininas v. Lithuania: judgment of the European Court of Human Rights of 01.10.2008, application № 10071/04. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87223> (date of application: 16.02.2022).

130. Matanovic v. Croatia: judgment of the European Court of Human Rights of 04.04.2017, application № 2742/12. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172466> (date of application: 16.02.2022).

131. Milinienė v. Lithuania: judgment of the European Court of Human Rights of 24.09.2008, application № 74355/01. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87142> (date of application: 16.02.2022).

132. Ramanauskas v. Lithuania (№ 2): judgment of the European Court of Human Rights of 20.02.2018, application № 55146/14. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180850> (date of application: 16.02.2022).

133. Schatschaschwili v. Germany: judgment of the European Court of Human Rights of 15.12.2015, application № 9154/10. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159566> (date of application: 05.02.2023).

134. Schenk v. Switzerland: judgment of the European Court of Human Rights of 12.07.1988, application № 10862/84. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57572> (date of application: 17.02.2022).



135. Teixeira de Castro v. Portugal: judgment of the European Court of Human Rights of 09.06.1998, application № 25829/94.  
URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58193> (date of application: 17.02.2022).

136. Veselov and others v. The Russian: judgment of the European Court of Human Rights of 02.01.2013, application № 23200/10, 24009/07, 556/10.  
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113289> (date of application: 16.02.2022).

## ДОДАТКИ

### Додаток А

#### АНКЕТА

#### Шановний респонденте!

Анкетування присвячено дослідженню з практичної точки зору положень Кримінального процесуального кодексу України щодо виявлення та розслідування кримінальних проваджень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів, вивчення поняття провокація злочину та її вплив на допустимість отриманих доказів при розслідуванні кримінальних проваджень вказаної категорії.

Анонімне анкетування здійснюється добровільно серед співробітників Національної поліції, адвокатів, прокурорів та суддів.

Ми маємо на меті виявити проблемні питання, які виникають під час досудового розслідування та судового розгляду кримінальних проваджень даної категорії та знайти шляхи їх вирішення.

Саме тому Ваші відповіді на запитання є дуже важливими. Сподіваємось на плідну співпрацю та дякуємо Вам заздалегідь.

#### Порядок заповнення анкети:

1. Анкета складається з 22 запитань, кожне з яких має від 2 до 6 варіантів відповідей.

2. Із перелічених варіантів Вам необхідно обрати одну (крім варіантів в яких передбачено обрання декількох відповідей), яка відображає Вашу точку зору.

3. Навпроти обраних варіантів відповідей Вам необхідно поставити відповідні позначки: «+» або «√».

#### Умовні позначення:

КПК України – Кримінальний процесуальний кодекс України.

ВС – Верховний Суд.

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини.

С(Р)Д – слідчі (розшукові) дії.

НС(Р)Д – негласні слідчі (розшукові) дії.

1. Який вид Вашої професійної діяльності?

<input type="checkbox"/>	А) Слідчий	28 %
<input type="checkbox"/>	Б) Адвокат	20 %
<input type="checkbox"/>	В) Прокурор	42 %
<input type="checkbox"/>	Г) Суддя	10 %

2. Стаж роботи в галузі права?

<input type="checkbox"/>	А) До 3 років	6 %
<input type="checkbox"/>	Б) Від 3 до 5 років	8 %
<input type="checkbox"/>	В) Від 5 до 10 років	44 %
<input type="checkbox"/>	Г) Більше 10 років	42 %

3. У якому регіоні Ви здійснюєте свою професійну діяльність?

<input type="checkbox"/>	А) Дніпропетровська область	8 %
<input type="checkbox"/>	Б) Київ, Київська область	16 %
<input type="checkbox"/>	В) Чернівецька область	4 %
<input type="checkbox"/>	Г) Чернігівська область	72 %

4. Чи передбачено на Вашу думку КПК України можливість дослідження у судовому засіданні показань (протоколу допиту) свідка та/або потерпілого, наданих слідчому або прокурору під час досудового розслідування у разі їх неявки у судове засідання з поважних причин (смерть, не можливо встановити їх місцезнаходження тощо)?

