

Igor ІВАНЕНКО,
суддя Апеляційного суду Черкаської області,
кандидат юридичних наук, доцент



НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

З набранням чинності у листопаді 2012 р. Кримінальним процесуальним кодексом (КПК) України всі без винятку інститути кримінального процесу зазнали істотних змін. Також у КПК 2012 р. були запроваджені численні новели, не відомі КПК 1960 р.

Зокрема, було піддано суттєвому розширенню інститут судового контролю за досудовим розслідуванням. Вирішення майже усіх питань щодо можливого обмеження прав і свобод осіб в ході розслідування кримінальних правопорушень було віднесено до компетенції суду; стало можливим оскарження у судовому порядку під час досудового розслідування значно більшого переліку окремих рішень, дій чи проявів бездіяльності слідчого і прокурора; істотно збільшився перелік окремих слідчих дій, для здійснення яких необхідним є попередній дозвіл суду; своє правове закріплення отримало поняття негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД) тощо.

Безумовно, впровадження в дію положень нового КПК, як і будь-яка інша глобальна новація у законодавстві, не могло відбутися без виникнення певних суперечностей, колізій чи питань, прямих відповідей на які закон не дає. Ці питання повсякчас виникають і в діяльності слідчих суддів судів апеляційної інстанції щодо розгляду окремих клопотань про проведення НСРД.

Наукове обґрунтування необхідності законодавчого закріплення та детального регламентування інституту НСРД у кримінальному процесуальному законодавстві України у своїх наукових працях обстоювали такі провідні правники, як А. Бандурка, Ю. Грошевий, О. Джужа, Е. Дідоренко, О. Долженков, Ю. Кондратьєв, В. Ліпкан, В. Малярєнко, І. Мусієнко, М. Погорєцький, Є. Скулиш та інші.

Незважаючи на те, що порівняно з КПК 1960 р. інститут негласних слідчих (розшукових) дій отримав значно ширше правове регулювання (йому присвячена ціла глава Кодексу, яка складається з майже 3 десятків окремих статей), залишилося багато аспектів, які з точки зору правозастосовної практики є недостатньо врегульованими та неоднозначними для їх розуміння і тлумачення. Зокрема, такими аспектами є: підстави ініціювання проведення НСРД; коло суб'єктів, які мають право ініціювати клопотання про проведення НСРД; процедура розгляду такого клопотання та межі застосування окремих дозволів на проведення НСРД; судовий контроль за їх застосуванням; аспекти розсекречування інформації про проведені НСРД та багато інших.

Тому основним завданням цієї статті є спроба аналізу окремих аспектів правової регламентації інституту НСРД у чинному кримінальному процесуальному законодавстві саме з правозастосовної точки зору, зокрема з точки зору судді-практика.

Отже, глава 21 чинного КПК визначає поняття НСРД, їх види та класифікацію. Згідно зі ст. 246 Кодексу НСРД – це різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом. Цією самою главою КПК визначений вичерпний перелік власне НСРД, який складається з 12 видів, та надається їх первинна класифікація на такі, що пов'язані з втручанням у приватне спілкування, та інші види НСРД.

Рішення щодо проведення абсолютної більшості НСРД (10 видів) ухвалює саме слідчий суддя, й лише щодо такої НСРД, як контроль за вчиненням злочину, рішення ухвалює прокурор, а стосовно виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації – слідчий за погодженням з керівником органу досудового розслідування або прокурор. Відтак, саме на слідчого суддю закон покладає найбільший обсяг відповідальності щодо законності та обґрунтованості рішень про проведення НСРД в усіх їх аспектах.

Одним з перших питань, яке потребує свого детального з'ясування з практичної точки зору, є питання щодо підстав застосування НСРД. Такі підстави зазначені у ч. 2 ст. 246 КПК надто загально. Так, НСРД проводяться у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб. Якщо буквально тлумачити це положення закону, то з його змісту випливає, що НСРД можуть проводитися лише тоді, коли певний злочин (закінчений чи незакінчений) вже був вчинений, й окремі НСРД проводяться з метою конкретизації даних про цей злочин та отримання відомостей про особу, яка його вчинила. Це саме підтверджується і положеннями пункту 1 та пункту 2 ч. 3 ст. 248 КПК, де зазначено, що слідчий суддя постановляє ухвалу про дозвіл на проведення НСРД, якщо прокурор чи слідчий доведе наявність достатніх підстав вважати, що був вчинений злочин відповідної тяжкості, й під час проведення НСРД можуть бути встановлені особи, які вчинили злочин. Таким чином, КПК не передбачає можливості надання дозволу на проведення НСРД, коли у ініціатора клопотання є лише підозри,

