

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ТАКТИКИ ЗАХИСТУ В УМОВАХ ПРОВЕДЕННЯ СЛІДСТВОМ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

УДК: 343.12+343.143



Г. В. Коновалова

*адвокат, аспірант,
Академія адвокатури України
(Науковий керівник професор В. А. Колесник)*

В статті автор розглядає деякі актуальні питання тактики захисту в умовах проведення на досудовому слідстві негласних слідчих (розшукових) дій. Розглядаються підстави, мета проведення таких процесуальних дій. На прикладі проведення такої процесуальної дії, як імітування обстановки злочину (п. 4 ч. 1 ст. 271 КПК) наводяться деякі особливості перевірки підготовки та проведення цієї процесуальної дії, які в подальшому може використовувати захист з метою недопущення використання їх результатів як докази для доведення обвинувачення. Розглядається практика Європейського суду з прав людини: про те, що обвинувальний вирок не можна обґрунтувати доказами злочинної поведінки, отриманої в результаті вчиненого злочину, ініційованого поліцією.

Ключові слова: кримінальний процес, негласні слідчі (розшукові) дії, тактика захисту.



SOME QUESTIONS OF TACTICS DEFENCE IN THE
CONDITIONS OF REALIZATION NON-PUBLIC
INVESTIGATORY ACTIONS BY TRIAL

Kononova H. V.

Received: 1 Dec 2015.

Однією з неоднозначних новел нового КПК України є поява в ньому окремого інституту процесуальних дій – негласних слідчих (розшукових) дій, які законодавцем визначені як різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК України (ч. 1 ст. 246).

Вважається, що проведення слідчих дій саме у такій формі покликано забезпечити швидко й ефективно збирання відомостей про злочин й особу (осіб), що його вчинила, надати органам досудового розслідування можливість встановити їх місцезнаходження і місцезнаходження окремих предметів, речей і документів, що мають значення для кримінального провадження, запобігти протидії розслідуванню злочину з боку зацікавлених осіб, забезпечити безпеку учасників кримінального провадження і членів їх сімей в ситуаціях, коли проведенням слідчих (розшукових) дій це здійснити неможливо або надзвичайно складно [1, 8]. При цьому треба зазначити, що негласні слідчі (розшукові) дії (далі – НС(Р)Д) мають однакову ґносеологічну природу, один алгоритм здійснення з однойменними оперативно-розшуковими діями [2].

Законодавець визначає три обов'язкові умови проведення цих процесуальних дій: (1) якщо

відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб, (2) виключно у кримінальних провадженнях про тяжкі або особливо тяжкі злочини (ч. 2 ст. 246 КПК); (3) є наявність достатніх підстав вважати, що під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть бути отримані докази, які самостійно або у сукупності з іншими доказами можуть мати суттєве значення для встановлення обставин злочину або осіб, які його вчинили (п. 2 ч. 3 ст. 248 КПК) [3, 28].

Питанням сутності негласних слідчих (розшукових) дій, підготовці їх проведення, процесуального оформлення, класифікації, тактики проведення та ін. відразу після прийняття нового КПК України була приділена увага багатьох науковців-процесуалістів, криміналістів та практиків, зокрема: В. Д. Берназа, В. А. Колесника, С. С. Кудінова, М. А. Погорецького, Д. Б. Сергеевої, Р. М. Шехавцова, М. Є. Шумили та ін. Але до цього часу багато питань, пов'язаних з проведенням НС(Р)Д, які постають перед слідством (обвинуваченням), захистом та судом, залишаються невирішеними. Серед них, наприклад, визначення сутності такої підстави проведення НС(Р)Д – «якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила неможливо отримати в інший спосіб» (ч. 2 ст. 246 КПК), особливості тактики захисту в умовах застосування досудовим слідством (обвинуваченням) окремих негласних слідчих (розшукових) дій; щодо ефективності та результативності ініціації захистом проведення НС(Р)Д (ч. 3 ст. 93 КПК) та ін.

Питанням тактики захисту присвячені роботи вітчизняних та закордонних науковців: М. О. Баєва, О. Я. Баєва, Т. В. Варфоломеевої, Ю. П. Гармаєва, Г. А. Зоріна, Л. О. Зашляпіна, В. В. Коніна, Г. М. Резніка, А. Г. Філіппова та ін. Деяким питанням тактики захисту в умовах

застосування досудовим слідством оперативно-розшукових заходів присвячена робота В. І. Боярова і О. П. Кучинської [4], але питання тактики захисту в умовах проведення слідчим, прокурором (або за їх ініціативою) негласних слідчих (розшукових) дій до цього часу залишаються поза увагою науковців.