<input type="checkbox"/>	А) Так	28 %
<input type="checkbox"/>	Б) Ні	72 %
<input type="checkbox"/>	В) Не могу відповісти	0 %

5. На Вашу думку чи потребує внесення змін КПК України, що стосуються дослідження у виключних випадках протоколів допиту свідка та/або потерпілого під час судового розгляду кримінального провадження в суді у разі їх неявки у судове засідання?

<input type="checkbox"/>	А) Так	90 %
<input type="checkbox"/>	Б) Ні	10 %

Якщо на 5 питання Ви відповіли «А», то переходьте до 6 питання, а якщо відповіли «Б», переходьте до 8 питання.

6. За яких обставин на Вашу думку можливо використати під час розгляду кримінального провадження в суді протоколи допиту свідка та/або потерпілого (можна обрати декілька варіантів відповідей)?

<input type="checkbox"/>	А) Смерть потерпілого або свідка	40 %
<input type="checkbox"/>	Б) Тяжка хвороба, що унеможливило з'явлення особи на виклик в суд	31 %
<input type="checkbox"/>	В) Обставини непереборної сили (епідемії, стихійні лиха, інші подібні обставини), що перешкоджають їх явці до суду	24 %
<input type="checkbox"/>	Г) Не бажання свідка та/або потерпілого з'являтися в судове засідання без	

поважних причин.

5 %

7. Чи повинна сторона обвинувачення, у разі використання під час розгляду кримінального провадження в суді протоколів допиту свідка та/або потерпілого, мати у своєму розпорядженні інші докази винуватості особи у вчиненні відповідного кримінального правопорушення?

- |                          |        |      |
|--------------------------|--------|------|
| <input type="checkbox"/> | A) Так | 97 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Ні  | 3 %  |

8. Чи приймали Ви участь у кримінальних провадженнях, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів?

- |                          |        |      |
|--------------------------|--------|------|
| <input type="checkbox"/> | A) Так | 86 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Ні  | 14 % |

Якщо на 8 питання Ви відповіли «А», то переходьте до 9 питання, а якщо відповіли «Б», переходьте до 10 питання.

9. Які на Вашу думку С(Р)Д та НС(Р)Д є найбільш ефективними для виявлення та фіксації осіб, які займаються незаконним збутом наркотичних засобів (можна обрати декілька варіантів відповідей, але не більше трьох)?

- |                          |  |      |
|--------------------------|--|------|
| <input type="checkbox"/> | A) Аудіо-, відеоконтроль особи                               | 33 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Допит свідків   | 7 %  |
| <input type="checkbox"/> | В) Контроль за вчиненням злочину                             | 34 % |
| <input type="checkbox"/> | Г) Зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж | 15 % |
| <input type="checkbox"/> | Д) Спостереження за особою, річчю або місцем                 | 7 %  |
| <input type="checkbox"/> | Е) Аудіо-, відеоконтроль місця                               | 4 %  |

10. Чи використовуєте Ви у своїй практичній діяльності постанови ВС?

- |                          |          |      |
|--------------------------|----------|------|
| <input type="checkbox"/> | A) Так   | 68 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Ні    | 2 %  |
| <input type="checkbox"/> | В) Іноді | 30 % |

11. Чи використовуєте Ви у своїй практичній діяльності рішення ЄСПЛ?

- |                          |          |      |
|--------------------------|----------|------|
| <input type="checkbox"/> | A) Так   | 56 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Ні    | 12 % |
| <input type="checkbox"/> | В) Іноді | 32 % |

12. Що є підставою, у переважній більшості, внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань за фактами незаконного збуту наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів?

