

ВИЗНАЧЕННЯ СУДОМ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ, ОДЕРЖАНИХ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ**COURT DETERMINATION OF THE ADMISSIBILITY OF THE EVIDENCE OBTAINED DURING COVERT INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS**

Венедіктов А.А., к.ю.н., адвокат
Рада адвокатів Полтавської області

Венедіктова Ю.Є., адвокат
Рада адвокатів Херсонської області

У статті окреслено коло проблем, які виникають у разі визначення судом допустимості доказів, одержаних під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Серед таких проблем виокремлено дві групи. Перша – об'єктивні (зумовлені недосконалістю законодавства). Друга – суб'єктивні (пов'язані з порушеннями вимог закону слідчим, прокурором оперативними працівниками). При цьому перші часто лежать в основі других.

Визначено найбільш типові порушення процесуального порядку проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які можуть бути підставами для визнання одержаних доказів недопустимими. При цьому порушення процесуального порядку проведення негласних слідчих (розшукових) дій розмежовано на такі, що чітко визначені в законі, й такі, що випливають із його змісту.

До останніх віднесено: недотримання істотних умов ухвали слідчого судді щодо часу (тривалості) проведення та кола об'єктів негласних слідчих (розшукових) дій – з їхнім розширенням; проведення негласних слідчих (розшукових) дій з порушенням підслідності та (або) не уповноваженим на те суб'єктом; оформлення та направлення прокуророві результатів негласних слідчих (розшукових) дій не уповноваженою на те особою та (або) з порушенням встановлених вимог; проведення негласних слідчих (розшукових) дій до постановлення ухвали слідчого судді, без достатніх на те підстав; проведення негласних слідчих (розшукових) дій, передбачених статтями 260–264 (в частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді), статтями 267, 269–272, 274 Кримінального процесуального кодексу України, в кримінальному провадженні щодо злочинів середньої тяжкості або нетяжких злочинів та інше.

Запропоновано зміни та доповнення до законодавства в частині вдосконалення регулювання процесуального проведення негласних слідчих (розшукових) дій, оформлення та використання їх результатів у кримінальному провадженні.

Ключові слова: допустимість доказів, негласні слідчі (розшукові) дії, досудове розслідування, процесуальний порядок, слідчий, прокурор, слідчий суддя, оперативні підрозділи, кримінальне провадження.

The article outlines the range of the problems that arise due to court determining the admissibility of the evidence obtained during the covert investigative (search) actions (CISA). The following two groups of such problems are deduced. First ones are objective (caused by the legislation imperfection). Second ones are subjective (connected with contravention of a law by investigator, prosecutor, operating executives). In this regards first group is often lays on the base of another.

The commitment procedure violations during CISA are divided into ones which are clearly stated in the legislation and ones which arise from its content. The following violations are reckon among the last: noncompliance with essence conditions of investigating judge decision on the time (duration) of conducting CISA and scope of its objects – with its expansion; CISA arrangement with breaching of investigative jurisdiction and (or) by not authorized subject; completion and referral CISA results to a prosecutor by a person not authorized to do it and (or) with breaching established requirements; conducting CISA prior to decision of the investigating judge, without sufficient justification; conducting CISA prescribed by the articles 260–264 (in the case of actions taken on the basis of an investigative judge's decision), the articles 267, 269–272, 274 of the Code of Criminal Procedure of Ukraine, in criminal proceedings for moderate or non-serious crimes, etc.

Changes and additions to the legislation in terms of improving the regulation of the procedural order of CISA, registration of its results and use of obtained factual data are proposed.

Key words: admissibility of the evidence, covert investigative (search) actions, pre-trial investigation, procedural guidance, investigator, prosecutor, investigating judge, operational units, criminal proceedings.

Відповідно до ст. 86 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. З аналізу даної норми можна зробити однозначний висновок, що доказ, одержаний з порушенням передбаченої КПК процедури, не може бути визнано допустимим.

Найбільш очевидні випадки недопустимості доказів наведено у ст. 87 КПК України. До їх числа віднесено: здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов; отримання доказів унаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження; порушення права особи на захист; отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання або їх отримання з порушенням цього права; порушення права на перехресний допит; отримання доказів після початку кримінального провадження шляхом реалізації органами досудового розслідування чи прокуратури своїх повноважень, не передбачених цим Кодексом, для забезпечення досудового розслідування кримінальних правопорушень та інше.

Але аналіз практики свідчить, що законодавець подав далеко не повний перелік порушень процесуального порядку одержання доказів, що можуть бути підставами для визнання доказів недопустимими. Це повним обсягом стосується і такого засобу одержання стороною обвинувачення доказів, як проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Питання процесуального порядку проведення негласних слідчих (розшукових) дій досліджували М.В. Багрій, В.І. Василичук, М.Л. Грібов, М.А. Погорецький, Д.Б. Сергєєва, О.С. Старенький, В.Г. Уваров, А.М. Черняк, С.С. Чернявський, О.Ю. Шульга та багато інших науковців [1–12]. Усі вони відмічають, що цей порядок досить часто порушується суб'єктами ініціювання та проведення негласних слідчих (розшукових) дій – прокурорами, слідчими, оперативними підрозділами. Такі порушення нерідко лишаються непоміченими суддями та навіть адвокатами, які ведуть захист клієнта, що виступав об'єктом проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД).

Мета статті – визначити найбільш типові порушення процесуального порядку проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які можуть бути підставами для визнання одержаних доказів недопустимими.

Аналіз практики свідчить, що, окрім визначених законодавцем, до таких підстав потрібно відносити низку інших.

Зокрема, це проведення НСРД, передбачених ст. ст. 260–264 (в частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді), ст. ст. 267, 269–272, 274 КПК України, у кримінальному провадженні щодо злочинів середньої тяжкості або нетяжких злочинів, що суперечить вимогам ч. 2 статті 246 цього кодексу. Таке порушення досить рідко зустрічається в неприхованому вигляді, здебільшого його маскують. Основним засобом такого маскування є завідомо необгрунтована кваліфікація вчиненого злочину як тяжкого або особливо тяжкого, тоді як у дійсності було вчинено злочин середньої тяжкості або взагалі нетяжкий злочин. Такий підхід дає стороні обвинувачення можливість провести негласні слідчі (розшукові) дії та одержати потрібні фактичні дані. Пізніше злочин перекваліфікують відповідно до його дійсної тяжкості та намагаються використати зазначені фактичні дані як докази у кримінальному провадженні.

Наступне порушення полягає у проведенні НСРД в порядку, передбаченому ст. 250 КПК України, без достатніх на те підстав. Частина 1 зазначеної статті передбачає, що у виняткових невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та запобіганням вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, передбаченого розділами I, II, VI, VII (статті 201 та 209), IX, XIII, XIV, XV, XVII Особливої частини Кримінального кодексу України, негласна слідча (розшукова) дія може бути розпочата до постановлення ухвали слідчого судді у випадках, передбачених цим Кодексом, за рішенням слідчого, узгодженого з прокурором, або прокурора. У такому випадку прокурор зобов'язаний невідкладно після початку такої негласної слідчої (розшукової) дії звернутися з відповідним клопотанням до слідчого судді.

Певна частина порушень порядку, передбаченого ч. 1 ст. 250 КПК України, пов'язана з випадками, коли прокурор не звернувся до слідчого судді з клопотанням про проведення НСРД невідкладно після початку її проведення.

Слід зауважити, що конкретного терміну звернення прокурора з таким клопотанням до слідчого судді законодавець не визначає. Вважаємо, що цю прогалину має бути ліквідовано. Для цього термін «невідкладно» має бути замінений формулюванням «відразу після прийняття рішення про проведення негласної слідчої (розшукової) дії та не пізніше шести годин з моменту початку її проведення». Такий термін ми пропонуємо з урахуванням того, що клопотання про проведення НСРД мають гриф таємності та сьогодні не можуть бути передані засобами електронного зв'язку. Отже, пропонуємо вказати конкретний час, коли слідчий суддя повинен прийняти клопотання та доставити його до обласного апеляційного суду з найвіддаленішого адміністративного центру області.

Значна частина порушень порядку, передбаченого ч. 1 ст. 250 КПК України, пов'язана з випадками, коли НСРД до постановлення ухвали слідчого судді проводять без мети врятування життя людей або ж без мети запобігання злочинам, що передбачені визначеними законодавцем нормами КК України (розділами I, II, VI, VII (статті 201 та 209), IX, XIII, XIV, XV, XVII).

Здебільшого НСРД до постановлення ухвали слідчого судді проводять саме в межах досудового розслідування кримінальних правопорушень, передбачених указаними нормами. Проте досудове розслідування як стадія кримінального провадження, яка починається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань, переслідує мету одержання фактичних даних про обставини вже вчиненого кримінального правопорушення. Про запобігання може йтися лише у тих випадках, коли одержано фактичні дані про те, що особи, які причетні до вже вчиненого злочину (того, який розслідується у конкретному кримінальному провадженні), готують ще один або декілька злочинів, або ж коли до ЄРДР внесено відомості про підготовку до вчинення злочину.

У таких випадках запобігання вчиненню злочинів є корисним «побічним ефектом» досудового розслідування, зокрема проведення НСРД. Зловмисників затримують у процесі підготовки або замаху на вчинення злочину.

В окремих випадках у клопотаннях зазначається, що невідкладне проведення НСРД має сприяти одержанню фактичних даних, якими можна буде обгрунтувати затримання особи та обрання щодо неї запобіжного заходу у формі тримання під вартою, що надасть змогу запобігти вчиненню нею нових злочинів. Таке обгрунтування в цілому є прийнятним.

Але загалом запобігання вчиненню злочинів, як і їх виявлення, має здійснюватися оперативними підрозділами в межах оперативно-розшукової діяльності, відповідно до вимог Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». На досудове розслідування покладено інші функції. Проте часто сторона обвинувачення спирається на норми ст. 250 КПК України, обгрутовуючи необхідність проведення НСРД до постановлення ухвали слідчим суддею, з метою отримання фактичних даних про злочин, який вже вчинено. При цьому в клопотанні не зазначається про можливість одночасного запобігання вчиненню нових злочинів.

Для проведення НСРД до постановлення ухвали слідчого судді характерне ще одне порушення процесуального порядку. Воно пов'язано з тим, що представники сторони обвинувачення не звертають уваги на пряму вказівку законодавця щодо можливості застосування норм ст. 250 КПК України лише «у випадках, визначених цим кодексом». Таких випадків налічується тільки два: установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ч. 4 ст. 268) та спостереження за особою (ч. 3 ст. 269). Отже, проведення інших негласних слідчих (розшукових) дій до постановлення ухвали слідчого судді є підставою для того, аби фактичні дані, одержані шляхом їх проведення, не визнавали допустимими доказами.

Ще одне типове порушення процесуального порядку проведення НСРД – їх проведення неналежним суб'єктом. Більша частина таких порушень пов'язана з неправильним визначенням підслідності розслідуваних кримінальних правопорушень. Так, не можуть бути визнані допустимими докази, зібрані під час НСРД слідчими підрозділами органів безпеки, якщо ст. 216 КПК України відносить вчинене кримінальне правопорушення до підслідності Національної поліції або ж Національного антикорупційного бюро України тощо.

Приватним випадком проведення НСРД неналежним суб'єктом є зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж підрозділами органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, Державного бюро розслідувань, Державної кримінально-виконавчої служби України, Національного антикорупційного бюро України. Адже ч. 4 ст. 263 КПК України чітко встановлює, що зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж покладається на уповноважені підрозділи **органів Національної поліції та органів безпеки**.

Збирання доказів неналежними суб'єктами в процесі НСРД має місце і у зв'язку з реалізацією права слідчого, прокурора доручати проведення цих дій оперативним підрозділам. Адже працівники гласних оперативних підрозділів Служби безпеки України, Національної поліції, Державної прикордонної служби України самі здебільшого фізично не можуть виконати доручень слідчого, прокурора, оскільки не мають відповідних навичок, засобів і часу. Тому вони, керуючись п. 3.8. Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, для виконання доручення слідчого, прокурора з урахуванням необхідності забезпечення умов для проведення негласних слідчих (розшукових) дій залучають на підставі свого завдання відповідні оперативні та оперативно-технічні підрозділи.

Проте аналіз практичної діяльності відповідних підрозділів показує, що фактично таке «залучення» є передору-

ченням оперативного-технічному підрозділу або підрозділу оперативного документування (оперативної служби) проведення негласної слідчої (розшукової) дії: оперативний працівник, до якого надійшло доручення, переписує його зміст до бланку завдання. Завдання надсилається до спеціалізованого підрозділу. За результатами НСРД оперативні працівники цього підрозділу оформлюють документи, які не відповідають формі, встановленій Кримінальним процесуальним кодексом України (зведення, довідки, рапорти), та надсилають їх тому оперативному працівникові, який надав завдання на проведення НСРД. Останній переписує одержані дані до протоколу, де зазначає, що доручення виконувалося із залученням відповідного спеціалізованого підрозділу. При цьому фактично він складає протокол про проведення НСРД та підписує його, не беручи участі в її проведенні.

З виконанням доручень слідчого, прокурора на проведення НСРД оперативними підрозділами пов'язані й інші порушення встановленого порядку проведення таких дій. Зокрема, поширеним є порушення оперативними підрозділами вимог ч. 2 ст. 87 КПК України, де зазначено, що суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов. При цьому вимога щодо наявності дозволу суду майже завжди виконується. А от із дотриманням суттєвих умов такого дозволу часто виникають проблеми. Це виражається у перевищенні оперативними працівниками повноважень, передбачених КПК України, під час виконання доручень на проведення СРД, НСРД (вихід за межі доручення слідчого, прокурора); у недотриманні ними вимог ухвали слідчого судді (постанови слідчого, прокурора) щодо кола об'єктів НСРД – з його розширенням; недотриманні вимог ухвали слідчого судді (постанови слідчого, прокурора) щодо часу проведення НСРД та встановлених КПК України вимог щодо її тривалості; проведення НСРД з використанням засобів, які не були передбачені в ухвалі слідчого судді; проведення декількох спроб контролю за вчиненням злочину, замість однієї, що була передбачена ухвалою слідчого судді (17 та 20%); несвоєчасне оформлення та надсилання документів за результатами проведення НСРД та (або) несвоєчасне надсилання їх прокуророві, визначеному в дорученні.

З приводу останнього порушення зауважимо таке. Пункт 3.12. Інструкції про організацію проведення неглас-

них слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні вказано, що протокол про проведення НСРД та додатки до нього не пізніше 24 годин після складання надаються прокурору, зазначеному в дорученні. Водночас ст. 252 КПК України передбачає, що протоколи про проведення НСРД з додатками не пізніше ніж через двадцять чотири години з моменту припинення зазначених негласних слідчих (розшукових) дій передаються прокурору. Вимоги Інструкції більш узгоджені з практикою, ніж вимоги Кодексу. Далеко не завжди протягом 24 годин можливо з дотриманням усіх процесуальних вимог та із забезпеченням режиму секретності оформити результати НСРД і надіслати їх прокуророві. З іншого боку, норми Інструкції дають можливість оперативному підрозділу необгрунтовано затягувати процес складання протоколу. Адже немає встановлених термінів складання протоколу. Так чи інакше, у випадку, коли протокол не було надіслано прокуророві протягом 24 годин з моменту припинення НСРД, це можна вбачати порушенням закону. Відповідно, у сторони захисту виникають підстави вимагати визнання одержаних доказів недопустимими у зв'язку з тим, що вони зібрані з порушенням норм КПК України.

Серед таких проблем, які виникають у разі визначення судом допустимості доказів, одержаних під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, виокремлюємо дві групи. Перша – об'єктивні (зумовлені недосконалістю законодавства). Друга – суб'єктивні (пов'язані з порушеннями вимог закону слідчим, прокурором оперативними працівниками). При цьому перші часто лежать в основі других.

Порушення процесуального порядку проведення НСРД розмежовано на такі, що чітко визначені в законі, й такі, що випливають із його змісту.

До останніх віднесено: недотримання істотних умов ухвали слідчого судді щодо часу (тривалості) проведення та кола об'єктів НСРД – з їх розширенням; проведення НСРД з порушенням підслідності та (або) не уповноваженим на те суб'єктом; оформлення та направлення прокуророві результатів НСРД не уповноваженою на те особою та (або) з порушенням встановлених вимог; проведення НСРД до постановлення ухвали слідчого судді без достатніх на те підстав; проведення НСРД, передбачених ст. ст. 260–264 (в частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді), ст. ст. 267, 269–272, 274 КПК України, у кримінальному провадженні щодо злочинів середньої тяжкості або нетяжких злочинів та інше.

ЛІТЕРАТУРА

1. Багрий М.В. До питання про використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні. *Право і суспільство*. 2017. № 1. С. 240–245.
2. Грібов М.Л. Правове регулювання документування вчинення злочину в кримінальному процесі й оперативно-розшуковій діяльності. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2018. № 1 (15). С. 129–139.
3. Грібов М.Л. Проведення негласних слідчих (розшукових) дій щодо особи за її згодою. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2018. № 1. С. 87–95.
4. Погорецький М.А., Старенький О.С. Негласні слідчі (розшукові) дії як засоби отримання доказів: окремі проблемні питання. *Право України*. 2018. № 8. С. 85–106.
5. Погорецький М.А., Сергєєва Д.Б. Негласні слідчі (розшукові) дії та оперативно-розшукові заходи: поняття, сутність і співвідношення. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. № 2. С. 137–141.
6. Сергєєва Д.Б. Взаємодія слідчих та оперативних працівників при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій. *Право України*. 2018. № 8. С. 107–120.
7. Старенький О.С. Наслідки нерозсекречення процесуальних рішень, на підставі яких проводилися негласні слідчі (розшукові) дії, у кримінальному процесуальному доказуванні. *Вісник кримінального судочинства*. 2018. № 2. С. 92–106.
8. Татаров О.Ю. Окремі проблеми при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 3. С. 69–77.
9. Уваров В.Г. До проблеми інституту негласних слідчих (розшукових) дій у доказовому праві України. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2018. № 3. С. 229–233.
10. Чернявський С.С., Василичук В.І. Аналіз діяльності підрозділів ДСБЕЗ МВС України в умовах нового кримінального процесуального законодавства України. *Науковий вісник Нац. акад. внутрішніх справ*. 2015. № 1. С. 208–219.
11. Черняк А.М. Значення інституту негласних слідчих (розшукових) дій для забезпечення доказування злочинів у сфері міжнародного студентського обміну. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 6. С. 266–269.
12. Шульга Ю.О. Тактико-організаційні засади провадження окремих негласних слідчих (розшукових) дій на початковому етапі розслідування розбоїв, вчинених із проникненням у житло. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 4. С. 182–188.