що невдовзі може бути вчинений певний злочин, а вимагає, щоб навіть готування до злочину як різновид незакінченого злочину вже відбулося хоча б у певному його прояві або відбувся власне закінчений злочин. Тобто слідчому судді мають бути надані достатні докази того, що злочин вже відбувся або в процесі готування до нього вже вчинені певні конкретні діяння. Ці положення КПК фактично виключають можливість застосування НСРД з профілактичною чи запобіжною метою.

Але слід зазначити, що ці положення КПК суперечать змісту ст. 8 Закону України від 18 лютого 1992 р. «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі – Закон про ОРД) в тій її частині, де зазначається, що НСРД провадяться оперативними підрозділами винятково з метою запобігання вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, терористичних актів та інших посягань. Класичне розуміння поняття «запобігання злочину» охоплює аспекти його профілактики, попередження та припинення. Відтак, Закон про ОРД допускає застосування НСРД з метою запобігання вчиненню злочину, тобто тоді, коли злочин ще не відбувся й навіть не розпочинався, однак існують підозри щодо його ймовірного вчинення. Тому, на мою думку, варто було б конкретизувати і узгодити в КПК та в Законі про ОРД питання допустимості чи недопустимості надання дозволу на проведення НСРД лише з метою перевірки певних підозр щодо можливої протиправної поведінки певної особи без обґрунтованих даних про факт готування такої особи до певного злочину, вчинення нею замаху на злочин чи закінченого злочину або з метою перевірки обґрунтованості підозр щодо ймовірного посягання на певний об'єкт. Це дозволило б уникнути неоднозначностей у розумінні зазначених положень обох законів. На мою думку, більш ефективним способом вирішення цієї суперечності стала б конкретизація положень чинного КПК та Закону про ОРД щодо недопустимості надання таких дозволів.

Певна правова колізія також має місце й щодо питання про визначення кола суб'єктів, які мають право ініціювати перед слідчим суддею клопотання про проведення НСРД. Відповідно до ч. 3 ст. 246 КПК рішення про проведення НСРД приймає (крім слідчого та прокурора) слідчий суддя за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором. Водночас відповідно до ст. 8 Закону про ОРД негласне обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи, аудіо-, відеоконтроль особи, аудіо-, відеоконтроль місця, спостереження за особою, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, електронних інформаційних мереж, накладення арешту на кореспонденцію, здійснення її огляду та виїмки, установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу проводяться на підставі ухвали слідчого судді, постановленої за клопотанням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника, погодженого з прокурором.

Таким чином, КПК до суб'єктів, які мають право ініціювати клопотання про проведення НСРД, відносить слідчого і прокурора, тоді як Закон про ОРД додає до цього переліку також керівника оперативного підрозділу або

його заступника, які можуть подати відповідне клопотання, узгодивши його з відповідним прокурором. У такому разі з цього процесу усувається слідчий. Отже, маємо 2 різні концептуальні підходи: КПК декларує підхід щодо неможливості (за винятком безпосереднього клопотання самого прокурора) ініціювання питання про проведення НСРД з боку органу, який не наділений функцією досудового розслідування, адже в складі такого органу не може бути слідчого як службової особи. Натомість Закон про ОРД передбачає таку можливість, адже оперативно-розшукові підрозділи існують не лише в органах, які відповідно до ст. 38 КПК наділені функцією досудового розслідування, а й в інших органах. Наприклад, відповідно до ст. 5 Закону про ОРД такими органами є відповідні підрозділи Державної прикордонної служби України, органів і установ виконання покарань, Міністерства оборони, Державної митної служби тощо. При цьому слід пам'ятати, що функція досудового слідства відповідно до «Перехідних положень» КПК зберігається за органами прокуратури лише тимчасово.

Ця колізія є колізією норм рівних за силою нормативно-правових актів – законів, які одночасно набрали чинності, адже відповідні зміни до Закону про ОРД були зумовлені саме набранням чинності новим КПК. Тому ці положення можуть застосовуватися одночасно, однак така суперечність, на мою думку, також потребує свого законодавчого врегулювання. Вважаю, що надання Законом про ОРД повноважень керівникам оперативних підрозділів органів, які не мають функції досудового розслідування, та їх заступникам права ініціювати за погодженням з прокурором клопотання про проведення НСРД з фактичним усуненням з цієї процедури слідчого є не виправданим. Саме слідчий визнається КПК службовою особою, яка уповноважена здійснювати досудове розслідування та несе відповідальність за його ефективність, тому вважаю, що процес ініціювання клопотання про проведення НСРД має обов'язково відбуватися за участю слідчого, який визначений у цій якості у відповідному кримінальному провадженні.

Більш того, в контексті цього питання виникає проблема теоретичної можливості розгляду слідчим суддею клопотання про проведення НСРД, яке ініціюється оперативним підрозділом органу, що не має функції досудового розслідування. Адже у ст. 247 КПК чітко зазначено: розгляд клопотань про НСРД здійснює голова чи за його визначенням інший суддя загального суду апеляційної інстанції, у межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування. Відповідно до ст. 38 КПК органами досудового розслідування (органами, що здійснюють дізнання і досудове слідство) є слідчі підрозділи: органів внутрішніх справ; органів безпеки; органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства; органів Державного бюро розслідувань. Таким чином, теоретично під поняття органу досудового розслідування не підпадають на сьогодні навіть відповідні слідчі підрозділи прокуратури, які лише тимчасово зберігають цю функцію. Однак під це поняття однозначно жодним чином не можуть підпадати оперативні підрозділи органів,

що не наділені функцією досудового розслідування. Відтак, виникає питання: до слідчого судді якого суду апеляційної інстанції територіально має звернутися керівник оперативного підрозділу, якщо клопотання про НСРД ініціюється ним без участі слідчого у відповідному кримінальному провадженні, як це допускає Закон про ОРД? Чи не логічнішим було б, щоб такий керівник оперативного підрозділу, виявляючи таку ініціативу, все ж діяв насамперед шляхом формалізації такої ініціативи у відповідному клопотанні слідчого, у провадженні якого перебуває відповідне кримінальне провадження? Або таку ініціативу цілком міг би формалізувати у своєму клопотанні й відповідний прокурор.

Це питання також вбачається достатньо актуальним й з огляду на те, що КПК з метою забезпечення режиму секретності провадження щодо НСРД не лише не містить прямої вимоги у ст. 248 про обов'язкове фіксування за допомогою технічних засобів процесу розгляду клопотання, а й мінімізує кількісний склад осіб, які беруть участь у розгляді клопотання про проведення НСРД. Зокрема, ч. 1 ст. 248 КПК визначає, що такий розгляд здійснюється за участю особи, яка подала клопотання. Тобто під такою особою слід розуміти первинного ініціатора цього клопотання. Відтак, закон не передбачає присутності під час розгляду клопотання про проведення НСРД, крім самого слідчого судді та особи, яка подала клопотання, навіть відповідного прокурора, з яким це клопотання погоджувалося. Звідси випливає висновок про достатньо вузький обсяг суто процедурних повноважень слідчого судді: закон не лише не передбачає його права додатково вимагати окремі документи чи відомості для конкретизації викладених у клопотанні про НСРД даних (хоча можливість надання слідчому судді матеріалів кримінального провадження передбачена у пункті 2.2 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженій спільним наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5), а й до мінімуму звужує коло осіб, у яких слідчий суддя принаймні міг би під час розгляду клопотання отримати достатньо повні та ґрунтовні пояснення по суті клопотання. Щоправда, слід відзначити й відсутність у законі заборони на участь у судовому засіданні щодо розгляду клопотання про проведення НСРД прокурора, який погоджував відповідне клопотання, якщо не сам прокурор був його ініціатором. Однак, зважаючи на те, що клопотання про проведення НСРД має бути розглянуте протягом 6 годин з моменту його отримання слідчим суддею, стає фактично неможливим будь-яке відкладення чи перенесення судового засідання з метою залучення прокурора. Звичайно, у випадку, коли слідчий суддя вважає, що у поданому клопотанні недостатньо повно наведені підстави для необхідності застосування НСРД, він має право відмовити у задоволенні такого клопотання, і його рішення є остаточним. Однак відповідно до ч. 5 ст. 248 КПК така відмова не є пе-

решкою для повторного звернення з таким клопотанням знову. Закон навіть не передбачає обов'язку для ініціатора повторного клопотання враховувати ті зауваження слідчого судді, які стали причиною для відмови у задоволенні першого клопотання про проведення НСРД, що, на мою думку, є суттєвою прогалиною у законі.