- |                          |  |      |
|--------------------------|--|------|
| <input type="checkbox"/> | A) Рапорт оперуповноваженого працівника правоохоронних органів | 64 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Повідомлення у засобах масової інформації                   | 6 %  |
| <input type="checkbox"/> | В) Заяви або повідомлення фізичних осіб                        | 12 % |
| <input type="checkbox"/> | Г) Матеріали оперативно-розшукової діяльності                  | 18 % |

13. Чи повинні бути у розпорядженні органів досудового розслідування, на момент проведення контролю за вчиненням злочину, докази зайняття особою незаконним збутом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів?

- |                          |        |      |
|--------------------------|--------|------|
| <input type="checkbox"/> | А) Так | 86 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Ні  | 14 % |

14. Які найбільші труднощі виникають у сторони обвинувачення під час доведення в суді винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення, пов'язаного зі збутом наркотичних засобів?

- |                          |   |      |
|--------------------------|---|------|
| <input type="checkbox"/> | А) Доведення відсутності провокації вчинення злочину зі сторони працівників правоохоронних органів  | 58 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Неявка в судове засідання під час розгляду кримінального провадження в суді осіб, які проводили оперативну закупку наркотичних засобів та є основними свідками вчинення винною особою кримінального правопорушення | 30 % |
| <input type="checkbox"/> | В) Помилки допущені у процесуальних документах, складених за результатами проведення НС(Р)Д   | 12 % |

15. Яку кількість оперативних закупок достатньо провести в однієї особи для фіксації її незаконної діяльності, пов'язаної зі збутом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів ?

- |                          |  |      |
|--------------------------|--|------|
| <input type="checkbox"/> | А) 1   | 40 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) 2, вказавши підстави для проведення другого етапу | 50 % |
| <input type="checkbox"/> | В) Скільки завгодно, на розсуд прокурора             | 6 %  |
| <input type="checkbox"/> | Г) Інше (необхідно вказати): _____                   | 4 %  |

16. Чи повинен КПК України містити положення, які б регулювали порядок, підстави та умови проведення контролю за вчиненням злочину?

- |                          |        |      |
|--------------------------|--------|------|
| <input type="checkbox"/> | А) Так | 68 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Ні  | 32 % |

17. Які нормативно-правові акти, рішення судів, тощо Ви використовуєте під час доведення в суді відсутності зі сторони правоохоронних органів провокування особи на вчинення злочину (можна обрати декілька варіантів відповідей)?

- |                          |                                    |      |
|--------------------------|------------------------------------|------|
| <input type="checkbox"/> | А) Рішення ЄСПЛ                    | 42 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Постанови ВС                    | 55 % |
| <input type="checkbox"/> | В) Інше (необхідно вказати): _____ | 3 %  |

18. Чи є на Вашу думку необхідність визначення у законодавстві України поняття провокації вчинення злочину, її критерії, тощо?

- |                          |        |      |
|--------------------------|--------|------|
| <input type="checkbox"/> | А) Так | 96 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Ні  | 4 %  |

19. Якщо Ви відповіли «так» на 18 питання, то де саме на Вашу думку необхідно закріпити поняття та критерії визначення провокації вчинення злочину?

- |                          |  |      |
|--------------------------|--|------|
| <input type="checkbox"/> | А) В окремій главі/розділі КПК України | 32 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Прийняти відповідний Закон України  | 6 %  |
| <input type="checkbox"/> | В) В КК України                        | 54 % |
| <input type="checkbox"/> | Г) Інше (необхідно вказати): _____     | 8 %  |
- 

20. Чи впливають рішення ЄСПЛ, постанови ВС, що стосуються провокації вчинення злочину, на Ваші процесуальні рішення у кримінальному провадженні?

- |                          |        |      |
|--------------------------|--------|------|
| <input type="checkbox"/> | А) Так | 86 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Ні  | 14 % |

21. Чи були у Вашій практичній діяльності випадки, коли однією з підстав ухвалення виправдувального вироку була провокація вчинення злочину?

- |                          |        |      |
|--------------------------|--------|------|
| <input type="checkbox"/> | А) Так | 26 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Ні  | 74 % |

22. Назвіть основні причини ухвалення судами виправдувальних вироків у кримінальних провадженнях про кримінальні правопорушення, пов'язані зі збутом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів?