Саме це зумовило визначення теми статті.

Тактика професіонального захисту у кримінальних справах (провадженнях) розглядається як підсистема криміналістичної тактики, яка складається з системи відповідних засобів (прийомів, комбінацій, операцій, рекомендацій), які розробляються на основі наукових положень криміналістичної тактики, допустимого і раціонального збирання, представлення, дослідження і використання адвокатом доказової інформації, яка виправдовує підзахисного або пом'якшує його відповідальність, які забезпечують права і інтереси останнього в умовах потенційної або реальної, безпосередньої або опосередкованої протидії з боку осіб і організацій, які протистоять захиснику при реалізації ним своєї кримінально-процесуальної функції [5, 8]. Більш загальним є визначення тактики захисту, яке запропоноване Т. В. Варфоломеевою – як створені на основі досягнень науки і досвіду адвокатської діяльності рекомендації з розробки оптимального варіанту правового захисту і його реалізації в конкретних умовах і в найбільш ефективних способах здійснення адвокатом дій з захисту прав і законних інтересів громадян [6, 18].

Одним з принципів реалізації тактики адвоката-захисника, поряд з прогнозуванням, планомірністю, динамічністю, етичністю і законністю, є ситуаційність. Тактика захисту – це ситуативна діяльність, коли виникнення конкретної захисної ситуації (ситуації захисту) залежить від трьох основних факторів: по-перше,

відношення підзахисного до повідомлення про підозру, а по-друге, існування кола доказів, які викривають підзахисного у вчиненні злочину (кримінального правопорушення) і, зрозуміло, поінформованості про це адвоката-захисника [5, 8, 18].

Під ситуацією захисту розуміють сукупність умов організаційного, операційного та інформаційного характеру, які впливають на визначення загальних завдань захисту у конкретному провадженні та її стратегії; прийняття рішень стороною захисту (узгодженого з підзахисним) під час надання правової допомоги підзахисному (підозрюваному, обвинуваченому) [7, 92]. Саме від правильного визначення ситуації, її належної оцінки та прийняття тактичного рішення адвокатом-захисником залежить результат захисту, а отже й судьба підзахисного.

Під компонентами *інформаційного* характеру розуміється наявність доказів та іншої інформації у справі, її аналіз з подальшим прогнозуванням можливих наслідків розвитку ситуації, що склалася. Саме на початковому етапі від цього компоненту залежить як прийняття захисту, так і обрання позиції та відповідної стратегії здійснення захисту. Під компонентами *операційного* характеру розуміються умови провадження процесуальних та не процесуальних дій, загальний стан провадження у справі, її складність, визначеність стратегічних і тактичних цілей і завдань, наявність способів захисту та психологічного контакту і деякі ін. До компонентів *організаційного* характеру належать: завантаженість адвоката справами, наявність плану захисту в цілому і окремо по кожній процесуальній дії, наявність версій захисту, складність кримінального провадження (значна кількість підозрюваних, епізодів, захисників та інших учасників процесу та ін.), систематизація засобів і способів захисту, методична підготовка адвоката та ін. [7, 93].

Тактика захисту на досудовому слідстві для захисника полягає в тому, щоб отримати найбільшу і найповнішу інформацію стосовно дій і намірів слідства та про результати розслідування на конкретний момент. Знаходячись в ситуації невизначеності, захисник не завжди може визначити свою позицію, а отже й перспективи захисту та обрати відповідну стратегію захисту.

Безумовно, всю необхідну інформацію адвокат-захисник отримує (або може отримати) під час завершення досудового розслідування та надання йому доступу до матеріалів досудового розслідування, але на той момент для підзахисного вже може скластися така негативна захисна ситуація, яка не може бути виправлена подальшими активними діями захисту (в тому числі під час судового розгляду).

Тому, виходячи з вимог чинного КПК, з метою мінімізації негативних наслідків від проведення НС(Р)Д на початковому етапі розслідування справ про тяжкі та особливо тяжкі злочини, аналізуючи отриману інформацію, захисник повинен прогнозувати можливість проведення НС(Р)Д та отримання інформації про її проведення; проводити аналіз отриманої слідством інформації (на предмет її допустимості, наприклад) та використання під час судового розгляду кримінального провадження.