Взагалі, можна зробити висновок, що чинний КПК зводить функцію судового контролю щодо НСРД лише до функції надання слідчим суддею дозволу на їх проведення, виходячи зі змісту відомостей, які зазначені у клопотанні про проведення НСРД та у додатках до нього. Винятком з цього правила є хіба що положення ч. 3 ст. 249 КПК, яка передбачає обов'язок слідчого чи прокурора у клопотанні про продовження строку дії певної НСРД надати додаткові відомості, які дають підстави для такого продовження. Однак це не дає права слідчому судді вимагати виконання цього обов'язку, а може лише бути підставою для відмови у задоволенні клопотання про продовження строку дії ухвали про дозвіл на проведення НСРД.

Жодних повноважень щодо контролю за проведенням власне окремих НСРД, на проведення яких він дав дозвіл, слідчий суддя також не має. Не буду стверджувати, що такі повноваження для слідчого судді є необхідними, однак незрозуміло, яким чином можливо перевірити той факт, що здобуті в ході певної НСРД докази були здобуті в межах дії ухвали про НСРД, адже вихід за такі межі автоматично призводить до недопустимості отриманих доказів. Наприклад, певні докази, отримані шляхом застосування такої НСРД, як відеоконтроль особи, були отримані після того, як строк дії відповідної ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення такої НСРД вже сплив. Або у певному кримінальному провадженні були надані докази, які були здобуті при застосуванні НСРД, дозвіл на які був отриманий в рамках іншого кримінального провадження, й дозволу слідчого судді на використання такої інформації в іншому кримінальному провадженні, як того вимагає ч. 1 ст. 257 КПК, не було. З огляду на режим секретності відомості про зміст ухвали слідчого судді щодо дозволу на проведення НСРД, а також щодо процедури розгляду відповідного клопотання розголошуватися не можуть. Проте у КПК має бути передбачене чітке право сторони кримінального провадження отримати у голови відповідного суду апеляційної інстанції як у особи, яка є первинним носієм повноважень слідчого судді щодо НСРД, відомості не лише про факт надання ним дозволу на проведення певної НСРД, а й про реквізити кримінального провадження, в межах якого такий дозвіл був наданий; інформацію про строк дії відповідної ухвали й про наявність чи відсутність рішень про продовження такого строку, а також й інші обмежені за змістом відомості, оцінка яких може поставити під обґрунтований сумнів допустимість здобутих доказів.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що положення чинного КПК, які стосуються НСРД, безумовно, потребують вдосконалення. В цій статті були розглянуті лише кілька аспектів цієї проблематики, насправді проблемних питань значно більше. Але головним напрямом під час удосконалення пра-

вового регулювання НСРД у кримінальному процесуальному законодавстві України має бути конкретизація положень КПК, усунення суперечностей з нормами інших законів, а також розширення в різних аспектах функції судового контролю щодо проведення НСРД. Це неодмінно є і буде предметом подальших наукових пошуків.

ІВАНЕНКО І. Негласні слідчі (розшукові) дії: окремі аспекти правозастосування.

Стаття присвячена аналізу окремих аспектів правового регулювання інституту негласних слідчих (розшукових) дій у чинному законодавстві України з точки зору їх практичного застосування.

Ключові слова: негласні слідчі (розшукові) дії, оперативно-розшукова діяльність, слідчий суддя, орган досудового розслідування, оперативний підрозділ.

ІВАНЕНКО И. Негласные следственные (розыскные) действия: отдельные аспекты правоприменения.

Стаття посвящена аналізу отдельных аспектов правового регулирования института негласных следственных действий в действующем законодательстве Украины с точки зрения их практического применения.

Ключевые слова: негласные следственные действия, оперативно-розыскная деятельность, судья-следователь, орган досудебного следствия, оперативное подразделение.

IVANENKO I. Secret investigation (detective) actions: some aspects of enforcement.

This article is dedicated to analysis of certain aspects of legal regulation of the institute of secret investigation in active Ukrainian legislation from the point of their practical application.

Key words: secret investigation, investigational activity, investigation judge, agency of pre-trial investigation, department of investigations.