- |                          |  |      |
|--------------------------|--|------|
| <input type="checkbox"/> | А) Провокація вчинення злочину   | 41 % |
| <input type="checkbox"/> | Б) Недопустимість доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини | 42 % |
| <input type="checkbox"/> | В) Не доведено вчинення обвинуваченим кримінального правопорушення                       | 11 % |
| <input type="checkbox"/> | Г) Не доведено в діянні обвинуваченого складу кримінального правопорушення               | 3 %  |
| <input type="checkbox"/> | Д) Інше (необхідно вказати): _____   | 3 %  |
-

**ПОСТАНОВА**  
**про проведення контролю за вчиненням злочину**  
**у формі оперативної закупки**

24 квітня 2022 року

м. Чернігів

Прокурор у кримінальному провадженні – прокурор відділу Н-ської обласної прокуратури \_\_\_\_\_, розглянувши матеріали кримінального провадження № \_\_\_\_\_ від 01.10.2020 за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 307 КК України,-

**В С Т А Н О В И В:**

Слідчим управлінням ГУНП в Н-ській області здійснюється досудове розслідування у кримінальному провадженні № \_\_\_\_\_ від 01.10.2020 за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 307 КК України.

Під час досудового розслідування встановлено, що В., 01.12.1975 р.н., зареєстрований та фактично проживає за адресою: м. Г-ськ, вул. Г-ська, буд. 30, кв. 12, громадянин України, раніше неодноразово судимий, налагодив у себе вдома та на території м. Г-ськ цілодобовий, незаконний збут наркотичних засобів та психотропних речовин.

У ході досудового розслідування встановлено свідків, яким відомі обставини, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. Під час допиту свідки показали, що В. займається збутом за місцем мешкання та на території м. Г-ськ наркотичних засобів, психотропних речовин особам, які постійно до нього приходять. Крім того, факт зайняття незаконною діяльністю В. підтверджується результатами негласної слідчої (розшукової) дії – зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж.

Підставою для проведення оперативної закупки є наявність фактичних даних, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, пов'язаного із незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів.

Метою проведення оперативної закупки є виявлення та фіксація відомостей про обставини вчинення даного кримінального правопорушення та відшукування предмету кримінального правопорушення у вигляді наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, у тому числі грошових коштів, які були отримані за реалізацію наркотичних засобів, а відомості, які будуть отримані в ході оперативної закупки можуть бути використані в якості доказів під час досудового розслідування та судового розгляду.

Зазначені предмети в контексті ст. 98 КПК України, можуть бути використані як доказ факту та обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, а тому можуть бути визначені речовими доказами, тобто як самі по собі, так і в сукупності з іншими речами і документами кримінального провадження, мають суттєве значення для встановлення важливих обставин у кримінальному провадженні.

З матеріалів кримінального провадження вбачається, що В. здійснює свою діяльність з використанням заходів конспірації, частково обізнаний про способи та методи роботи правоохоронних органів, що унеможлиблює отримання доказів його протиправної діяльності в інший спосіб, окрім проведення контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки.

Незаконним збутом наркотичних засобів та психотропних речовин В. займається протягом певного проміжку часу, вказані діяння здійснює за власною ініціативою, без підбурювання з боку співробітників поліції, що свідчить про відсутність провокування його до вчинення правопорушення.

На підставі викладеного, з метою отримання доказів злочинної діяльності, пов'язаної з незаконним збутом наркотичних засобів та психотропних речовин, встановлення джерел їх походження, місця їх зберігання та можливих спільників у протиправній діяльності, керуючись ст.ст. 36, 110, 246, 251, 252, 271 КПК України, п.п. 1.5, 1.9, 1.10, 1.12.3, 2.1, 2.3, 2.6 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні,-

## **ПОСТАНОВИВ:**

**1.**Для отримання доказів злочинної діяльності та повноти викриття схеми, пов'язаної з незаконним збутом наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, встановлення місця їх виготовлення та зберігання, провести контроль за вчиненням злочину у формі оперативної закупки наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів у громадянина В., 01.12.1975 р.н., зареєстрований та фактично проживає за адресою: м. Г-ськ, вул. Г-ська, буд. 30, кв. 12, громадянин України, раніше неодноразово судимий.

