

УДК 343.132

Татаров Олег Юрійович –
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри кримінально-
правових дисциплін Харківського
національного університету внутрішніх
справ

ІНСТИТУТ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ: ПРОБЛЕМИ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ

Закріплення інституту негласних слідчих (розшукових) дій у Кримінальному процесуальному кодексі України надало дієвого механізму протидії злочинності органами досудового розслідування. Водночас правоохоронні органи обмежені через неможливість здійснення негласної діяльності щодо злочинів, які не є тяжкими, оскільки негласні слідчі (розшукові) дії, відповідно до Кримінального процесуального кодексу України, проводяться щодо тяжких та особливо тяжких злочинів.

Досліджено проблемні питання проведення негласних слідчих (розшукових) дій та аргументовано внесення відповідних змін.

Ключові слова: негласні слідчі (розшукові) дії; досудове розслідування; провокація; кіберзлочинність; права людини.

Закріпленню в Кримінальному процесуальному кодексі України Інституту негласних слідчих (розшукових) дій передувала тривала дискусія розробників Кримінального процесуального кодексу України, учених та практиків щодо необхідності “відкриття” широкому загалу раніше невідомої “процесуальної діяльності” [1]. Зважаючи на значно ширший перелік інструментів щодо захисту прав громадян при новому підході, було прийнято позитивне рішення. У результаті цього учасники кримінального процесуального процесу та особи, які до нього залучаються, стали захищеними.

Питання, пов'язані з актуальними проблемами проведення негласних слідчих (розшукових) дій відповідно до Кримінального процесуального кодексу України, досліджено в працях таких провідних учених та практиків у галузі кримінального процесу, оперативно-розшукової діяльності, як: Ю. І. Азаров, О. І. Галаган, Ю. М. Дьомін, Д. Й. Никифорчук, В. Т. Нор, Д. П. Письменний, М. А. Погорецький, Л. Д. Удалова, В. І. Фаринник, М. Г. Шумило та ін.

Ратифікація Європейської конвенції з прав людини (ЄКПЛ) [2] зумовила запровадження практики Європейського суду з прав людини в кримінальну процесуальну діяльність, що викликало необхідність кардинального перегляду порядку проведення оперативно-розшукових заходів при провадженні досудового розслідування. У більшості європейських держав законом передбачено подібні вітчизняним негласним слідчим (розшуковим) діям заходи, що функціонують упродовж тривалого часу. Тому судова практика з перевірки законності їх проведення Європейським судом з прав людини свідчить про те, що право держави на негласне (таємне) втручання у права громадян визнається допустимим за умови дотримання двох умов: втручання здійснено виключно в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб, визначеною ч. 2 ст. 8 ЄКПЛ; якщо втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним, тобто способом, що визначений нормативно-правовим актом не відомчого характеру, а законом.

Зазначені вимоги спрямовано на визначення чітких меж здійснення втручання держави в особисте життя громадян для того, щоб унеможливити, з одного боку, зловживання, а з іншого – забезпечити дієві засоби захисту громадян, права яких обмежувались.

Саме тому, наприклад, ст. 253 Кримінального процесуального кодексу України регламентовано обов'язок відповідних уповноважених органів повідомити особу, конституційні права якої тимчасово обмежувались під час проведення НСРД, про таке обмеження, що є додатковою гарантією забезпечення ефективного контролю та правового захисту громадян. Зазначена норма для вітчизняного кримінального процесуального права є новою, оскільки, незважаючи на те, що впродовж тривалого часу Законом України “Про оперативно-розшукову діяльність” [3] визначались і визначаються межі втручання в конституційні права громадян, не передбачено обов'язок щодо повідомлення особи про обмеження її прав. Ця норма стосується лише Кримінального процесуального кодексу України, а проведення оперативно-розшукових заходів відповідно до Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” не повною мірою забезпечує дотримання прав та свобод громадян. Особи, відносно яких проводились негласні заходи, не вправі оскаржити дії, пов'язані з втручанням в їх особисте життя чи спілкування, що зумовлює ризик службових зловживань.

До того ж законодавством не передбачено механізми відновлення порушених прав громадян.

Крім цього, потребує перегляду й положення щодо використання результатів проведення оперативно-розшукових дій, адже, якщо Кримінальним процесуальним кодексом України визначено порядок її розсекречування, використання та знищення, то Законом України “Про оперативно-розшукову діяльність” не регламентовано дій з інформацією, що стала відома внаслідок проведення оперативно-розшукових заходів, підстав її використання в іншому кримінальному провадженні тощо. З огляду на викладене, положення спеціального закону, на відміну від Кримінального процесуального кодексу України, не здатні забезпечити дотримання гарантованих Конституцією прав та свобод людини.

Актуальність дослідження процесуальних особливостей здійснення НСРД зумовлена тенденцією до постійного їх збільшення. Якщо в 2013 році проведено 66912 негласних слідчих (розшукових) дій, то в 2014 році – 66570, без статистичних даних по багатьох районах Донецької та Луганської областей та АР Крим.

Не досить “ефективне” використання негласних заходів мірою пояснюється й певною недосконалістю деяких норм.

Так, проблемною є неможливість проведення НСРД при документуванні кіберзлочинів (*“Несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп’ютерів), автоматизованих систем, комп’ютерних мереж чи мереж електрозв’язку” та інших злочинів, передбачених розділом 16 Кримінального кодексу України* [4]), які за ступенем тяжкості належать до злочинів невеликої та середньої тяжкості, що фактично унеможливує не лише їх належне розслідування, а й своєчасне припинення. Адже без інформації, знятої з електронних інформаційних систем і транспортних телекомунікаційних мереж, майже неможливо отримати необхідні відомості про кіберзлочини та осіб, які їх вчиняють.

Аналогічна ситуація виникає при документуванні більшості “корупційних правопорушень”, передбачених ч. 1, 2 ст. 368 “Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою”, ч. 1, 2 ст. 368-2 “Незаконне збагачення”, ч. 1–3 ст. 368-3 “Підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми”, ч. 1–3 ст. 368-4 “Підкуп особи, яка надає публічні послуги”, ч. 1, 2 ст. 369 “Пропозиція або надання неправомірної вигоди службовій особі”, ч. 1, 2 ст. 369-2 “Зловживання впливом” Кримінального кодексу України. Зазначені обставини створюють значні перешкоди у виявленні та документуванні “корупційних правопорушень”, оскільки у випадках кваліфікації злочину за статтею про злочин невеликої чи середньої тяжкості слідчий обмежений вибором НСРД – зняття інформації з

електронних інформаційних систем або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем чи не пов'язаний із подоланням системи логічного захисту, та установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу.

Це фактично виключає можливість застосування негласних слідчих (розшукових) дій для збирання доказів при розслідуванні злочинів середньої тяжкості, до яких законодавцем віднесено ч. 1, 2 статей про корупційні правопорушення. Як показує досвід, потреби у проведенні зняття інформації з електронних інформаційних систем або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем чи не пов'язаний із подоланням системи логічного захисту, немає, а установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу може сприяти в даній категорії кримінальних проваджень тільки в розшуку підозрюваного, який переховується від органів досудового розслідування.

Без проведення таких негласних слідчих (розшукових) дій, як контроль за вчиненням злочину в формі спеціального слідчого експерименту, виготовлення, утворення несправжніх імітаційних засобів для проведення спеціального слідчого експерименту зібрати докази про злочин, передбачений ч. 1 ст. 368 Кримінального кодексу України, неможливо.

Досвід застосування Кримінального процесуального кодексу України при розслідуванні злочинів корупційної спрямованості, кіберзлочинів зумовлює необхідність перегляду усталених підходів стосовно проведення НСРД виключно щодо деяких тяжких та особливо тяжких кримінальних правопорушень. Адже в окремих випадках належне розслідування практично неможливе. За таких умов порушується визначений ст. 2 КПК України принцип "... щоб кожен, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнений до відповідальності в міру своєї вини..." з одного боку, а з іншого – неможливість проведення НСРД у кримінальних провадженнях меншого ступеня тяжкості створює умови для "уникнення" кримінальної відповідальності та покарання окремими особами.

Про це свідчить судова практика. Непоодинокими є рішення судів, у яких під час проведення судового розгляду судді не беруть до уваги докази, які були отримані в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Суд правильно мотивує свої рішення тим, що на початковому етапі розслідування вбачались ознаки тяжкого злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 Кримінального кодексу України "Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою", а після проведення негласних слідчих (розшукових) дій та розсекречування їх результатів такі діяння були

перекваліфіковані на ч. 1 ст. 368 Кримінального кодексу України – злочин середньої тяжкості, при розслідуванні яких НСРД проводити неправомірно з огляду на ст. 89 Кримінального процесуального кодексу. Зазначена ситуація демонструє необхідність внесення змін до Кримінального процесуального кодексу щодо розширення переліку кримінальних проваджень, при розслідуванні яких необхідно проводити НСРД. З огляду на викладене, вважається за доцільне внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо можливості проведення НСРД незалежно від ступеня тяжкості щодо корупційних злочинів, перелік яких надано в примітці до ст. 45 Кримінального кодексу України, та кіберзлочинів, передбачених розділом 16 Кримінального кодексу України (злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів, систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку).

Проблемним питанням, що потребує негайного вирішення, є відсутність чіткої регламентації механізму ознайомлення сторони захисту з матеріалами проведення НСРД, зокрема, з ухвалами слідчого судді та постановами прокурора про їх проведення, оскільки сторона захисту досить часто не може реалізувати своє право на захист, не розуміючи всю картину злочину. Як позитив слід зазначити принципову позицію суду й скасування вироків у зв'язку з неможливістю дослідження усіх матеріалів провадження.

Законодавець, визначаючи у Кримінальному процесуальному кодексі України як критерій допустимості обмеження конституційних прав та свобод громадян вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину для проведення переважної більшості негласних слідчих (розшукових) дій, очевидно керувався рішеннями Європейського суду з прав людини, що пов'язані із забезпечення дотримання прав та свобод людини, закріплених у ст. 2, 6, 8, 13 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, під час здійснення негласних актів розслідування (“Делькур проти Бельгії” від 17.01.1970, “Клаас та інші проти Німеччини” від 06.09.1978, “Тейсера де Кастро проти Португалії” від 09.06.1998, “Сейкера проти Португалії” від 06.05.2003, “Нарінен проти Фінляндії” від 01.06.2004, “Ваян проти Росії” від 15.12.2005, “Шеннон проти Сполученого Королівства” від 06.04.2006, “Худобін проти Росії” від 26.10.2006, “Волохи проти України” від 02.11.2006, “Раманаускас проти Литви” від 05.02.2008, “Михайлюк та Петров проти України” від 15.01.2010), а також з досвідом нормативно-правової регламентації негласних актів розслідування (спеціальних слідчих дій, спеціальних розшукових заходів, негласних слідчих дій, секретних слідчих дій) у кримінальному процесуальному законодавстві Франції, ФРН, Болгарії, Латвії, Грузії, Молдови, Австрії, Польщі та інших європейських країн, у більшості з яких здійснення

негласних актів розслідування можливе в кримінальних провадженнях про тяжкі чи особливо тяжкі злочини (наприклад, Франція, ФРН, Польща, Молдова, Болгарія).

Водночас за Кримінально-процесуальним кодексом Австрії, Грузії, Латвії застосування негласних актів розслідування не має обмежень за ступенем тяжкості злочину. У них належний прокурорський нагляд та судовий контроль за негласними актами розслідування вбачається головною гарантією дотримання прав громадян у кримінальному провадженні.

Вважається, що досвід окремих держав щодо регламентації в КПК можливості проведення НСРД у всіх без винятку кримінальних провадженнях незалежно від ступеня тяжкості в умовах функціонування вітчизняної правоохоронної системи є недоцільним та може зумовити “тотальне” порушення прав та свобод громадян. На етапі реформування органів кримінальної юстиції в Україні забезпечити належний прокурорський нагляд та судовий контроль за негласними актами розслідування з метою дотримання гарантованих Конституцією прав і свобод та унеможливлення здійснення безпідставного проведення НСРД не вдасться повною мірою, що зумовить зловживання та використання НСРД як засобу досягнення особистих інтересів окремих правоохоронців. Тож у нашій державі потрібен комплексний підхід.

У правозастосовній діяльності трапляються випадки, коли при проведенні НСРД злочин “спровоковано”. Йдеться про свідоме створення обставин й умов, що зумовлюють вчинення злочину, щоб потім викрити того, хто його вчинив. Провокаційні дії “штовхають” особу на вчинення злочину. У “заздалегідь сплановані проекти” можуть потрапляти громадяни, які виявилися психологічно не стійкими. Таким чином, надзвичайно важливим моментом у розв’язанні проблеми провокації є питання про те, чи вчинила б конкретний злочин особа за умови, якщо б до вчинення її не “схилили”. Відповідно до ч. 3 ст. 271 Кримінального процесуального кодексу України, під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона би не вчинила, як би слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем. Здобуті в такий спосіб речі та документи не можуть бути використані у кримінальному провадженні.

Міжнародний досвід та практика Європейського суду з прав людини свідчить, що питання провокації злочину неодноразово ставали предметом перевірки Високого суду. Склалася відповідна практика визнання допустимим втручання у процес

вчинення злочину відповідними органами. Приміром, у рішенні в справі “Раманаускас проти Литви” від 5 лютого 2008 року № 74420/01 (п. 55) Європейський суд з прав людини дійшов висновків, 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 документування злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб’єкта, схиляючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений.

Європейський суд з прав людини критерієм розмежування провокації (підбурювання) вважає момент початку здійснення працівниками поліції відповідного заходу – чи вони просто приєдналися до вже вчинюваного злочину чи спровокували особу на його вчинення.

Наведені вище рішення дають підстави дійти такого висновку: якщо правоохоронні органи спеціально залучають підготовлених осіб, які в подальшому під “контролем” активними діями провокують “злочинця” до вчинення кримінального правопорушення, то докази на підтвердження винуватості, здобуті під час такої провокації, суд зобов’язаний визнати недопустимими, а особу обвинуваченого – виправдати. Водночас, коли представники правоохоронних органів обмежились пасивним спостереженням за злочинною поведінкою особи і під час проведення негласних слідчих дій мав місце судовий контроль за дотриманням прав та свобод особи, зібрані докази будуть відповідати усім критеріям належності, допустимості та достовірності.

Аналогічної позиції дотримується й Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ. Зокрема, ухвалою від 27 листопада 2014 року у справі № 5-3626КМ-14 визнано провокаційними діями правоохоронних органів другий та третій етап контрольованої закупки психотропних речовин та виключено з обвинувачення засудження за ознакою повторності. Вважаємо, що рішення суду повинно бути алгоритмом дій при проведенні розслідування та судового розгляду усіх проваджень, пов’язаних з проведенням контролю за вчиненням злочину.

Таким чином, проведений аналіз актуальних проблем здійснення негласних слідчих (розшукових) дій дає підстави стверджувати, що норми Кримінального процесуального кодексу України, які передбачають порядок проведення НСРД, потребують додаткового врегулювання шляхом внесення запропонованих нами вище змін та доповнень, оскільки відповідні положення не повною мірою відповідають вимогам щодо належної протидії злочинності в умовах реформування органів кримінальної юстиції.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квіт. 2012 р. // *Голос України*. – 2012. – № 90–91.
2. 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 лип. 1997 р. № 475/97-ВР // *Відомості Верховної Ради України*. – 1997. – № 40. – Ст. 263.
3. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18 лют. 1992 р. // *Відомості Верховної Ради України*. – 1992. – № 22. – 2 черв. – Ст. 303.
4. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III // *Відомості Верховної Ради України*. – 2013. – № 9–13. – Ст. 88.
5. Конституція України від 28 черв. 1996 р. // *Відомості Верховної Ради України*. – 1996. – № 30. – Ст. 141.