

Проведення негласних слідчих дій під час досудового розслідування: проект КПК України та європейський досвід

УДК 342.72/73:343.13

Чимале значення для кримінального процесу та для боротьби зі злочинністю в цілому відіграють заходи, які здійснюються в ході оперативно-розшукової діяльності та оформлені протоколами з відповідними додатками. Відповідно до ст. 65 КПК України, вони є джерелами доказів. Такі протоколи можуть бути використані для отримання доказів лише в тих випадках, коли будуть відомі джерело і способи отримання фактичних даних, що становитимуть зміст доказів. У іншому разі протоколи оперативно-розшукових заходів є лише підставами для проведення слідчих дій з метою отримання доказів [1, с. 197].

Проте чимало проблем у кримінальному судочинстві стосуються порядку отримання матеріалів оперативно-розшукової діяльності особами, що ведуть кримінальний процес, та самого порядку проведення оперативно-розшукових заходів. Багато уваги їм приділили у свої працях Р. С. Белкін, Ю. І. Веселов, В. А. Дашко, А. В. Іщенко, С. О. Кириченко, С. С. Овчинський, М. А. Погорецький, І. В. Сервецький, А. Є. Четєгін та ін. Однак багато питань ще далекі від свого вирішення, особливо в контексті необхідності прийняття нового КПК України.

Як зауважує М. А. Погорецький, Закон України "Про оперативно-розшукову діяльність", зазначивши в статтях 1, 6, 7, 8, 10, що матеріали ОРД можуть бути використані в інтересах кримінального судочинства, не містить жодної норми, яка б визначила порядок надання таких матеріалів підрозділами, що здійснюють ОРД, особам, які ведуть кримінальний процес, чи вербування їх цими особами з оперативно-розшукових підрозділів. Немає спеціальної норми, яка б встановлювала такий порядок, і в чинному КПК України.

Відсутність законодавчого врегулювання цього питання призводить до того, що значна частина цінної інформації, здобутої в ході ОРД, яка могла б бути використана в інтересах кримінального судочинства, залишається не витребуваною, що негативно позначається на ефективності як ОРД, так і кримінального процесу в боротьбі зі злочинністю та захисті прав і свобод людини [2, с. 292-293].

Практика свідчить, що протистояння між різними службами системи правоохоронних органів, неврегульованість на рівні закону взаємодії між ними викликає велику кількість питань у ході розслідування й позначається на процесі провадження у кримінальних справах [3, с. 199].

Очевидно, саме з таких міркувань виходили автори проекту КПК України від 11.09.2008 року, підготовленого Національною комісією зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права, доповнивши розділ III, яким регулюється досудове провадження, главою 3 під назвою "Негласні слідчі дії".

Відповідно до ч.2 ст. 227 цього проекту, рішення про проведення негласних слідчих дій приймають слідчий, державний обвинувач, а в ряді випадків – суд за клопотанням державного обвинувача. Виключно державний обвинувач має право прийняти рішення про проведення таких слідчих дій:

- 1) спостереження за особою, предметом або місцем;
- 2) аудіоконтроль або відеоконтроль місця;
- 3) контроль за вчиненням кримінального правопорушення;

4) виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.

Відповідно до ст. 235 проекту КПК, на підставі ухвали суду, а у виняткових випадках і без такої, можуть бути застосовані:

- 1) аудіоконтроль особи;
- 2) арешт, огляд і виймає кореспонденції;
- 3) контроль засобів зв'язку;
- 4) контроль даних в електронній інформаційній системі [4].

Такі ж права передбачені статтею 8 Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність" для підрозділів, що здійснюють таку діяльність [5, с. 197-201].

У багатьох країнах Європи та за її межами кримінально-процесуальним законодавством передбачене проведення негласних слідчих дій під час досудового провадження, а також здобуто певний досвід при їх проведенні, на чому доцільно зупинитися більш детально.

