

ДОТРИМАННЯ ЗАКОННОСТІ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ФІКСАЦІЇ ХОДУ ТА РЕЗУЛЬТАТІВ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

COMPLIANCE WITH THE LAW DURING THE RECORDING OF PROGRESS OF THE RESULTS OF COVERT INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS

Колесниченко О.В., аспірант кафедри кримінального процесу
Національний університет «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена дослідженню проблемних питань дотримання законності при здійсненні фіксації ходу та результатів негласних слідчих (розшукових) дій, а також формулювання пропозицій щодо вдосконалення положень кримінального процесуального законодавства у цій частині.

Автор наголошує, що лаконічна регламентація порядку фіксування ходу та результатів негласних слідчих (розшукових) дій не достатньо відповідає рівню її організаційної складності та специфіці таких заходів, що породжує чимало дискусій у правозастосовній діяльності щодо належного порядку реалізації норм ст. 252 КПК України.

Досліджено проблеми визначення належного порядку складання протоколу, у випадках, коли негласна слідча (розшукова) дія здійснюється безперервно протягом певного часу. Це стосується, зокрема, такої негласної слідчої (розшукової) дії як зняття інформації з електронних комунікаційних мереж. Викладено позицію про те, що для визначення належного порядку складання відповідного протоколу важливими є два аспекти, по-перше, це обсяг доручення слідчого, прокурора щодо порядку фіксування цієї процесуальної дії (якщо у дорученні не обумовлено періодичність фіксування, цілком правомірним буде звернення до загального порядку, що встановлений у ст. 106, 252 КПК України), а по-друге, це мета проведення відповідної негласної слідчої (розшукової) дії.

Розглядають ситуації, коли декілька негласних слідчих (розшукових) дій проводяться одночасно. Викладено думку, що у випадку одночасного проведення декількох негласних слідчих (розшукових) дій, протокол складається щодо кожної із них окремо.

Автор звертається до позицій Верховного Суду щодо питання визначення допустимості як доказів відомостей, які зафіксовані на аудіо- та відеозаписи за допомогою спеціальних технічних засобів при проведенні НС(Р)Д, але не були оформлені як додатки до протоколу відповідних процесуальних дій. Відповідна позиція оцінена критично.

Сформульовані зміни та доповнення до окремих статей Глави 21 КПК України.

Ключові слова: кримінальне провадження, законність, прокурор, негласні слідчі (розшукові) дії, кримінальне процесуальне доказування, протокол, фіксування кримінального провадження.

The article is devoted to the study of problematic issues of ensuring legality in the process of documenting the course and results of covert investigative (search) actions and to formulating proposals for improving the provisions of criminal procedural legislation in this regard. The author emphasizes that the concise regulation of the procedure for recording the course and results of covert investigative (search) actions does not adequately correspond to their organizational complexity and specificity, which generates considerable debate in legal practice concerning the proper implementation of Article 252 of the Criminal Procedure Code of Ukraine.

The problems of determining the proper procedure for drafting a protocol in cases where a covert investigative (search) action is carried out continuously over a certain period are examined. This issue is particularly relevant to such actions as the interception of information from electronic communication networks. It is argued that two aspects are crucial for defining the proper procedure for preparing the respective protocol: first, the scope of the assignment given by the investigator or prosecutor regarding the documentation of this procedural action (if the periodicity of recording is not specified in the assignment, reference to the general procedure established in Articles 106 and 252 of the Criminal Procedure Code of Ukraine is legitimate); and second, the purpose of conducting the respective covert investigative (search) action.

Situations in which several covert investigative (search) actions are conducted simultaneously are also considered. It is maintained that in the case of concurrent actions, a separate protocol should be drawn up for each of them.

The author refers to the positions of the Supreme Court regarding the admissibility of evidence consisting of information recorded on audio and video media using special technical means during covert investigative (search) actions but not formalized as annexes to the protocols of the respective procedural actions. This position is critically assessed.

Proposed amendments and additions to certain articles of Chapter 21 of the Criminal Procedure Code of Ukraine are formulated.

