

«НЕМОЖЛИВІСТЬ ОТРИМАННЯ ДОКАЗІВ В ІНШИЙ СПОСІБ» ЯК ОДНА З ПІДСТАВ ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ**«IMPOSSIBILITY OF OBTAINING EVIDENCE IN ANOTHER WAY» AS ONE OF THE GROUNDS FOR CONDUCTING HIDDEN INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS**

Торбас О.О., д.ю.н., професор, завідувач кафедри кримінального процесу

Національний університет «Одеська юридична академія»

Стародубов С.В., к.ю.н., доцент, декан факультету адвокатури та антикорупційної діяльності
Національний університет «Одеська юридична академія»

Волошина В.К., к.ю.н., доцент, доцент кафедри кримінального процесу
Національний університет «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена аналізу специфіці проведення негласних слідчих (розшукових) дій та особливостям оцінки такої підстави їх проведення як «неможливість отримання доказів в інший спосіб». В статті зазначається, що оцінка такої підстави проведення НСРД як «неможливість отримання доказів в інший спосіб» має аналізувати комплексно, адже на цю обставину одночасно можуть впливати і тяжкість кримінального правопорушення, і момент його вчинення, і специфічні умови, за яких відбувається розслідування тощо. Неабияке значення має і поведінка самої особи, відносно якої планується проведення зазначених процесуальних дій. Наприклад, досить популярним аргументом щодо неможливості отримання доказів іншим шляхом визначається необхідність подолання конспірації, яка застосовується особами, яких підозрюють у вчиненні кримінальних правопорушень. Також автори стверджують, що далеко не завжди момент звернення з клопотанням про проведення НСРД буде розглядатися як один з факторів, який доводить або спростовує «неможливість отримання доказів в інший спосіб». Існують окремі категорії правопорушень (наприклад, щодо збуту наркотичних засобів), специфіка вчинення яких очевидно вказує на неможливість отримання доказів шляхом проведення будь-яких інших процесуальних дій. В такому випадку довести доцільність НСРД для сторони обвинувачення буде відносно легко. В інших же випадках слідчі судді мають ставити додаткові досить суворі вимоги до сторони обвинувачення, яка повинна у своєму клопотанні обґрунтувати неможливість отримання доказів іншим шляхом, що в подальшому також має бути предметом перевірки під час судового розгляду на вимогу сторони захисту. І у випадку неспроможності прокурора довести існування таких обставин відповідні докази, отримані в результаті НСРД, мають визнаватися недопустимими.

Ключові слова: кримінальний процес, кримінальне провадження, процесуальні дії, слідчі дії, негласні слідчі (розшукові) дії, докази, досудове розслідування, слідчий, прокурор, слідчий суддя.

The article is devoted to the analysis of the specifics of conducting covert investigative (search) actions and the peculiarities of assessing such a basis for their conduct as "impossibility of obtaining evidence in another way". The article notes that the assessment of such a basis for conducting an NSRD as "impossibility of obtaining evidence in another way" should be analyzed comprehensively, since this circumstance can be simultaneously influenced by the severity of the criminal offense, the moment of its commission, the specific conditions under which the investigation is carried out, etc. The behavior of the person himself, in relation to whom the specified procedural actions are planned, is also of great importance. For example, a fairly popular argument regarding the impossibility of obtaining evidence in another way is the need to overcome the conspiracy used by persons suspected of committing criminal offenses. The authors also argue that the moment of applying for an NSRD will not always be considered as one of the factors that proves or refutes the "impossibility of obtaining evidence in another way". There are certain categories of offenses (for example, regarding the sale of narcotic drugs), the specifics of which clearly indicate the impossibility of obtaining evidence by conducting any other procedural actions. In such a case, it will be relatively easy for the prosecution to prove the expediency of the NSRD. In other cases, investigating judges should impose additional rather strict requirements on the prosecution, which must justify in its motion the impossibility of obtaining evidence by other means, which should also be subject to verification during the trial at the request of the defense. And in the event of the prosecutor's inability to prove the existence of such circumstances, the relevant evidence obtained as a result of the NSRD should be declared inadmissible.

Key words: criminal process, criminal proceedings, procedural actions, investigative actions, hidden investigative (search) actions, evidence, pre-trial investigation, investigator, prosecutor, investigating judge.

Відповідно до ст. 2 КПК України, завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. Це, крім іншого, також означає, що будь-які юридично значущі дії, які вчиняються уповноваженими на те посадовими особами в процесі розслідування, розгляду та вирішення кримінальних правопорушень, мають проводитися відповідно до процедур, які передбачені чинним кримі-

нальним процесуальним законодавством. В першу чергу така вимога стосується тих дій, в результаті проведення яких можливе суттєве обмеження прав, свобод чи законних інтересів учасників кримінального провадження. При цьому специфіка реалізації кримінальної процесуальної діяльності дозволяє проводити дії таємно, без відома осіб, відносно яких вони здійснюються. В даному випадку мова йде саме про негласні слідчі (розшукові) дії.

В ч. 1 ст. 246 КПК України надається легальне визначення НСРД, під якими законодавець розуміє різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК України. Дане визначення вже неодноразово критикувалося вченими, адже оцінка НСРД як «різновиду слідчих (розшукових) дій» автоматично вимагає застосування всіх вимог, які передбачені ст. 223 КПК України, і до НСРД. Очевидно, що

вказані дії можуть, наприклад, проводитись в нічний час без додаткової аргументації у необхідності такого проведення, що вказує на недоцільність застосування всіх положень ст. 223 КПК України. В той же час ми не будемо стверджувати, що умови проведення НСРД мають розглядатися в повній ізоляції від умов проведення гласних слідчих (розшукових) дій, адже в окремих аспектах вони дійсно є спільними. В певній мірі це стосується підстав проведення відповідних процесуальних дій.

У науковій літературі, як правило, підстави проведення слідчих (розшукових) дій поділяють на фактичні та юридичні (правові). Юридичні підстави визначають перелік вимог, які сформульовані у кримінальному процесуальному законодавстві, фактичні – вказують на мету їх проведення. Так, якщо для прикладу взяти гласні слідчі (розшукові) дії, то, відповідно до ч. 1 ст. 223 КПК України, вони проводяться в тому випадку, коли можливе отримання нових доказів або перевірка вже отриманих доказів, іншими словами – коли наявна фактична реальна мета для їх проведення. З урахуванням того, що НСРД є різновидом слідчих (розшукових) дій, аналізуючи фактичні підстави їх проведення, в першу чергу теж необхідно брати до уваги положення ч. 1 ст. 223 КПК України. Д.Б. Сергєєва зазначає, що «фактичними підставами проведення негласних слідчих (розшукових) дій є наявність достатніх відомостей в матеріалах кримінального провадження, що свідчать про можливість досягнення мети відповідної негласної слідчої (розшукової) дії» [1, с. 63], тобто що в результаті проведення НСРД можуть бути отримані нові докази або бути перевірені інші докази, які вже наявні у сторони обвинувачення. С.С. Терещук вказує, що до фактичних підстав відносяться «відомості, які потребують перевірки для підтвердження або спростування інформації про вчинене кримінальне правопорушення або про особу, яка вчинила чи готується до вчинення злочину, а також відомості про осіб, які переходять від органів розслідування» [2]. Ю.М. Мирошніченко, намагаючись встановити зв'язок між фактичними та юридичними підставами, зазначає, що фактичними підставами для ухвалення рішення щодо проведення НСРД є отримані з належного процесуального джерела відомості (фактичні дані, докази), які підтверджують наявність юридичних умов, що передбачені в КПК України [3, с. 119].

Д.А. Нескромний в якості фактичної підстави проведення НСРД визначає факт правопорушення (фактично вчиненого суспільно небезпечного діяння) [4]. Власне з такою позицією ми погодитись не можемо, адже факт вчинення правопорушення більше розглядається саме як юридична підстава для проведення негласних слідчих (розшукових) дій, особливо з урахуванням відповідної тяжкості. Крім того необхідно нагадати, що підставою для початку кримінального провадження (і подальшого проведення НСРД) є не вчинене кримінальне правопорушення, а наявність відомостей про таке правопорушення. В ході кримінального провадження може бути встановлено, що кримінальне правопорушення взагалі не було вчинено, проте на початковому етапі досудового розслідування наявних відомостей було достатньо для того, щоб зробити обґрунтоване припущення, що кримінальне правопорушення мало місце. Відповідно, в такому випадку проведення НСРД буде повністю законним, хоча фактично кримінально каране діяння вчинене не було.

В судовій практиці зазначається, що «фактичними підставами для проведення негласних процесуальних дій є встановлена слідчим (прокурором) неможливість отримання органом досудового розслідування відомостей про злочин та особу, що його вчинила, в інший спосіб; потреба органу досудового розслідування діяти в інтересах здійснюваного кримінального провадження негласно. Юридичною підставою для проведення негласної слідчої дії є наявність прийнятого уповноваженою особою і у вста-

новленому на те порядку процесуального рішення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Таке рішення має бути оформленим у вигляді постанови слідчого, прокурора, ухвали слідчого судді» [5]. Такий підхід ми підтримуємо, проте і тут необхідно зробити декілька ремарок. По-перше, в даному випадку юридичні підстави проведення НСРД були ототожені з рішенням про санкціонування їх проведення, хоча відповідне рішення має розглядатися лише як одна з таких підстав. По-друге, фактичні підстави були обмежені лише неможливістю отримання доказів у інший спосіб. Однак фактичні підстави, більше вказують на фактичну необхідність проведення НСРД, тобто наявність реальної можливості використання результатів таких дій у кримінальному провадженні для виконання завдань, які передбачені ст. 2 КПК України. З урахуванням того, що законодавець розглядає НСРД саме як різновид слідчих (розшукових) дій, можна зробити висновок, що фактичними підставами проведення НСРД є можливість в результаті їх проведення отримати докази або перевірити вже отримані докази та неможливість отримати докази в інший спосіб (ч. 2 ст. 246 КПК України) – позиція, яку підтримують і інші вчені [6].

Необхідно підкреслити, що саме «неможливість отримання доказів в інший спосіб» має розглядатися як основна відмінність між гласними та негласними слідчими (розшуковими) діями. Проблема даної підстави полягає в тому, що вона є вкрай оціночною, у зв'язку з чим існують проблеми при її аналізі як у науковців, так і у практиків. При цьому судді досить зазначають, що «процесуальний закон чітко визначає, що негласні слідчі (розшукові) дії - це вид процесуальних (слідчих, розшукових) дій, які можуть проводитися винятково у тих випадках, коли гласними процесуальними діями неможливо отримати докази» [7].

Вчені слушно зазначають, що «у межах кримінального провадження слідчий, прокурор у відповідному клопотанні зобов'язаний обґрунтувати неможливість в інший спосіб отримання відомостей про злочин та особу, яка його вчинила, в інший спосіб окрім як через проведення НСРД (п. 7 ч. 2 ст. 258 КПК України). Такі обґрунтування завжди повинні мати достатній рівень конкретності, бути чіткими, факти й обставини повинні існувати реально в певному кримінальному провадженні» [6, с. 136]. Однак, як свідчить практика, слідчі судді досить часто задовольняють клопотання про проведення НСРД, використовуючи вкрай загальні формулювання такі як «у клопотанні міститься обґрунтування неможливості отримання відомостей про вчинення злочину та осіб, які до нього причетні, в інший спосіб ніж шляхом проведення негласної слідчої (розшукової) дії» [8]. Можливо в даному випадку слідчий суддя спеціально не зазначав в ухвалі, чим саме обґрунтовується неможливість отримання доказів в інший спосіб, адже це, наприклад, може зашкодити кримінальному провадженню. В той же час наголошуємо, що сторона захисту повинна мати можливість оцінити наявність фактичних підстав проведення НСРД та, за необхідності, оскаржити їх відсутність в суді, що може потягнути за собою визнання доказів, отриманих в результаті зазначених процесуальних дій, недопустимими. Такі відомості мають бути чітко відображені у судовому рішенні задля забезпечення можливості реалізації права на захист. Тому ми позитивно оцінюємо ті випадки, коли слідчі судді відмовляли у задоволенні клопотань про проведення НСРД, в яких «всупереч вимог ч.2 ст. 246 КПК України, не наведено достатнє обґрунтування того, що відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб, аніж як через проведення негласної слідчої (розшукової) дії. При цьому з клопотання не вбачається того, що слідчим було вжито всіх необхідних передбачених законом дій для розкриття злочину» [9] або якщо «для обґрунтування неможливості отримання таких відомостей іншим шляхом

без проведення зазначеної негласної слідчої дії [слідчий] жодних доводів не навів» [10].

Як вже було зазначено, ввести чіткі критерії оцінки категорії «неможливість отримання у інший спосіб» неможливо, адже дана підстава є ситуативною та буде залежати від низки очевидних і неочевидних факторів, які можуть бути унікальними в кримінальних провадженнях. В той же час наявні як узагальнення судової практики [11], так і окремі наукові роботи, в яких намагаються систематизувати специфіку оцінки даної підстави слідчим суддею при наданні дозволу на проведення НСРД. Так, М.В. Тишин пропонує наступний предмет доказування «у частині доведення, що відомості про кримінальне правопорушення та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб: 1) тяжкість злочину та особливості його об'єктивної сторони; 2) які процесуальні дії, спрямовані на збирання та перевірку доказів, здійснювалися, які докази отримані і чому їх недостатньо; 3) якщо процесуальні дії не проводилися – то доведення, що альтернатив НС(Р)Д у силу специфіки об'єктивної сторони та специфіки процесуальної ситуації немає; 4) хронологія проведення процесуальних дій. Якщо мова йде про продовження строку – то результати раніше проведених НС(Р)Д» [12, с. 99].

Ми повністю підтримуємо позицію автора та наголошуємо, що оцінка такої підстави проведення НСРД як «неможливість отримання доказів в інший спосіб» має аналізувати комплексно, адже на цю обставину одночасно можуть впливати і тяжкість кримінального правопорушення, і момент його вчинення, і специфічні умови, за яких відбувається розслідування тощо. Неабияке значення має і поведінка самої особи, відносно якої планується проведення зазначених процесуальних дій. Наприклад, досить популярним аргументом щодо неможливості отримання доказів іншим шляхом визначається необхідність подолання конспірації, яка застосовується особами, яких підозрюють у вчиненні кримінальних правопорушень. «Необхідність у проведенні саме негласних слідчих (розшукових) дій була обґрунтована тим, що у своїй незаконній діяльності ОСОБА_6 міг використовувати заходи конспірації, з чим погоджується і колегія суддів, адже є маловірогідним, що ОСОБА_6 афішував свою діяльність та міг продати наркотичний засіб чи психотропну речовину першому ліпшому хто до нього звернеться з таким проханням. Беззаперечно, ці особи мали бути йому знайомі або рекомендовані особами, які вживають психотропні речовини та наркотичні засоби, що свідчить про неможливість проведення досудового розслідування та виявлення факту збуту наркотичної речовини обвинуваченим без використання негласних методів та залучення покупця для проведення оперативної закупки з числа осіб, які знайомі з обвинуваченим та вживають заборонені наркотичні засоби. Повне викриття схеми, пов'язаної з незаконним збутом психотропних речовин, встановлення місця їх виготовлення та зберігання було неможливим без проведення негласних слідчих (розшукових) дій, як про це намагається переконати захисник в своїй апеляційній скарзі» [13]. В іншому випадку було зазначено, що «проведення гласних слідчих дій із ним на даний час є недоцільним, оскільки це може призвести до втрати доказової інформації, а ОСОБА_3, довідавшись про про-

ведення досудового розслідування у вказаному провадженні, може вжити заходів, спрямованих на уникнення кримінальної відповідальності» [14]. Звертаємо увагу, що в даному випадку слідчі судді аналізували лише специфіку кримінальних правопорушень та поведінку осіб, які були залучені до його вчинення. Цього було достатньо для того, щоб зробити висновок, що в інший спосіб отримати докази неможливо.

Також слідчі судді, аналізуючи дану підставу проведення НСРД, звертають увагу на момент внесення відомостей до ЄРДР та проведення інших процесуальних дій до того, як сторона обвинувачення звернулася з клопотанням про проведення НСРД. На це звертає увагу як ВАКС [11], так і інші суди. Так, в одному випадку слідчий суддя, відмовляючи у проведенні НСРД, зазначив, що «як свідчать матеріали кримінального провадження №42017160000001251 з моменту внесення відомостей до ЄРДР, органом досудового розслідування не здійснено жодної слідчої дії для встановлення обставин, які б в сукупності з іншими доказами давали підстави стверджувати, що ОСОБА_3, ІНФОРМАЦІЯ_1 причетний до вчинення злочину. Крім того в матеріалах кримінального провадження відсутні дані, які б свідчили, що отримати інформацію про злочин в інший спосіб не можливо» [15]. Таким чином слідчі судді перевіряють, коли були внесені відомості до ЄРДР та скільки за цей час було проведено процесуальних дій. Якщо строк між внесенням відомостей до ЄРДР та зверненням з клопотанням про проведення НСРД є об'єктивно недостатнім для проведення інших процесуальних дій, то у слідчого судді можуть бути обґрунтовані сумніви щодо того, що дійсно в інший спосіб отримати такі відомості неможливо. Так само слідчі судді відмовляють у задоволенні таких клопотань, коли між початком досудового розслідування та зверненням з клопотанням про проведення НСРД пройшов значний проміжок часу (в практиці ВАКС є приклади, коли з відповідним клопотанням зверталися через п'ять з половиною років з моменту внесення відомостей до ЄРДР. Слідчий суддя в даному випадку відмовив у задоволенні клопотання [11]), адже це вказує на те, що було втрачено правильний момент для проведення НСРД і їх результативність виглядає сумнівною.

Проте маємо підкреслити, що далеко не завжди момент звернення з клопотанням про проведення НСРД буде розглядатися як один з факторів, який доводить або спростовує «неможливість отримання доказів у інший спосіб». Існують окремі категорії правопорушень (наприклад, щодо збуту наркотичних засобів, про що зазначалося вище), специфіка вчинення яких очевидно вказує на неможливість отримання доказів шляхом проведення будь-яких інших процесуальних дій. В такому випадку довести доцільність НСРД для сторони обвинувачення буде відносно легко. В інших же випадках слідчі судді мають ставити додаткові досить суворі вимоги до сторони обвинувачення, яка повинна у своєму клопотанні обґрунтувати неможливість отримання доказів іншим шляхом, що в подальшому також має бути предметом перевірки під час судового розгляду на вимогу сторони захисту. І у випадку неспроможності прокурора довести існування таких обставин відповідні докази, отримані в результаті НСРД, мають визнаватися недопустимими.

ЛІТЕРАТУРА

1. Сергеева Д.Б. Правові та фактичні підстави провадження негласних слідчих (розшукових) дій. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 4. С. 56-65.
2. Терещук С.С. Система негласних слідчих (розшукових) дій та процесуальні підстави їх проведення. *Право і безпека*. 2017. № 3 (66). С. 81-92.
3. Мирошніченко Ю.М. Негласні слідчі (розшукові) дії: підстави проведення. *Правова позиція*. 2019. № 2 (23). С. 117-121.
4. Нескоромний Д.А. Негласні слідчі (розшукові) дії: юридичні та фактичні підстави їх проведення. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2015. № 2. С. 303-312.
5. Ухвала Запорізького апеляційного суду від 14.03.2024, справа № 336/3804/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118539697>

6. Борейко Г. Використання негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів як засобів зловживання стороною обвинувачення правом під час їх проведення у кримінальному провадженні. *Право України*. 2023. № 2. С. 132-143.
7. Ухвала Львівського апеляційного суду від 30.06.2022, справа № 02250т-2022. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107828985>
8. Ухвала Харківського апеляційного суду від 14.11.2023, справа № 818/6177т/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117707649>
9. Ухвала Закарпатського апеляційного суду від 17.11.2020, справа № 4806/1289/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101322545>
10. Ухвала Миколаївського апеляційного суду від 16.10.2019, справа № 812/1075/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88662203>
11. Узагальнення судової практики з розгляду слідчими суддями Вищого антикорупційного суду клопотань про надання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій і оперативно-розшукових заходів (за 2019, 2020 роки). *Вищий антикорупційний суд: веб-сайт*. URL: https://hcac.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/hcac/statistics/reviews/review_CIA_OSM.pdf
12. Тішин М.В. Забезпечення прокурором допустимості фактичних даних при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій та оформленні їх результатів: деякі актуальні питання. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2023. Випуск 5 (52). С. 98-102.
13. Ухвала Чернігівського апеляційного суду від 19.12.2023, справа № 751/797/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115784063>
14. Ухвала Харківського апеляційного суду від 14.11.2023, справа № 818/6176т/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117707650>
15. Ухвала Миколаївського апеляційного суду від 17.01.2019, справа № 812/58/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83329167>