Відповідно до §100а КПК ФРН, контроль та запис телефонних переговорів можуть проводитися, коли певні факти говорять про те, що хто-небудь в якості виконавця чи співучасника скоїв кримінально каране діяння або у випадках, коли замах є караним, намагався чи готував скоєння кримінально караного діяння і якщо з'ясування обставин справи чи встановлення місця перебування обвинуваченого іншим способом неможливе або суттєво ускладнене.

Відповідно – контроль може бути встановлено лише відносно обмеженого кола осіб – обвинуваченого чи осіб, які з ним зв'язані та передають йому інформацію.

Одночасно із запровадженням цієї норми законодавець встановив ряд передумов, при дотриманні яких контроль телефонних переговорів є допустимим:

- 1) насамперед, для цього потрібна згода одного з учасників переговорів;

Не буде протиправним, якщо один із учасників переговорів згоден з тим, що розмову чути третя особа, незалежно від того, йдеться про приватну особу чи про службовця поліції.

- 2) винятки не допускаються;
- 3) прослуховування приміщень заборонені;

4) контроль можливий, відповідно до абзацу 2 вказаного параграфу, лише при вчиненні певних особливо тяжких злочинів: проти миру, державна зрада, загроза демократичній правовій державі, проти державної оборони, проти публічного порядку, проти безпеки військ НАТО, підроблення грошових знаків та деяких інших;

- 5) лише з дозволу судді, а при невідкладності дій – прокуратурою;

6) припис прокуратури не має сили, якщо він протягом трьох днів не був підтверджений суддею;

- 7) максимальний строк дії припису – три місяці (§100b КПК ФРН).

Передумовою запровадження вказаної норми у сучасному її вигляді став Закон "Про боротьбу з нелегальною торгівлею наркотиками та іншими формами організованої злочинності" (OrgKG) від 15 липня 1992 року, яким планувалося введення у кримінальне та кримінально-процесуальне законодавство й інших новел у сторону обмеження суб'єктивних прав громадян. Як відзначив А. Йорг (A. Jorg), прийняття цього закону передували гострі дискусії відносно так званого "малого прослуховування" (kleiner Lauschangriff), яке передбачало можливість здійснення запису переговорів в житлі та проведення відео- та фотозйомок у випадку, коли у приміщенні присутній оперативний співробітник (verdeckter Ermittler). У Бундестазі тоді з цього приводу виникло питання: чи не є "мале прослуховування" недопустимим втручанням у право на недоторканність житла? В результаті верх взяли конституційно-правові заперечення проти порушень Основного Закону і "мале прослуховування" не відбулось

[6, с. 22-23]. Однак було визнано допустимим контроль телефонних переговорів та розширено каталог злочинних діянь, при вчиненні яких він допускався. Це стало певним компромісом між органами кримінального переслідування, які вимагали більш рішучих заходів при боротьбі зі злочинністю, та противниками подібних втручань у сферу основних прав та свобод людини і громадянина.

Проте перші вимагали подальшого розширення своїх повноважень. Наслідком їх аргументів стало прийняття наступних законів, якими передбачались додаткові слідчі та оперативно-розшукові заходи: зокрема, Закон "Про боротьбу зі злочинністю" від 1994 року та інші закони, якими вносились зміни до Основного Закону та КПК ФРН. У 1997 році КПК було доповнено параграфами 100с-100і, у яких передбачались додаткові обмеження правової держави у ФРН. У деяких підручниках вони носять назву "особливих методів розслідування" [7, с. 300].

У Англії прослуховування розмов, зокрема телефонних, відбувається на підставі Закону "Про регламентацію повноважень під час розслідування" від 2000 року, згідно з яким воно відбувається на підставі наказу Міністра внутрішніх справ строком від 3-х до 6-ти місяців у справах про так звані "серйозні злочини". При цьому ступінь такої "серйозності" вправі визначати сам міністр у певному конкретному випадку [8, с. 109].

У свою чергу до згаданих особливих методів розслідування у ФРН та інших країнах належать:

1) *Оптичний контроль за допомогою технічних засобів* (§§100с, 163е КПК ФРН, §136 КПК Австрії).

Як відмічається в літературі, ці приписи вимагають посиленої урегульованості. Однак визнається, що з державно-правової точки зору вона є не зовсім вдалою [9, с. 382].

Можливість застосування такого контролю бачиться законодавцем з огляду на дотримання вимоги щодо поваги до людської гідності та у кожному випадку відповідно до принципу співвідносності (вчиненого діяння з очікуваним покаранням). Під "не зовсім вдалою урегульованістю" європейські юристи розуміють недосконалості законодавства, що нерідко призводить до зловживань з боку органів кримінального переслідування та вихід за межі вимог законодавства.

Відповідно до §100с абзацу 1 КПК ФРН (§139 КПК Австрії), без відома зацікавлених осіб може бути виданий припис про застосування технічних засобів спостереження при розслідуванні злочинів, які мають особливе значення, якщо з'ясування істини у справі чи встановлення місця перебування обвинуваченого іншим способом буде неможливим або суттєво ускладненим.

Як роз'яснює Верховний Суд ФРН, такий контроль можливий лише за межами житла особи [10, с. 794]. Технічними засобами спостереження називаються: фото-, кіно-, відеокамери, прилади нічного бачення, радіомаячки та система "Global Positioning System" (GPS), яка дозволяє контролювати автомобільний транспорт.

2) *Акустичний контроль неpubлічних розмов* у справах про особливо небезпечні злочини. Як вказується у §136 КПК Австрії, такими злочинами слід вважати такі, що вчинені організованим злочинним угрупованням чи терористичною організацією, та інші злочини, за які передбачене покарання на строк більше 10 років [11, с. 170-172]. Під неpubлічними (приватними) розмовами слід розуміти прослуховування та запис на плівку розмов у кімнатах для відвідувань в місцях попереднього ув'язнення, що виключає втручання у приватну сферу обвинуваченого чи його родичів. Проте, за загальним правилом, ця норма чомусь дозволяє також прослуховування розмов в автомашині обвинуваченого за допомогою радіомікрофонів ("жучків") [12, с. 310], що, на нашу думку, є не чим іншим, як безпосереднім та таємним втручанням у сферу

особистого життя обвинуваченого, що викликає сумніви з огляду на можливість його допустимості.

3) *Прослуховування житлових приміщень* (у ФРН – “велике прослуховування”).

Цей вид прослуховування викликав з моменту його запровадження німецьким Бундестагом у 1998 році чи не найбільше дискусій серед науковців та практиків, а також і звичайних громадян ФРН, оскільки означає суттєве втручання у сферу конституційних прав та свобод громадян.

Щоправда, при застосуванні “великого прослуховування” законодавець вказав на ряд застережень, серед яких:

- дозволяється прослуховування житла лише обвинуваченого;
- житла інших осіб – лише на підставі конкретних фактів, що обвинувачений знаходиться там, а не з метою з’ясування обставин справи;
- лише у справах про особливо небезпечні злочини, каталог яких подається у §100a КПК ФРН (частково поданий вище);
- на строк не більше чотирьох тижнів, проте продовження можливе;
- лише комісією у складі трьох суддів Земельного суду, у невідкладних випадках – головою цього суду [12, с. 310-311].

Однак забезпечити цілковите дотримання законності при прослуховуванні житла навряд чи можливо, на що вказують німецькі правники. Буркгард Гірш (Burkhard Hirsch) з цього приводу сказав, що перед “жучками” усі рівні. У буквальному сенсі вже не залишилося жодного місця, де би приватні розмови були захищені від прослуховування та запису з боку держави. Адже прослуховують не лише обвинуваченого, а й його батьків, дітей, друзів, колег по роботі та усіх інших, з ким він вступає у контакти [13, с. 135].