**2.**Залучити до проведення оперативної закупки в якості покупця особу зі зміненими анкетними даними Д., 05.07.1980 р.н., зареєстрований та фактично проживає за адресою: м. Г-ськ, вул. Г-ська, буд. 150, кв. 34, громадянин України, яким надано письмову згоду на участь у проведенні негласних слідчих (розшукових) дій.

**3.**Проведення оперативної закупки доручити слідчим слідчого управління ГУНП в Н-ській області – Я., Ю., спільно із співробітниками Управління протидії наркозлочинності ГУНП в Н-ській області.

**4.**При проведенні оперативної закупки використовувати кошти з кошторису ГУНП в Н-ській області, банкнотами НБУ в сумі 1000 грн.



5. Встановити тривалість проведення негласної слідчої (розшукової) дії – контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки – 30 діб, починаючи з 04.11.2020 по 03.12.2020.

6. Відповідно до вимог ч. 3 ст. 252 КПК України протоколи про проведення негласної слідчої (розшукової) дії з додатками не пізніше ніж через 24 години з моменту її припинення передати прокурору.

7. Постанову для виконання направити до слідчого управління ГУНП в Н-ській області.

**Прокурор у кримінальному провадженні –  
прокурор відділу Н-ської обласної прокуратури**

---

## Додаток В

## ПОРІВНЯЛЬНА ТАБЛИЦЯ

до проєкту Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо використання протоколів допиту свідка та/або потерпілого як доказу під час розгляду кримінального провадження в суді»

Чинна редакція Кримінального процесуального кодексу України	Редакція з урахуванням запропонованих змін
<p><b>СТАТТЯ 95.</b> Показання</p> <p>4. Суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у порядку, передбаченому статтею 225 цього Кодексу. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них.</p> <p>...</p>	<p><b>СТАТТЯ 95.</b> Показання</p> <p>4. Суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у порядку, передбаченому статтею 225 цього Кодексу. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них.</p> <p><b>При неявці в судове засідання потерпілого або свідка суд має право за клопотанням сторони кримінального провадження або за власною ініціативою прийняти рішення про оголошення раніше наданих ними показань під час досудового розслідування у випадках:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) смерті потерпілого або свідка;</li> <li>2) тяжкої хвороби, що унеможлиблює з'явлення особи на виклик до суду;</li> <li>3) обставин непереборної сили (епідемії, військової події, стійні лиха або інші подібні обставини), що перешкоджають їх явці до суду;</li> <li>4) якщо в результаті вжитих заходів встановити місцезнаходження потерпілого або свідка для виклику в судове засідання не виявилось можливим.</li> </ol> <p>За наявності достатніх підстав неявки свідка або потерпілого у судове засідання суд повинен з'ясувати, чи були їх показання єдиним доказом для встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, та чи були достатні урівноважуючі фактори, які здатні забезпечити належну правову оцінку такого доказу та прийняти законні і неупереджені процесуальні рішення у кримінальному провадженні.</p>

## ОБГРУНТУВАННЯ

### **змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо використання протоколів допиту свідка та/або потерпілого як доказу під час розгляду кримінального провадження в суді**

З моменту прийняття нового КПК України минуло чимало часу, але реалізація на практиці нових норм породжує достатньо проблем, які на сьогоднішній день є невирішеними.

Протоколи допиту свідка та/або потерпілого у яких фіксується хід і результати проведення процесуальної дії не завжди мають значення доказу протягом всього кримінального провадження. Вони можуть становити свою значимість під час досудового розслідування та скласти систему доказів, що встановлюють обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, а під час судового розгляду не сприймаються взагалі як докази.

Це пов'язано закріпленням у КПК України такої засади кримінального провадження, як безпосередність дослідження показань, речей і документів.

Відповідно до ч. 1, 2 ст. 23 КПК України суд досліджує докази безпосередньо. Показання учасників кримінального провадження суд отримує усно. Не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом. Суд може прийняти як доказ показання осіб, які не дають їх безпосередньо в судовому засіданні, лише у випадках, передбачених цим Кодексом.

Принцип безпосередності дослідження показань учасників кримінального провадження означає, що суд може прийняти їх як доказ тільки усно. Водночас, вказані положення КПК України є недосконалими за своїм змістом, оскільки показання свідка або потерпілого, які фіксуються у протоколі, вже мають ознаки доказу на стадії досудового розслідування, адже на їх підставі слідчий, прокурор, слідчий суддя приймають відповідні процесуальні рішення, але безпідставно втрачають своє доказове значення вже у ході судового розгляду кримінального провадження.

Виходячи з визначених положень кримінального процесуального законодавства, варто відзначити, що діючий КПК України визначає двоступеневу процедуру формування доказів – досудову та судову.

Згідно зі ст. 95 КПК України суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у порядку, передбаченому ст. 225 цього Кодексу. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них.

Аналізуючи положення ст.ст. 23, 95 КПК України необхідно відмітити, що законодавець встановлює два випадки допустимості показань осіб, наданих на стадії судового розгляду кримінального провадження: 1) безпосередній допит вказаних осіб в судовому засіданні; 2) отримання показань свідка, потерпілого у

порядку, передбаченому ст. 225 КПК України, тобто допит під час досудового розслідування в судовому засіданні.

Як підсумок, показання осіб (протоколи допиту), які отримані у встановленому законом порядку та на підставі яких уповноважені суб'єкти доказування приймають процесуальні рішення є доказами під час досудового розслідування, але безпідставно втрачають доказове значення під час судового розгляду кримінального провадження в суді.

З огляду на вищевикладене, виникає питання: «Що робити, коли свідок та/або потерпілий після його допиту у ході досудового розслідування слідчим або прокурором так і не з'явився до суду (помер) або зник і місцезнаходження його не відомо?», а показання вказаних осіб, які є безпосередніми свідками кримінального правопорушення, разом з іншими доказами підтверджують винуватість особи у вчиненні злочину, але їх неявка в судове засідання призводить до уникнення кримінальної відповідальності обвинуваченими.

Вдало це питання вирішується у міжнародній судовій практиці. З огляду на це, варто звернути увагу з цього питання на рішення Європейського суду з прав людини у справі «Сітневський та Чайковський проти України» від 10.11.2016, розпочатій за заявами, поданими до суду проти України.

Так, заявники оскаржували рішення суду, де однією з підстав було те, що суд першої інстанції визнав допустимими показання свідка, які надавалися під час досудового розслідування як доказ у судовому засіданні, шляхом зачитування показів, оскільки вказаний свідок помер до проведення судового засідання.

У своєму рішенні ЄСПЛ зазначив, що принципи, які мають застосовуватися у випадках, коли свідки обвинувачення не з'являються у судове засідання, і надані ними раніше показання визнаються допустимими як докази, були узагальнені та уточнені в рішенні у справі «Аль-Хавая й Тахірі проти Сполученого Королівства» (*Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*) ([ВП], заяви №№ 26766/05 та 22228/06, ECHR 2011) та підтверджуються у вищенаведеному рішенні у справі Шачашвілі (*Schatschaschwili*). Відповідно до принципів, встановлених у цьому рішенні, необхідно провести триетапний аналіз відповідності положенням п. 1 і пп. «d» п. 3 ст. 6 Конвенції провадження, в якому показання свідка, який не був присутнім та допитаним у судовому засіданні, були визнані допустимими як докази (там само, п. 152). Суд повинен розглянути: 1) чи були достатні підстави неявки свідка та, відповідно, допустимості неперевірених показань свідка, який не з'явився у судове засідання, як доказу (там само, пп. 119-125); 2) чи були докази, отримані від свідка, який не з'явився у судове засідання, єдиною та вирішальною підставою для засудження підсудного (там само, пп. 119 і 126-147); та 3) чи мали місце достатні урівноважуючі фактори, зокрема надійні процесуальні гарантії, здатні компенсувати недоліки, з якими зіткнулася сторона захисту у зв'язку з допустимістю неперевірених доказів, і забезпечити загальну справедливість судового розгляду (там само, п. 147). Навіть за відсутності достатніх підстав неявки свідка у судове засідання Суд все одно має з'ясувати, чи були показання свідка єдиним або вирішальним доказом для засудження заявника, та чи були наявні достатні урівноважуючі фактори, здатні забезпечити

справедливу належну та чітку оцінку достовірності такого доказу (див. вищенаведене рішення у справі Шачашвілі (Schatschaschwili), п. 113). Отже, ЄСПЛ у своєму рішенні констатував, що свідок помер до проведення судового засідання, а тому суд першої інстанції мав достатні підстави для визнання допустимими показання цього свідка, надані під час досудового розслідування, як докази.

Заслужують на увагу вимоги ч. 5 ст. 9 КПК України, де зазначено, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

Підсумовуючи вищенаведене слід зазначити, що положення КПК України в цій частині є недосконалими та потребують доповнення.

Зокрема, необхідно внести зміни та доповнення в ч. 4 ст. 95 КПК України, виклавши її в такій редакції:

*«4. Суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отриманих у порядку, передбаченому статтею 225 цього Кодексу. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них.*

*При неявці в судове засідання потерпілого або свідка суд має право за клопотанням сторони кримінального провадження або за власною ініціативою прийняти рішення про оголошення раніше наданих ними показань під час досудового розслідування у випадках:*

- 1) смерті потерпілого або свідка;*
- 2) тяжкої хвороби, що унеможливує з'явлення особи на виклик до суду;*
- 3) обставин непереборної сили (епідемії, військової події, стійні лиха або інші подібні обставини), що перешкоджають їх явці до суду;*
- 4) якщо в результаті вжитих заходів встановити місцезнаходження потерпілого або свідка для виклику в судове засідання не виявилось можливим.*

*За наявності достатніх підстав неявки свідка або потерпілого у судове засідання суд повинен з'ясувати, чи були їх показання єдиним доказом для встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, та чи були достатні урівноважуючі фактори, які здатні забезпечити належну правову оцінку такого доказу та прийняти законні і неупереджені процесуальні рішення у кримінальному провадженні».*

Наведені проблеми та запропоновані шляхи їх вирішення, сприятимуть боротьбі зі злочинністю на території України і, як наслідок, притягнення винних осіб до відповідальності.

## Додаток Г

Паперова копія  
електронного документа

**ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ**  
**Комітет з питань правоохоронної діяльності**  
01008, м.Київ-8, вул. М. Грушевського, 5, тел.: 255-35-06

---

**Помазу Я.О.**

пров. Бульварний, б. 1а, кв. 7,  
м. Корюківка,  
Чернігівська обл.,  
15300

**Шановний пане Помаз!**

У Комітеті Верховної Ради України з питань правоохоронної діяльності опрацьовано дисертаційне дослідження на тему: «Особливості доказування на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів».

Повідомляємо, що інформація викладена у вищезазначеному дослідженні доведена до відома народних депутатів України – членів Комітету для врахування при подальшому вдосконаленні чинного законодавства.

**З повагою****Голова Комітету****Д. Монастирський**

## Додаток Д

## ЗАТВЕРДЖУЮ

Начальник Управління боротьби з  
наркозлочинністю в Чернігівській  
області Департаменту боротьби з  
наркозлочинністю Національної поліції

Скрипка  
майор поліції

Олександр МЕЛЬНИК

10 вересня 2022 року

## АКТ

впровадження у практичну діяльність оперативного підрозділу  
матеріалів дисертаційного дослідження аспіранта Академії Державної  
пенітенціарної служби Помаза Ярослава Олександровича на тему «Особливості  
доказування на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень,  
пов'язаних зі збутом наркотичних засобів»

## Комісія у складі:

Голова – заступник начальника Управління боротьби з наркозлочинністю в Чернігівській області Департаменту боротьби з наркозлочинністю Національної поліції України підполковник поліції Шевченко Денис Володимирович.