Так, зокрема, для кожної з передбачених у чинному КПК негласної слідчої (розшукової) дії адвокат-захисник повинен встановити наявність відповідних підстав їх проведення та порушень, які піддають сумніву їх проведення та використання отриманих результатів як доказів (у зв'язку, наприклад, з їх недопустимістю).

Зокрема, перевірка факту внесення відомостей до ЄРДР де йдеться про попередню правову кваліфікацію саме за

вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину (цю інформацію адвокат офіційно отримує). Чи є підстави вважати неможливим отримання слідством відомостей про злочин в інший спосіб, у зв'язку, наприклад, з реальною загрозою життю та здоров'ю тих, хто проводить цю процесуальну дію (це може бути під час масових заворушень або в умовах іншої кризисної ситуації в країні, коли проведення гласних слідчих (розшукових) дій може спровокувати ті ж самі заворушення та ін.)?

Сам термін «неможливо отримання іншим способом...» розуміється науковцями як те, що ініціація проведення негласних слідчих (розшукових) дій повинна бути однозначно пов'язана з констатацією висновку про вичерпність ординарних пізнавальних заходів (п. 7 ч. 2 ст. 248, п. 6 ч. 1 ст. 251 КПК) [8, 28], до яких можна віднести й проведення оперативно-розшукових заходів.

Можна зупинитися у зв'язку з цим на достатньо поширеній НС(Р)Д, якою є контроль за вчиненням злочину у формі імітування обстановки злочину, що передбачена п. 4 ч. 1 ст. 271 КПК. Вона проводиться лише за наявності достатніх підстав вважати, що готується вчинення або вчиняється тяжкий або особливо тяжкий злочин (ч. 1 ст. 271 КПК). Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні (п. 1.12.5) визначає мету такої НС(Р)Д – запобігання злочину [9]. Але завжди треба враховувати, що імітування обстановки злочину може спровокувати його вчинення в ситуації, коли особа фактично раніше злочини не вчиняла, а слідство лише припускає, що людина, яка працює, наприклад, в якоїсь потенційно корупційній структурі, також систематично вчиняє корупційні та інші кримінально-карані діяння.

Негативним фактором, який сприяє створенню таких ситуацій, на нашу думку,

є те, що проведення контролю за вчиненням злочину покладено не на слідчого суддю, а на прокурора, на якого покладена функція координатора боротьби зі злочинністю в районі, місті, регіоні і він зацікавлений у створенні видимості благополуччя у цій боротьбі. Часто проведення зазначеної НС(Р)Д проводиться у зв'язку з вимогами прокуратури вищого рівня або керівництва МВС, СБ України про «покращення показників» (в рамках відповідної «кампанії»...) у боротьбі зі злочинністю (притягнення до відповідальності за вчинення корупційних дій; розповсюдження наркотичних засобів та ін.).

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) ще у 1998 р. прийняв рішення у справі *Teixeira de Castro v. Portugal* (9 June 1998, Reports 1998-IV), де була визначена межа, яку не можна переходити при виконанні оперативно-розшукових заходів (а отже, за чинним КПК України – НС(Р)Д); і те, що обвинувальний вирок не можна обґрунтовувати доказами злочинної поведінки, отриманими в результаті вчинення злочину, ініційованого поліцією.

Зазначена межа передбачає дві обов'язкові умови: по-перше, дії правоохоронних органів (міліції) повинні бути складовою частиною загальної операції (наприклад, операції з боротьби з наркотрафіком; викриття посадовців якоїсь державної структури у вчиненні корупційних дій та ін.), тобто повинні бути дані про те, що особа, яку будуть підбурювати до вчинення злочину – систематично їх вчиняє; а по-друге, ця операція повинна здійснюватися під контролем суду (судді).

А якщо якоїсь загальної операції не проводилось, і не було підтверджено, що підозрюваний вчиняв до цього злочини, а отже, за зазначеним пілотним рішеннями ЄСПЛ можна зробити висновок, що без підбурювання (провокації) з боку правоохоронних органів цей злочин не був би

вчинений (*Vanyan v. Russia* (no. 53203/99, 15 December 2005), оскільки не було жодних підстав вважати, що до залучення особи (підозрюваного) у правоохоронних органів були підстави підозрювати її в поширенні наркотиків, зловживанні службовим становищем та ін. (тобто, має місце пряме порушення вимог ч. 3 ст. 271 УПК України). І якщо всі докази у провадженні, яке є предметом розгляду, отримані в результаті лише операції правоохоронних органів, то таким чином порушено статтю 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод – принцип справедливості судового процесу, якій стоїть на заваді перевірка оперативно-розшуковими заходами чи спеціальними операціями реакції особи на пропозицію вчинити злочин та подальшого засудження, якщо вона не встояла перед такою спокусою [10, 35–36; 11, 198–216].

На нашу думку, у разі запровадження судового контролю за проведенням НС(Р)Д, передбачених ст. 271 КПК, під час перевірки обставин, які свідчать про відсутність при проведенні НС(Р)Д провокування особи на вчинення злочину, слідчий суддя буде проводити таку перевірку об'єктивно, порівняно з часто достатньо формальним викладенням, без відповідної перевірки, цих обставин у постанові прокурора при здійсненні контролю за вчиненням злочину, що є обов'язковим поряд із іншими відомостями, передбаченими у ст. 251 КПК [12, 71]. Остання обставина пов'язана із статусом прокурора як сторони обвинувачення або процесуального керівника досудовим розслідуванням.

Так, у справі про отримання Б., який працював молодшим інспектором відділу

охорони виправної колонії, 500 гривень від Ж. за передачу засудженому імітаційного наркотичного засобу (метадону), адвокат встановив, що того ж місяця Ж. передав за аналогічних обставин іншому працівнику колонії П. 500 гривень за передачу засудженому імітаційного наркотичного засобу. При цьому встановлено, що і Б. і П. мали фінансові проблеми (виплати за кредитами та ін.). За таких обставин адвокат обґрунтовано вважав, що Б. і П. обрані для перевірки в рамках проведення НС(Р)Д за відсутності інформації про їх участь в розповсюдженні наркотиків або у зв'язку з систематичним вчиненням корупційних дій, а із-за їх скрутного матеріального становища, що якоїсь мірою було гарантією того, що саме вони не встоять перед спокусою отримати гроші та спровокують їх на передачу несправжніх наркотичних засобів засудженим [13; 14].

Підсумовуючи вище наведене, вважаємо, що адвокат-захисник при обранні тактики захисту у справах про тяжкі або особливо тяжкі злочини повинен в обов'язковому порядку враховувати зазначений фактор: прогнозує проведення слідством негласних слідчих (розшукових) дій з метою отримання негативної для підзахисного інформації. Отримана інформація піддається аналізу з метою прогнозування подальших дій слідства, можливості використання результатів НС(Р)Д слідством як доказів для доведення обвинувачення (підозри) та підшукування підстав для визнання їх недопустимими. Саме це дозволить успішно захищати осіб, які підозрюються у вчиненні тяжких злочинів, в умовах проведення слідством НС(Р)Д.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Колесник В. А.* Негласні слідчі (розшукові) дії: кримінально-процесуальний та криміналістичний аспекти підготовки і проведення : наук.-практ. посібник / В. А. Колесник ; Академія адвокатури України. – К. : Прецедент, 2014. – 135 с.
2. *Погорецький М. А.* Негласні слідчі (розшукові) дії та оперативно-розшукові заходи: поняття, сутність і співвідношення / М. А. Погорецький, Д. Б. Сергеева // *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. – 2014. – № 2(33). – С. 137–141.
3. *Сергеева Д.* Основания проведения негласных следственных (розыскных) действий согласно уголовного процессуального законодательства Украины / Д. Сергеева // *Закон и жизнь*. – № 5/2014. – С. 25–29.
4. *Бояров В. І.* Деякі питання тактики захисту за умов використання слідством інформації, отриманої під час проведення оперативно-розшукових заходів / В. І. Бояров, О. П. Кучинська // *Адвокат*. – 2010. – № 7. – С. 39–42.
5. *Баев М. О.* Тактические основы деятельности защитника-адвоката в уголовном судопроизводстве России: теория и практика : дисс. ... д-ра юрид. наук : специальность 12.00.09 / М. О. Баев. – Воронеж, 2005. – 401 с.
6. *Варфоломеева Т. В.* Криминалистика и профессиональная деятельность защитника / Т. В. Варфоломеева. – К., 1979.
7. *Жамиева Р. М.* Некоторые аспекты содержания теории защиты от обвинения в уголовном процессе / Р. М. Жамиева // *Школы и направления уголовно-процессуальной науки : доклады и сообщения на учредительной конференции Международной ассоциации содействия правосудию (Санкт-Петербург, 5–6 октября 2005 г.)* / [под ред. А. В. Смирнова]. – СПб, 2005. – С. 90–95.
8. *Ковтун Н. Н.* Негласные следственные (розыскные) действия УПК Украины как легитимные процессуальные средства доказывания / Н. Н. Ковтун // *Уголовное судопроизводство*. – № 4/2013. – С. 26–32.
9. *Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні* : Затверджено Наказом Генеральної прокуратури України, МВС України, СБ України, адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України 16.11.2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5.
10. *Юдківська Г.* Допустимість доказів як одна з гарантій справедливого судового процесу відповідно до статті 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод / Г. Юдківська // *Слово національної школи суддів України. Загальнодержавне науково-практичне та науково-методичне юридичне видання*. – № 2(7) 2014. – С. 29–38.
11. *Токарев Г.* Практика захисту у кримінальних справах з незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин та їх аналогів або прекурсорів : практичний посібник / Г. Токарев // *Українська фундація правової допомоги*. – Харків : Права людини, 2012. – 254 с.
12. *Негласні слідчі (розшукові) дії та використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному провадженні* : навч.-метод. посібник / С. С. Кудінов,