Зрештою, не дивлячись на усі застереження законодавця щодо меж застосування акустичного чи оптичного контролю, можна вести мову про можливість тотального прослуховування громадян ФРН, що дозволяють зробити “стратегічні” підстави відповідно до Закону “С 10”, згідно з яким можна уникнути судового контролю за переглядом поштово-телеграфної кореспонденції, прослуховуванням житла чи інших приміщень, а також оптичним спостереженням (рішення приймає відповідне Федеральне міністерство за згодою Парламентської комісії). Проте це зовсім не означає, що таке рішення приймається у кожному конкретному випадку. Прослуховування відбувається за допомогою комп’ютерної техніки, запис переговорів здійснюється автоматично, коли програма із маси розмов виділяє певні окремі слова, які можуть вказувати на злочинну діяльність (наприклад, “наркотики”, “партія”, “захоплення” та інші), та включає запис.

Як зауважив Б. Гірш, про обсяг кримінально-процесуального контролю, його тривалість, кількість підключень до розмов та їх учасників, успіх проведених заходів та їх вартість немає жодних підтверджених даних. Не володіє такою інформацією і федеральний уряд [14, с. 132].

Проводить “стратегічне прослуховування” Федеральна інформаційна служба (BND) та її структурні підрозділи. Юрген Зайферт (Jürgen Seifert) назвав її діяльність незаконною, а її саму – “безконтрольною таємною поліцією” [15, с. 118].

Чимало публікацій цієї темі присвятила суддя Ільзе Бехтгольд (Ilse Bechthold), яка назвала “велике прослуховування” “кінцем приватної сфери”, оскільки під дію цієї новели підпали і особи, які володіють процесуальним правом на відмову від дачі показань. Серед них і родичі, і лікарі, і адвокати, і журналісти [16, с. 153, 154]. У іншій статті вона назвала його “шпигунством у судовій практиці” [17, с. 142].

Як бачимо, застосування негласних слідчих дій є законодавчо обґрунтованим, так як цього вимагають інтереси боротьби зі злочинністю, яка набуває нових

форм і “вдосконалюється”, та забезпечення прав і свобод добросовісних громадян, однак при цьому є чимало недоліків та прогалин, які не піддаються швидкому та безкомпромісному усуненню, однак потребують посиленої уваги до себе.

1. Кримінально-процесуальний кодекс України: за станом на 1 бер. 2008 року / [науково-практичний коментар] / За заг. ред. Маляренка В. Т., Гончаренка В. Г. – [3-тє вид.]. – К.: Юрисконсулт КНТ, 2008. – 896 с.
2. Погорелький М. А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: [монографія] / М. А. Погорелький. – Архів: ЛПД, 2007. – 576 с.
3. Мороз М. Загальні засади взаємодії слідчого з органом дізнання при порушенні кримінальних справ за матеріалами оперативно-розшукової діяльності / М. Мороз // Південноукраїнський правничий часопис. – 2008. – №4. – С. 199-201.
4. Кримінально-процесуальний кодекс України: проект Національної комісії зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права 11.09.2008 [електронний ресурс]. – режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/projectCriminalCodex>.
5. Сервєцький І. В. Науково-практичний коментар Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”. [3-тє вид., доп.] (Станом на 1 червня 2006 року) / І. В. Сервєцький, В. А. Дашко. – К., 2006. – 400 с.
6. Порт Арісольд. Ограничения правового государства в германском уголовно-процессуальном праве // Конституционное право: Восточноєвропейское обозрение. – 1999. – №3 (28). – С. 22.
7. Ranft O. Strafprozeßrecht. Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis. 3., neu bearbeitete Auflage, R. Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2005. – 761 s.
8. Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств [изд. 2-е, доп. и испр.] / Гуценко К. Ф., Головкин Л. В., Филимонов Б. А. – М.: Издательство “Зерцало-М”, 2002. – 528 с.
9. Bernsmann. Strafverteidiger. – 2001. – S. 382.
10. BGH JZ. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. 98. 794.
11. Bachner-Foregger H. Strafprozessordnung. StPO 1975. – Wien, Taschenausgabe. – 2008. – 501 s.
12. Ranft O. Strafprozeßrecht. Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis. 3., neu bearbeitete Auflage, R. Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2005. – 761 s.
13. Hirsch Burkhard. Vor der Wanne sind alle gleich // Grundrechte-Report. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1997. – S. 135.
14. Hirsch Burkhard. Ausufernde Telefonüberwachung im Strafverfahren. Bemerkungen zur Aushöhlung des Art. 10 GG // Grundrechte-Report. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1997. – S. 132.
15. Seifert Jürgen. BND: Der Unkontrollierbare Mithürer // Grundrechte-Report. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, Juni 1997. – S. 118.
16. Bechthold Ilse. Der Große Lausangriff: Ende der Privatsphäre // Grundrechte-Report 1998: zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1998. – S. 153-154.
17. Bechthold Ilse. Befugnisse durch die Hintertür // Grundrechte-Report. Zur Lage der Bürger- und Menschenrechte in Deutschland. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1997. – S. 135.