Key words: criminal proceedings, legality, prosecutor, covert investigative (search) actions, criminal procedural evidence, protocol, documentation of criminal proceedings.

Постановка проблеми та аналіз останніх досліджень та публікацій. У ч. 1 ст. 252 КПК України міститься загальне правило, відповідно до якого фіксація ходу і результатів негласних слідчих (розшукових) дій повинна відповідати загальним правилам фіксації кримінального провадження, передбаченим КПК України. За результатами проведення негласної слідчої (розшукової) дії складається протокол, до якого в разі необхідності долучаються додатки. Така лаконічна регламентація порядку фіксування ходу та результатів негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НС(Р)Д) не достатньо відповідає рівню його організаційної складності та специфіці таких заходів, що породжує чимало дискусій у правозастосовній діяльності щодо належного порядку реалізації норм ст. 252 КПК України. Це обумовлює актуальність даного наукового напрямку.

До питання про належний порядок фіксування результатів негласних слідчих (розшукових) дій у літературі звертались О.П. Бабіков, Ю.П. Поляк, О.В. Соколов, Д.Б. Сергеев, С.С. Смаглюк, Я.О. Тализіна, В.О. Шерудило та ін.

Втім динаміка правозастосовної практики у цій сфері вимагає постійної наукової уваги до цієї проблематики.

Відповідно **метою** даної статті є виявлення проблемних питань дотримання законності при здійсненні фіксації ходу та результатів негласних слідчих (розшукових) дій та формулювання пропозицій щодо вдосконалення положень кримінального процесуального законодавства у цій частині.

Виклад основного матеріалу. Одним із таких проблемних аспектів є питання щодо періодичності складання протоколу НСРД. З одного боку, відповідне питання є регламентованим Інструкцією про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні. У п. 4.2 Інструкції встановлено, що періодичність складання протоколів залежить від виду негласної слідчої (розшукової) дії, терміну її проведення (одномоментно чи упродовж часу), від доручення слідчого, прокурора, але в будь-якому випадку безпосередньо після отримання фактичних даних, які можуть використовуватись як докази для встановлення місця перебування особи, що розшуку-

ється, про кожний випадок огляду, виїмки, дослідження матеріалів про результати негласної слідчої дії тощо [1]. Фактично, із указаних положень Інструкції чітко впливає три підстави для складання протоколу проведення НСРД безпосередньо після отримання відповідних фактичних даних: 1) встановлення місця перебування особи, що розшукується; 2) випадок огляду, виїмки; 3) кожен випадок дослідження матеріалів про результати НСРД. У частині, що стосується огляду та виїмки положення Інструкції загалом повністю корелюються із нормами КПК України.

Утім, у судовій практиці виникають проблеми із визначенням належного порядку складання протоколу, у випадках, коли НСРД здійснюється безперервно протягом певного часу. Це стосується, зокрема, такої НСРД як зняття інформації з електронних комунікаційних мереж. У Постанові ВС від 09 травня 2024 року Суд виснував, що *«викладені у вироку висновки суду про необхідність щоденного складання протоколів за результатами триваючої НСРД – зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, що здійснювалося впродовж кількох днів, не відповідають вимогам кримінального процесуального закону. Адже пунктом 1 статті 106 КПК передбачено документування процесуальної дії незалежно від її тривалості протоколом як єдиним цілісним документом»* [2].

Для здійснення доктринальної оцінки наведеного підходу ККС ВС зазначимо, що норми ст. 252, 263 КПК України не містять спеціальних норм щодо порядку складання протоколу НС(Р)Д у вигляді зняття інформації з електронних комунікаційних мереж, відповідно цілком релевантним є посилання Суду на положення ч.1 ст. 106 КПК України. Утім, на нашу думку, для визначення належного порядку складання відповідного протоколу важливими є два аспекти, по-перше, це обсяг доручення слідчого, прокурора щодо порядку фіксування цієї процесуальної дії (якщо у дорученні не обумовлено періодичність фіксування, цілком правомірним буде звернення до загального порядку, що встановлений у ст. 106, 252 КПК України), а по-друге, це мета проведення відповідної НС(Р)Д. