

УДК 343.14

А.А. Коваль,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного та адміністративного права і процесу
Чорноморського національного університету імені Петра Могили

НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ В АСПЕКТІ ПРОБЛЕМ ЮРИДИЧНОЇ ТЕХНІКИ

Анотація. У статті аналізуються норми кримінального процесуального законодавства, що регулюють провадження негласних слідчих (розшукових) дій з точки зору юридичної техніки. Аналіз норм КПК, що регулюють провадження НСРД, дослідження матеріалів кримінальних проваджень, судової практики, опитування працівників правоохоронних органів та адвокатів, дозволили виявити такі недоліки: формулювання кримінальних процесуальних норм з порушенням логічних вимог і прийомів, яке надає підстави для неоднозначного або невірної їх тлумачення, в тому числі наявність суперечностей, неузгодженості між кримінально-процесуальними нормами; наявність прогалин у кримінальних процесуальних нормах. Труднощі виникають, зокрема, при тлумаченні норм щодо проведення контролю за вчиненням злочину, затримання та огляду кореспонденції, ведення аудіо-, відеофіксації процесуальних дій, залучення та участі захисника. В результаті проведеного дослідження сформульовано пропозиції щодо змін і доповнень норм КПК.

Ключові слова: негласні слідчі (розшукові) дії, юридична техніка, права людини, адвокат, захисник.

Постановка проблеми. Прийняття Кримінального процесуального кодексу України 2012 року було зумовлено вимогами приведення судової та правоохоронної систем до світових стандартів. У зв'язку з цим в кримінальному процесуальному законодавстві з'явилося багато новацій. Найбільш істотними з них є посилення ролі суду в забезпеченні принципів недоторканності особи, її житла, таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, змагальності, забезпечення підозрюваному, обвинуваченому, права на захист, презумпції невинуватості, зміна положення прокурора та статусу адвоката у кримінальному судочинстві.

Було запроваджено й нові засоби збирання доказів, зокрема введено нові слідчі дії й інститут негласних слідчих (розшукових) дій (далі — НСРД).

Подібних норм дуже не вистачало сучасному вітчизняному суспільству. Концепцію кримінального судочинства було змінено із архаїчно-соціалістичної на прогресивну європейську. Кримінальний процесуальний кодекс написаний з «чистого листа», на відміну від попереднього, «скалькованого» з КПК радянської Росії. Новації у кримінальному процесуальному законодавстві мають безперечно позитивні моменти, але й вони, на жаль, не позбавлені недоліків (помилки), допущених під час формування норм кримінально-про-

цесуального права України. Це має наслідком неоднозначне розуміння та тлумачення, а також неоднакове застосування суб'єктами кримінального судочинства даних норм, в результаті чого допускаються обмеження, або порушення конституційних прав осіб, залучених до цієї сфери.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання юридичної техніки в першу чергу вивчаються вченими у сфері теорії права, серед яких, зокрема Н.А. Власенко, А.С. Піголкін, О.Ф. Скакун, П.М. Рабінович, Ю.А. Тихоміров. Окремі проблеми провадження НСРД досліджували В.Д. Берназ, О.М. Дроздов, О.В. Капліна, В.А. Колесник, Є.Д. Лук'янчиков, Д.П. Письменний, М.А. Погорецький, Д.Б. Сергеева, О.Ю. Татаров, В.В. Тищенко, В.М. Тертишник. Проте проблемам юридичної техніки при побудові норм, що регулюють НСРД, уваги з боку вчених не приділялося. Зважаючи на важливість забезпечення конституційних прав людини у кримінальному процесі, вивчення питань, пов'язаних з юридичною технікою, не викликає сумніву.

Мета статті полягає у виявленні та аналізі недоліків юридичної техніки норм КПК, що регулюють НСРД та розробці пропозицій щодо їх усунення.

Виклад основного матеріалу. Правотворчість є одним з найважливіших напрямів роботи будь-якої держави. Це специфічна інтелектуальна діяльність, яка потребує особливих знань та вмінь, та пов'язана з утворенням або зміною існуючих в державі правових норм. За результатами правотворчої роботи — законами та іншими нормативними актами — судять про державу в цілому, ступінь її демократичності, культури, цивілізованості.