Савченко В. А. Проведення негласних слідчих дій під час досудового розслідування: проект КПК України та європейський досвід

У статті розглядаються питання щодо запровадження негласних слідчих дій у кримінальному судочинстві України та досвіду їх проведення в Австрії, ФРН та інших країнах Європи. Автором приділено увагу негативним та позитивним чинникам в контексті гармонізації законодавства України із правом країн-членів Євросоюзу.

Ключові слова: негласні слідчі дії, контроль телефонних переговорів, акустичний контроль, оптичний контроль, забезпечення прав і свобод.

Савченко В. А. Проведение негласных следственных действий в время досудебного следствия: проект УПК Украины та европейский опыт

В статье рассматриваются вопросы, касающиеся возможности производства негласных следственных действий в уголовном судопроизводстве Украины и опыта их проведения в Австрии, ФРГ и других странах Европы. Автором уделено внимание негативным и положительным моментам в контексте гармонизации законодательства Украины с правом государств-членов Евросоюза.

Ключевые слова: негласные следственные действия, контроль телефонных переговоров, акустический контроль, оптический контроль, обеспечение прав и свобод.

Savchenko V.A. Conduction Of Secret Investigative Actions In Pre-Trial Investigations: The Draft Of Criminal Procedure Code Of Ukraine And The European Experience In It.

This article covers questions as to introduction of secret investigative actions in the Criminal Judiciary in Ukraine and the experience of their conducting in Austria, Germany and other European countries. The author pays attention to the positive and negative factors in the context of harmonization of the Ukrainian legislation to the law of the countries – members of the European Union.

Keywords: secret investigative actions, control of telephone communications, acoustic control, optical control, securing rights and freedoms.

Тунтула О. С.

Класифікація практичних дій з отримання антикримінальних доказів: можливості удосконалення

УДК 343.211.5.

Запропоновано удосконалення термінології та переліку дій із отримання від особистісних і за допомогою речових джерел доказів і форми їх представлення в антикримінальному судочинстві.

It is offered improvement of terminology and list of actions from a receipt from personality and by the material sources of proofs and form of their presentation in the anticriminal legal proceeding.

Термінологія і способи отримання і форма представлення доказів у чинному КПК України (1), проекті даного кодексу (2), літературі (3; 4; 9-13 та ін.) виглядають досить різно, але презентують поступове удосконалення даної проблеми, що, за авторською пропозицією, може бути піддано подальшому розвитку і представлено наступним чином. Так у *ст. 66 "Збирання і подання доказів" чинного КПК України* вказані такі способи отримання доказів:

1. Особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор і суд в справах, які перебувають в їх провадженні, вправі: