

Костін Михайло Іванович –
кандидат юридичних наук, доцент
Національної академії Служби
безпеки України

ПРИРОДА НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ У СИСТЕМІ “ЛОГІЧНОГО ДОКАЗУВАННЯ”

Розглянуто передумови і генезис формування інституту негласних слідчих (розшукових) дій.

Ключові слова: учасники кримінального процесу; процеси криміналізації; удосконалення.

Рассмотрены предпосылки и генезис формирования института негласных следственных (розыскных) действий.

Ключевые слова: участники кримінального процесса; процессы криміналізації; усовершенствование.

Pre-conditions and genesis of forming of institute of secret consequence (search) actions are considered.

Keywords: participants of criminal process; processes of kриміналізації; improvement.

Ще перше запроваджений у вітчизняну практику кримінального судочинства інститут негласних слідчих (розшукових) дій з права вважається однією з найпринциповіших новацій у новому Кримінальному процесуальному кодексі (КПК) України. Дослідження передумов і генезису формування цього інституту, його ролі у концептуальній зміні моделі доказування у кримінальному процесі дає змогу автору стверджувати, що такий крок зовсім не “порожня дань моді” або “сліпе копіювання іноземних зразків”, як стверджують найбільші критики таких змін, а достатньо збалансований, очікуваний та об’єктивно необхідний крок. І зроблений він, звичайно, для забезпечення балансу особистих і публічних інтересів, наповнення новою “життєвою силою” національних процесуальних механізмів в єдиному руслі підвищення ефективності розслідування і реального забезпечення прав і законних інтересів учасників кримінального процесу, потреб суспільства.

Указані нововведення мають свою філософію, є необхідними, послідовними і передбаченими. Зокрема, для України, що 1997 р. ратифікувала Європейську конвенцію з прав людини (ЕКПЛ), критеріальним орієнтиром на шляху законотворчих перетворень виступає практика Європейського суду з прав людини (Суд). Для більшості європейських країн, відданість яких демократичним ідеалам не викликає розумних сумнівів, заходи, які є подібними до вітчизняних негласних слідчих (розшукових) дій у розслідуванні злочинів, уже давно стали звичним явищем. Тому природно, що перевірка законності їх проведення неодноразово була предметом дослідження високого Суду. І судова

практика з цього питання переконливо свідчить про те, що право держави на таємне втручання у права громадян визнається Судом допустимим за наявності двох суттєвих умов: першої – якщо воно здійснено винятково з метою, визначеною ч. 2 ст. 8 ЕКПЛ; другої – якщо це втручання було здійснено способом, визначеним Законом. Тобто способом, визначеним не відомчим нормативно-правовим актом таємного характеру, а доступним для сприйняття суспільством, гласним нормативним актом, що має найвищу юридичну силу і спроможний гарантувати найбільший захист прав людини. Остання вимога покликана зробити вказане втручання держави передбаченим для громадян, істотно утруднити зловживання владних інституцій і несумлінних виконавців, і надати особам, права яких були обмежені, ефективні засоби контролю й правового захисту.

Проте для усвідомлення цього вітчизняному законодавцю був потрібен значний історичний період. Необхідно зазначити, що прийняття попереднього КПК (1961 р.) відбувалось на тлі ліберальних реформ у сфері кримінальної юстиції (1958–1961 рр.) і прийнятий кодекс увібрав значну кількість прогресивних змін (до речі, останні на той час також сприймалися неоднозначно). Тому не дарма довгий час уважалось, що цей КПК здатний забезпечити практику достатньо дієвим механізмом розслідування злочинів. Слід зазначити, що на початку 70-х років минулого століття, коли відбувалось прийняття КПК, сам термін “оперативно-розшукова діяльність” уважався синонімом державної таємниці і його уникали вживати у відкритих наукових джерелах. Панувала радянська теорія доказів (В. Я. Дорохов, М. С. Строгович), яка виходила з марксистсько-ленінських постулатів про злочинність як неприродне, а тому виключне і тимчасове явище у соціалістичному суспільстві.

Але життя рухалось за іншими законами: злочинність невпинно розвивалась за кількісними та якісними показниками, чутливо реагуючи на соціально-політичні та економічні зміни в державі. Протягом 1966–1985 рр., як свідчать дослідження кримінологів, відбувалося неухильне зростання загальнокримінальної злочинності. При цьому кожні п'ять років приріст середніх коефіцієнтів злочинності практично зростав удвічі. Стрімко збільшилась кількість злочинів корисливого спрямування. А протягом 1990–1991 рр. процеси криміналізації суспільства взагалі почали виходити з під контроль держави [1]. Зокрема, якщо в Радянському Союзі (СРСР) 1956 р. зареєстровано 579.116 протиправних діянь, або 292, 6 злочинів на 100 тис. населення, то 1991 р. лише зареєстрована злочинність за абсолютними показниками зроста майже у шість разів, досягнувши позначки 3.223.147 злочинів, або 1.114,9 протиправних діянь на 100 тис. усього населення СРСР. За цей період темпи зростання рівня злочинності випереджали навіть зростання населення у 4,6 рази.