## Члени комісії:

1. Старший оперуповноважений Управління боротьби з наркозлочинністю в Чернігівській області Департаменту боротьби з наркозлочинністю Національної поліції України капітан поліції Примушко Сергій Сергійович;

2. Оперуповноважений Управління боротьби з наркозлочинністю в Чернігівській області Департаменту боротьби з наркозлочинністю Національної поліції України лейтенант поліції Скрипка Владислав Сергійович.

склала цей акт про те, що матеріали дисертаційного дослідження аспіранта Академії Державної пенітенціарної служби Помаза Я.О. на тему «Особливості доказування на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів» застосовуються у практичній діяльності оперативного підрозділу під час фіксування даної категорії кримінальних правопорушень, а також використовуються під час проведення занять в системі службової підготовки.

## Голова комісії:

Заступник начальника УБН в  
Чернігівській області ДБН НП України

Денис ШЕВЧЕНКО

## Члени комісії:

Старший оперуповноважений УБН  
в Чернігівській області ДБН НП України

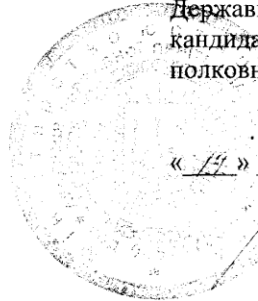
Сергій ПРИМУШКО

Оперуповноважений УБН  
в Чернігівській області ДБН НП України

Владислав СКРИПКА

**ЗАТВЕРДЖУЮ**

Перший проректор Академії  
Державної пенітенціарної служби  
кандидат юридичних наук, доцент,  
полковник внутрішньої служби



Сергій ЦАРЮК  
« 14 » грудня 2022 року

м. Чернігів

№ 15-FC/16

**АКТ**

про впровадження результатів дисертаційного дослідження  
Помаза Ярослава Олександровича  
«Особливості доказування на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень,  
пов'язаних зі збутом наркотичних засобів»  
на здобуття ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право»  
у наукову діяльність Академії Державної пенітенціарної служби

**Комісія у складі:**

голови – завідувача кафедри кримінального, кримінально-виконавчого права та кримінології Академії Державної пенітенціарної служби доктора юридичних наук, доцента, заслуженого юриста України Тагієва Садіга Рзаєвича;

членів комісії: професора кафедри кримінального, кримінально-виконавчого права та кримінології Академії Державної пенітенціарної служби доктора юридичних наук, старшого дослідника, полковника внутрішньої служби Пузирьова Михайла Сергійовича; головного наукового співробітника відділу наукової діяльності та міжнародного співробітництва Академії Державної пенітенціарної служби кандидата юридичних наук, майора внутрішньої служби Єрмака Олексія Вікторовича

склала цей акт про те, що опубліковані результати дисертаційного дослідження Помаза Я. О. «Особливості доказування на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних зі збутом наркотичних засобів» використовуються у науковій діяльності науковими співробітниками та науково-педагогічними працівниками кафедр Академії Державної пенітенціарної служби для підготовки монографій, навчальних посібників, наукових статей; ад'юнктами (аспірантами), слухачами магістратури, курсантами та студентами при написанні наукових статей, тез доповідей, студентських (курсантських) наукових робіт, рефератів, курсових робіт, а також при проведенні наукових і науково-практичних заходів (конференцій, семінарів, круглих столів).

Голова комісії  
доктор юридичних наук, доцент,  
заслужений юрист України

Садіг ТАГІЄВ

члени комісії:  
доктор юридичних наук,  
старший дослідник

Михайло ПУЗИРЬОВ

кандидат юридичних наук

Олексій ЄРМАК