Людське суспільство завжди мало потребу щодо досконалих правових рі-

шень. «Споживачами» законів є люди, суспільство, тому не можна допускати прийняття поспішних, непродуманих правових рішень, бо будь-яка помилка законодавця тягне за собою невинуваті матеріальні витрати та порушення прав громадян. Підвищення якості правових рішень, знижування до мінімуму числа неефективних правових актів — постійне завдання законодавця. Саме цим пояснюється теоретичне та практичне значення вивчення проблем, пов'язаних із застосуванням юридичної техніки.

Кримінальне процесуальне законодавство, як форма існування кримінального процесуального права, та кримінальне процесуальне право, як одна з галузей права України, у цьому питанні — не виняток.

Кримінально-процесуальне право становить сукупність правових норм, що регулюють діяльність суду, прокуратури, органів досудового слідства і дізнання під час кримінального судочинства. Будь-яке право покликане слугувати задоволенню інтересів громадян, їх об'єднань, держави і суспільства в цілому. В цьому полягає його цінність. Остання виявляється в таких вимірах: *соціальна цінність* полягає в тому, що вона втілює інтереси громадян у вільному від злочинності суспільному середовищі; *інструментальна цінність* — один із проявів його загальносоціальної цінності — полягає в тому, що воно є регулятором суспільних відносин, які виникають у зв'язку із вчиненням злочину; інструментом розв'язання кримінально-правових конфліктів у державі [1, с. 22].

Звичайно ж, суворе дотримання правил та прийомів у ході формування норм кримінально-процесуального права має велике значення. Для виявлення, дослідження та подальшого усунення недоліків, які допускаються

під час створення кримінальних процесуальних норм, необхідно в першу чергу проаналізувати чинне кримінальне процесуальне законодавство.

Аналіз норм КПК, що регулюють провадження НСРД дозволив виявити такі недоліки: 1) формулювання кримінальних процесуальних норм з порушенням логічних вимог і прийомів, яке надає підстави для неоднозначного або невірної їх тлумачення, в тому числі *наявність суперечностей, неузгодженості між кримінально-процесуальними нормами*; 2) наявність прогалин у кримінальних процесуальних нормах.

Як приклад, можна навести норму, що викладена у ч. 1 ст. 273 КПК України: «за рішенням керівника органу досудового розслідування, прокурора під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть бути використані заздалегідь ідентифіковані (помічені) або несправжні (імітаційні) засоби». Такі засоби можуть використовуватися під час проведення контролю за вчиненням злочину, зокрема під час оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту або імітування обстановки злочину [2].

Із аналізу зазначеної норми досить важко зрозуміти волю законодавця: чи він мав на увазі рішення прокурора просто як його волевиявлення, яке немає зовнішнього формального вираження, або рішення, оформлене у вигляді процесуального документа.

Так, відповідно до ч. 3 ст. 110 КПК України, рішення слідчого, прокурора приймається у таких формах: постанові та обвинувальному акті. Постанова слідчого або прокурора виносяться у наступних випадках. По-перше, коли це передбачено КПК України: у ч.ч. 3, 4 ст. 284 КПК України чітко зазначено, що про закриття криміналь-

ного провадження слідчий і прокурор виносять постанову.

По-друге, коли слідчий, прокурор визнає це за необхідне. Наприклад, якщо після повідомлення особі про підозру, слідчий та прокурор придуть до висновку, що в діях підозрюваної особи міститься склад іншого злочину, вони виносять постанову про перекваліфікацію дій підозрюваного. Така постанова чинним КПК України не передбачена, але, як показує практика, зазначене питання вирішується саме так.

Іншим прикладом винесення постанови, яка прямо не передбачена КПК України є уточнення анкетних даних підозрюваного у випадку помилкового зазначення ПІБ в матеріалах кримінального провадження.

У випадку, передбаченому в ч. 1 ст. 273 КПК України, імперативної норми не міститься, а норма щодо винесення прокурором постанови, коли він визнає це за необхідне, в даному випадку, на наш погляд, є не зовсім доцільною. Це пов'язано із тим, що прокурор і так в обов'язковому порядку виносить постанову у разі, якщо він прийшов до висновку про проведення контролю за вчиненням злочину у формі оперативної закупки, де без використання заздалегідь помічених засобів (в даному випадку грошей) не обійтись. Так, відповідно до ч. 4 ст. 246 КПК України, виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину.

Разом з тим, законодавець надав прокурору можливість у своїй постанові про проведення контролю за вчиненням злочину визначати необхідність лише спеціальних імітаційних засобів. Відповідно до ч. 7 ст. 271 КПК України, прокурор

у своєму рішенні про проведення контролю за вчиненням злочину, крім відомостей, передбачених статтею 251 КПК, зобов'язаний: викласти обставини, які свідчать про відсутність під час негласної слідчої (розшукової) дії провокування особи на вчинення злочину та зазначити про застосування спеціальних імітаційних засобів.

Аналіз матеріалів кримінальних проваджень дозволяє нам стверджувати, що на практиці прокурори по-різному тлумачать норму, що міститься у ч. 1 ст. 273 КПК України. Так, одні виносять додаткову постанову про використання засобів, що використовуються під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, принаймні ідентифікованих (помічених), а інші ні. Навіть, трапляються випадки, коли прокурори виносять постанову про використання імітаційних спеціальних засобів поряд з постановою про проведення контролю за вчиненням злочину.

Аналогічна прогалина міститься у ст. 262 КПК України. Відповідно до частини другої цієї норми, у разі необхідності, особою, яка проводить огляд поштово-телеграфної кореспонденції, може бути прийняте рішення про нанесення на виявлені речі і документи спеціальних позначок (напевно ними є спеціальні ідентифікаційні засоби), обладнання їх технічними засобами контролю, заміну речей і речовин, що становлять загрозу для оточуючих чи заборонені у вільному обігу, на їх безпечні аналоги. Знову таки не зрозуміло чи повинна у даному випадку виноситися постанова. На нашу думку, обов'язково. Проте чи збігається наша думка з думкою слідчого чи прокурора.

Така ситуація негативно впливає на допустимість доказів та має використовуватися захисниками з метою виправдання їх клієнта.

Говорячи про порушення техніки викладення кримінальної процесуальної норми чинного КПК України слід також звернути увагу на невіддале, нелогічне викладення статті 262 КПК України, а саме, невідповідність її частин (першої та четвертої) між собою щодо затримання кореспонденції.

Так, виходячи зі змісту статті 262 КПК України кореспонденція, що надійшла до установи зв'язку (поштове відділення) не вручається адресату у строки, визначені відомчими нормативними актами, а затримується для проведення усіх необхідних процесуальних дій (огляду, зняття копій, отримання зразків, виїмки тощо). Саме такий зміст витікає з частини першої, відповідно до якої, огляд затриманої кореспонденції проводиться в установі зв'язку, якій доручено здійснювати контроль і затримувати кореспонденцію.

Разом з тим, зі змісту частини четвертої цієї статті витікає зовсім інша послідовність дій. Так, в цій частині зазначено: «Про кожен випадок проведення огляду, виїмки або затримання кореспонденції складається протокол згідно з вимогами цього Кодексу. У протоколі обов'язково зазначається, які саме відправлення були оглянуті, що з них вилучено і що має бути доставлено адресату або тимчасово затримано, з яких відправлень знято копії чи отримано зразки».

Виходить, що кореспонденція може бути затримана і після її огляду.

В контексті дослідження означених тут проблемних питань слід зауважити, що серйозною прогалиною чинного КПК України в питаннях проведення НСРД (а так само і будь-яких слідчих дій) є відсутність імперативної норми, яка б зобов'язувала суб'єктів проведення НСРД з моменту фактичного затримання особи, відносно якої

здійснюється НСРД, вести аудіо-, відеофіксацію процесуальних дій, а також забороняючої норми, яка б унеможливила вчинення будь-яких дій до прибуття захисника.

Слід зазначити, що порівняно недавно, стаття 236 КПК України, була доповнена частиною 10, відповідно до якої обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді в обов'язковому порядку фіксується за допомогою аудіо- та відеозапису.

Крім того, частина 3 зазначеної статті доповнена положенням про те, що слідчий, прокурор не має права заборонити учасникам обшуку користуватися правовою допомогою адвоката або представника. Слідчий, прокурор зобов'язаний допустити такого адвоката або представника до обшуку на будь-якому етапі його проведення.

Введення у відповідні статті норми прямої заборони або норми-зобов'язання:

1) позбавить суб'єктів проведення НСРД можливості фальсифікувати докази, психологічно впливати на учасників слідчої дії, застосовувати насилля;

2) позбавить суб'єктів проведення НСРД можливості порушувати права та законні інтереси осіб, відносно яких проводяться НСРД;

3) сприятиме забезпеченню права осіб на захист, яке полягає не лише у роз'ясненні прав осіб, але й у створенні умов для їх реалізації.

Зазначені зміни у кримінальному процесуальному законодавстві сприятимуть чесній, добросовісній праці суб'єктів кримінального провадження у відповідності до чинного КПК України, як того вимагає ст. 9 Кодексу, відповідно до якої, під час кримінального провадження суд, слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, інші

службові особи органів державної влади зобов'язані неухильно дотримуватися вимог Конституції України, КПК, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, вимог інших актів законодавства.

Ситуація, яка сьогодні складається навколо питань проведення НСРД свідчить про те, що особи, відносно яких проводяться НСРД, із-за відсутності нормативно-правового регулювання певних моментів та у зв'язку з не дотриманням деяких співробітників правоохоронних органів вимог законодавства, заздалегідь поставлені в нерівні та невідповідні умови щодо захисту своїх конституційних прав та законних інтересів.

Так, як показує практика, вивчення матеріалів кримінальних проваджень та опитування адвокатів, з моменту затримання особи, відносно яких проводилися НСРД, слідчі повідомивши про це, відповідно до ч. 4 ст. 213 КПК України, орган (установу), уповноважений законом на надання безоплатної правової допомоги, до прибуття адвоката, встигали провести освідування цієї особи, обшук її житла чи іншого володіння, скласти відповідні протоколи про ці процесуальні (слідчі) дії.

При цьому, у протоколі про затримання, в більшості випадків, зазначалося, що особі роз'яснено право мати захисника, проте вона відмовилася від його послуг. Чи не дивним це здається? Навряд чи особа, опинившись в такій ситуації, відмовиться від захисника, а тим паче від захисника, який надає безоплатну вторинну правову допомогу. Відповідно до п. 5 ч. 1 ч. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 року № 3460-VI суб'єктом права на безоплатну вторинну правову допомогу є особи, які відповідно до поло-

жень кримінального процесуального законодавства вважаються затриманими [3]. Вони мають право на правові послуги, передбачені пунктами 1 і 3 частини другої статті 13 вказаного Закону, тобто на захист та складення документів процесуального характеру. А отже, вже після затримання особа має право на те, щоб протокол затримання складався у присутності захисника.

Згідно з ч. 5 ст. 19 вказаного Закону у разі звернення осіб, зазначених у пунктах 3-6 частини першої статті 14 цього Закону, про надання безоплатної вторинної правової допомоги або надходження інформації про затриманих осіб від близьких родичів та членів їхніх сімей, перелік яких зазначено Кримінальним процесуальним кодексом України, орган (установа), уповноважений законом на надання безоплатної вторинної правової допомоги, яким є Центр надання безоплатної вторинної правової допомоги (далі — Центр) зобов'язаний прийняти рішення про надання безоплатної вторинної правової допомоги з моменту затримання особи.

Проте, оскільки прибуття адвоката з Центру потребує певного часу, протягом якого визначається певний адвокат, видається йому доручення, суб'єкти проведення НСРД діють без зволікання та будь-яким шляхом отримують підпис особи про роз'яснення йому усіх його прав, в тому числі і про небажання мати захисника. А якщо підозрюваний навіть знає, що йому Центром надано захисника на безоплатній основі і він не заперечує проти проведення процесуальної дії за відсутності захисника, дана процесуальна дія не матиме підстав для визнання її незаконною, крім випадків, коли участь захисника є обов'язковою.

Таким чином, ми вважаємо, що проводити будь-які процесуальні, в

тому числі, і слідчі дії після проведення НСРД, з моменту затримання особи, без участі захисника, суб'єкти проведення НСРД не мають права, адже цим грубо порушується конституційне право особи на захист.

З метою усунення прогалин чинного КПК України та захисту прав особи, відносно якої проводяться НСРД, пропонуємо внести відповідні зміни до КПК України, зокрема:

— щодо випадків обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні. На нашу думку, частину 2 статті 52 КПК України слід доповнити пунктом 10 наступного змісту: «У разі затримання особи, відносно якої проводилися негласні слідчі (розшукові) дії, участь захисника є обов'язковою з моменту фактичного затримання такої особи»;

— щодо фіксації ходу процесуальних дій. Так, статтю 208 КПК України пропонуємо доповнити частиною 10 наступного змісту: «З моменту фактичного затримання особи, відносно якої проводяться НСРД, будь-які процесуальні дії, пов'язані з оформленням та закріпленням результатів НСРД або нерозривно пов'язані з НСРД та є логічним завершенням останніх, в обов'язковому порядку фіксується за допомогою аудіо- та відеозапису».

Висновки. Таким чином, дотримання правил юридичної техніки є запорукою однозначного розуміння та правильного застосування норм КПК усіма суб'єктами кримінального провадження. Запропоновані нами зміни та нововведення стануть гарантією дотримання законності при провадженні НСРД та забезпечення прав осіб, відносно яких такі НСРД проводилися, а також допустимості доказів, отриманих при проведенні НСРД, що сприятиме інтересам кримінального провадження та судочинства в цілому.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Лобойко Л.Н. Уголовно-процессуальное право :[учебное пособие, курс лекций] / Лобойко Л.Н. — Х.: Одиссей. — 2007. — 672 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. База даних Законодавство України / ВР України URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 30.11.2018).
3. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від № 3460-VI. База даних Законодавство України / ВР України URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17> (дата звернення: 30.11.2018).

Коваль А.А.

Негласные следственные (розыскные) действия в аспекте проблем юридической техники.

Аннотация. В статье анализируются нормы уголовного процессуального законодательства, регулирующие производство негласных следственных (розыскных) действий с точки зрения юридической техники. Анализ норм УПК, регулирующих производство НСРД, исследования материалов уголовных производств, судебной практики, опрос сотрудников правоохранительных органов и адвокатов, позволили выявить следующие недостатки: формулирование уголовных процессуальных норм с нарушением логических требований и приемов, которое дает основание для неоднозначного или неверного их толкования, в том числе наличие противоречий, несогласованности между уголовно-процессуальными нормами; наличие пробелов в уголовных процессуальных нормах. Трудности возникают, в частности, при толковании норм о проведении контроля за совершением преступления, задержания и осмотра корреспонденции, ведение аудио-, видеофиксации процессуальных действий, привлечения и участия защитника. В результате проведенного исследования сформулированы предложения по изменениям и дополнениям норм УПК.

Ключевые слова: негласные следственные (розыскные) действия, юридическая техника, права человека, адвокат, защитник.

A. Koval

The secret investigative (search) actions in the aspect of the problems of legal technique.

Summary. In the article the norms of the criminal procedural legislation that regulate the conducting of the secret investigative (search) actions from the standpoint of legal technology are analyzed. The analysis of the CPC norms that regulate the conducting of the SISA, the investigation of materials of criminal proceedings, judicial practice, the survey of law enforcement officers and lawyers, allowed to identify the following disadvantages: the formulation of criminal procedural rules in violation of logical requirements and techniques, which provides grounds for ambiguous or incorrect interpretation, including the presence of contradictions, inconsistencies between the criminal procedural rules; the presence of gaps in criminal procedural standards. Difficulties arise, in particular, in interpreting of the norms for monitoring the commission of a crime, arresting and inspecting correspondence, conducting audio and video fixation of procedural actions, involvement and participation of a lawyer. As a result of the study, proposals were made for amendments and additions to the CPC norms.

Keywords: secret investigative (search) actions, legal technique, human rights, lawyer, defender.