За період з 1992 по 1995 рік кількість зареєстрованих злочинів в Україні збільшилась і досягла на кінець зазначеного періоду 641.860, а коефіцієнт злочинності в розрахунку на 100 тис. населення становив 1.241 злочинів [2]. Цей рівень стабільно залишається доволі високим. Так, згідно з даними МВС України 2011 р. зареєстровано 515,8 тис. злочинів, що

визначає показник коефіцієнту злочинності приблизно у 1.130 злочинів на 100 тис. населення [3].

Окрім на порядки менших кількісних показників злочинності, остання у період прийняття КПК (1961 р.) і близько не мала тих організованих форм і ступеня протидії, з якими стикаються нині українські правоохоронці, і які істотно впливають на розкриття злочинів. За даними науковців, наприклад, 2010 р. у країні нараховувалось близько 45 злочинних співтовариств, до яких входило понад 500 організованих злочинних груп, загальною чисельністю близько 6 тис. активних учасників. Кожне третє злочинне формування мало міжрегіональний характер, а кожне шосте – міжнародні зв'язки [4].

Слід також ураховувати, що на час прийняття попереднього КПК більшості громадян були характерні високий рівень законслухняності й готовності допомагати правоохоронним органам. Суди в авангарді правоохоронних органів були на сторожі соціалістичної законності, оцінюючи можливість винесення виправдовувальних вироків як надзвичайне і небажане явище. У державі функціонувала ефективна система контролю за особою, а також практично невідомий суспільству негласний контроль у формі тотального моніторингу (оперативно-розшукової діяльності) суспільного життя для отримання оперативно значущої інформації. Суспільна недовіра вказаним негласним методам та небажання їх розголосу з боку держави змушувала використовувати заходи ОРД у системі доказування лише як орієнтовну інформацію, що потребувала подальшої легалізації шляхом формального проведення гласних (інколи це розумілось як законних) слідчих дій.

Проте з часом, у зв'язку з ринковими і демократичними перетвореннями, визначенням інтегративного вектору європейського розвитку України, і що дуже важливо – зі зміною якісного стану сучасної злочинності, завіса таємничості над оперативно-розшуковою діяльністю (ОРД) почала зникати. Законодавець по-іншому тлумачить призначення ОРД, яка з інструменту самозбереження політизованої державної влади має перетворитися винятково на необхідний засіб захисту публічних інтересів. Тому регламентація заходів оперативно-розшукової діяльності, що раніше перебувала в тіні відомчих інструкцій й наказів, більшість з яких мала режим обмеженого доступу, і була взагалі невідомою для громадян, закономірно почала спиратися на авторитет і силу Закону – вітчизняного КПК. П'ятдесят років знадобилося законодавцю для того, щоб 2001 р. до ч. 2 ст. 65 і ч. 2 ст. 66 КПК (1960 р.) внести доповнення, згідно з яким протоколи оперативно-розшукових заходів з додатками, одержані в установленому порядку, отримали можливість визнаватися джерелами доказів, а ст. 187 КПК такий захід, як “зняття інформації з каналів зв'язку” був безпосередньо наділений статусом слідчої дії. Проте половинчастість подібних заходів і спроба “псевдогенетичного”, образно кажучи “лисенківського”, досвіду прищеплення їх “до дерева” КПК (1961 р.) концептуально іншої моделі, – відчутних результатів не принесли.

Учасники кримінального провадження і суспільство в цілому не стали більш захищеними, а слідство ефективнішим.

За різних часів провідними процесуалістами і криміналістами країни (до певної міри В. С. Зеленецьким, Ю. М. Грошевим, В. П. Бахіним та ін.), практиками, підтримувалася ідея подальшого розширення регламентації у КПК використання засобів і результатів оперативно-розшукової діяльності. А Концепцією реформування кримінальної юстиції України (Концепцією, затвердженій Указом Президента України від 8 квітня 2008 р. № 311/2008) було визначено завдання розроблення принципово нової моделі КПК. Передбачалося кардинальне реформування процедури досудового розслідування, сутність якого визначалася через збирання гласними і негласними методами, установленими законом, фактичних даних, що мають значення для кримінального судочинства.