Р. М. Шехавцов, О. М. Дроздов, С. О. Гриненко. – 2-е видання, розшир. й доповн. – Харків : Оберіг, 2015. – 424 с.

13. *Справа № 359/28/14к*, провадження № 11-кп/780/285/14 // Архів Бориспільського міськрайонного суду Київської області за 2014 р.

14. *Справа № 359/29/14к*, провадження № 11-кп/78/127/15 // Архів Бориспільського міськрайонного суду Київської області за 2015 р.

Стаття надійшла до редакції: 01.12.2015.

Рекомендовано кафедрою кримінального процесу та криміналістики

SOME QUESTIONS OF TACTICS DEFENCE IN THE CONDITIONS OF REALIZATION NON-PUBLIC INVESTIGATORY ACTIONS BY TRIAL

Konovalova H. V.

Abstract: In this article the author deals with some relevant questions of tactics defence in the conditions of realization non-public investigatory actions on pre-trial. Grounds and aim of realization of such judicial actions are examined. The author brings some peculiarities of testing preparation and realizations of the indicated non-public investigatory actions, that in future defence can use with the purpose of non-admission of usage their results for prosecution (suspicions) proving, on the example of control realization after the commission of crime in the form of crime situation imitation (ch.4 p.1 art.271) CPC of Ukraine. In situations, when the investigation supposes that suspected, who works in the potentially corrupted structure, systematically gets bribes and actually he does not get – such imitation of crime situation provokes a person on the commission of a crime, when he cannot overcome the temptations to get money by virtue of different reasons. Thereby the practice of the European court of human rights is examined, in particular some judicial actions of prosecution are investigated, leading to violation to art.6 of Convention for the protection of human rights and Fundamental freedoms - principle of fair trial. The realization of control after the commission of a crime is entrusted not on a public prosecutor, but on an inquisitional judge.

Keywords: criminal process, non-public investigatory actions, tactics defence.



НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ТАКТИКИ ЗАЩИТЫ В УСЛОВИЯХ ПРОВЕДЕНИЯ СЛЕДСТВИЕМ НЕГЛАСНЫХ СЛЕДСТВЕННЫХ (РОЗЫСКНЫХ) ДЕЙСТВИЙ

Коновалова А. В.

Резюме: В статье автор рассматривает некоторые актуальные вопросы тактики защиты в условиях проведения на досудебном следствии негласных следственных (розыскных) действий. Рассматриваются основания и цель проведения таких процессуальных действий. На примере проведения контроля за совершением преступления в форме имитации обстановки преступления (п. 4 ч. 1 ст. 271 УПК Украины) автор приводит некоторые особенности проверки подготовки и проведения указанного негласного следственного (розыскного) действия, которые в дальнейшем может использовать защита с целью недопущения использования их результатов для доказывания обвинения (подозрения). Рассматривается практика Европейского суда по правам человека, в частности рассматриваются некоторые процессуальные действия обвинения, которые приводит к нарушению принципа справедливости судебного процесса.

Ключевые слова: уголовный процесс, негласные следственные (розыскные) действия, тактика защиты.