Доречно нагадати, що відомий український процесуаліст, фахівець в теорії доказів, професор М. М. Михесенко ще у своїй докторській дисертації (1984 р.) пропонував розділяти поняття “доказ” (тобто фактичні дані ...) і їх “процесуальні джерела”. Можливо, що подальший розвиток цієї ідеї в сучасних соціально-правових реаліях також привів би відомого своїми прогресивними поглядами вченого до висновку про необхідність змінити своє ставлення до ролі ОРД у доказуванні, і спрощення процесуальної форми слідчих дій з допомогою перенесення доказово-релевантних наслідків на стадію судового розгляду справи, забезпечення процесу доказування ефективними гарантіями допустимості доказів і дієвим судовим контролем.

Існуюча в попередньому КПК модель “слідчого доказування” ґрунтувалася на жорсткій нормативно-правовій регламентації і визначенні понять “доказування” і “доказ”, ретроспективному пізнанні обставин учиненого злочину, монополії сторони обвинувачення на формування доказів у справі, презумпції формування доказу в результаті проведення будь-якої слідчої дії. Ця модель була пристосована для виконання завдань досудового розслідування. Причому, орієнтування органів досудового розслідування на досягнення цілей правосуддя, судове вирішення справи, реалізацію принципу змагальності сторін вона не потребувала.

Водночас зібрані (сформовані) у такій моделі “квазідокази”, а правильніше буде сказати “докази обвинувачення”, без визнання судом і використання в “судовому доведенні” – повноцінного статусу процесуального доказу одержати не можуть. Цього не вистачить замінити ні передбачена попереднім КПК жорстка процесуальна форма слідчих дій під час досудового розслідування, ні спроба на рівні, якщо так можна сказати – “неоформальної теорії доказів” – наперед установити круг ліпших (допустимих) джерел доказів. З функціональної точки зору використовується попереднім КПК України концепція “традиційних слідчих дій”, основу якої становить ретроспективне пізнання обставин злочину з виявлених слідів, за своїми можливостями нині не задовольняє потреби практики. У зв'язку з цим серйозно знижується можливість суспільства адекватно протистояти

сучасній злочинній діяльності і тим більше – попереджувати злочинні вияви.

На відміну від сказаного, інститут негласних слідчих (розшукових) дій органічно вписується в концептуально сприйняту новим КПК України *модель логічного доказування* [5].

За цією моделлю доказування має винятково логічну природу і здійснюється тільки перед судом (арбітром). Формування ж і перевірка фактичних даних є безумовно важливою фактичною (інформаційною) основою логічному доказуванню. При цьому акцент у процесуальних гарантіях дотримання законності під час здійснення негласних слідчих (розшукових) дій зміщений з механічного дотримання процесуальної форми на інститути судового контролю та санкції визнання здобутих фактичних даних недопустимими. Зокрема, підставою проведення та/або використання у подальшому результатів більшості негласних слідчих (розшукових) дій є отримання дозволу суду. Це стосується, наприклад, усіх різновидів утрочання у приватне спілкування: аудіо-, відеоконтроль особи; арешт, огляд і виїмка кореспонденції; зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; зняття інформації з електронних інформаційних систем – ст. 260–264 КПК України, а також передбачених ст. 267, 268, 269, 270, 274 КПК України – обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи; установа місцезнаходження радіоелектронного засобу; спостереження за особою; аудіо-, відеоконтроль місця; негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження. Санкції визнання доказів сторони недопустимими передбачені ст. 86, 87, 88, 89, 90 КПК України. Зокрема, недопустимим визнаються докази сторони, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод особи. У ч. 3 ст. 271 КПК України вперше на законодавчому рівні закріплена заборона провокації особи на вчинення злочину, а отримані таким способом речі і документи закон визнає недопустимими для використання у кримінальному провадженні.

Варто звернути увагу на окремі прогалини регламентації в новому КПК України моделі “логічного доказування”, що вимагає від правозастосовців професійного і системного тлумачення “конфліктних” норм права на основі загальної концепції і принципів нового КПК України. Зокрема, у цьому Законі безпідставно збережені певні пережитки “слідчого доказування”, що суперечать загальній концепції Кодексу і розмивають її. Наприклад, поняття доказів, які з імперативно визначених КПК України процесуальних джерел формують, а також оцінюють (уже, правда, без перевірки) слідчий і прокурор (ст. 84, 92, 93, 94 КПК України) – суперечить визначеним тим же Законом загальним основам кримінального судочинства (ст. 7). Такий висновок впливає з тлумачення ч. 2 ст. 23 КПК України, що закріплює принципове положення “моделі логічного доказування”, згідно з яким суд може вирішити питання про те, чи є одержані сторонами фактичні дані доказами в конкретному кримінальному провадженні. Цей принцип спирається на положення вказаної вище Концепції (ст. 2), яка

передбачає виняткові повноваження суду визнавати зібрані фактичні дані доказами у справі.

Звичайно, новаційний характер запровадженого інституту негласних слідчих (розшукових) дій, насамперед, зумовлює певні складнощі для правозастосовців. Удосконалення, як кажуть, ніколи не дається легко. Наприклад, подібне спостерігалось, і під час переходу від санкціонування обшуків у житлі чи іншому володінні особи прокурором, до отримання на це дозволу суду. Але з часом і досвідом зміцнилось розуміння суспільної потреби і практичної доцільності у таких змінах.

Очевидно це відбуватиметься і під час упровадження вказаного процесуального інституту. Труднощі, що виникатимуть, долатимуться завдяки активним, творчим зусиллям практиків та науковців і потребуватимуть зміни формально-позитивістського типу мислення на основі ефективнішого, людиноцентристського підходу. Проте цей шлях має полягати у межах КПК України і відбуватись на основі його концептуальних положень.

Неприпустимо, наприклад, намагатись розв'язати проблемні питання реалізації вказаного інституту шляхом повернення до практики інструкцій, які, до того ж не конкретизують норми КПК України на основі його концептуальних положень, а встановлюють нові, тобто “квазіправові” норми.

Наприклад, у ч. 3 ст. 252 КПК України йдеться про передачу прокурору протоколів про проведення негласних слідчих дій у строк до 24 годин з моменту припинення цих дій. А у п. 4.3. Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій і використання їх результатів у кримінальному провадженні такий протокол передається не пізніше як 24 год, але вже не після припинення дій, а після його складання.

Відомий учений у теорії права С. Алексєєв уживав свого часу термін “сильне право”, яким позначав такий рівень регулювання правовідносин у конкретному суспільстві, що розвивається на демократичних засадах, за яким досягається реальна можливість реалізації громадянами своїх юридичних прав [6]. Зазначено справедливо і зрозуміло, особливо відносно періоду абсолютного пріоритету державних інтересів у суспільному житті. Має рацію І. Губерман, який говорив про той час: “В России жил я, как трава, и меж такими же другими, сполна имея все права без права пользоваться ими”...

Дотримання демократичних принципів у всіх сферах суспільного життя, особливо у кримінальному процесі, вимагає прискіпливого і комплексного забезпечення (реалізації, охорони, захисту) прав і законних інтересів, безпеки всіх суб'єктів правовідносин як особи, так і всього суспільства, й уповноважених останнім для практичної реалізації своїх статусних функцій державних органів. Ґрунтуючись на зазначеному вище змісті поняття “сильного права” вважаю, що сучасній правовій і демократичній державі Україна необхідний “сильний кримінальний процес”, побудований на природній перевазі публічного початку в його організації, але реально, на рівні суспільної потреби забезпечуючий належні реалізацію,

охорону і захист прав і законних інтересів усіх його суб'єктів і суспільства взагалі. Саме в такій системі балансу особистих і публічних інтересів інститут “негласних слідчих (розшукових) дій” слід уважати органічною частиною функціонування сучасної моделі “логічного доказування” та організації сучасного кримінального процесу взагалі.

Можливо, і абсолютно необхідно, звичайно, відноситися з конструктивною критикою до регламентації негласних слідчих (розшукових) дій і ефективності їх практичного здійснення. Але нормативне удосконалення останніх ні в якому разі не має ґрунтуватися на ігноруванні філософії їх закономірного включення до КПК України, привести до підміни їх суті і змісту – процесуальною формою, зниженню планки нормативно встановленого у зв'язку з цим балансу інтересів особи й суспільства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Криминологія : учебник для вузов / под общ. ред. А. И. Долговой. – М., 2001. – С. 170.
2. Стан, структура та динаміка злочинності [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.criminology.org.ua/articles/r4/r4_1/mvd04.htm.
3. Аналіз стану злочинності в Україні за 2011 рік МВС України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sc.gov.ua/uploads/tiny_mce/files/Аналіз_стану_злочинності_2011.doc.
4. Білоусова О. О. Криминологічна модель протидії злочинності : автореф. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.08 / О. О. Білоусова. – Х., 2012. – С. 2–3.
5. Костін М. І. Контрабанда. Доказування обставин вчинення злочину на досудовому слідстві : моногр. / Костін М. І. – К., 2003. – С. 9–26; Костін М. Поняття “доказування” у кримінальному процесі України / М. Костін // Право України. – 2004. – № 1. – С. 143–147.
6. Алексеев С. Власність – Право – Соціалізм / Алексеев С. – М., 1984. – С. 98.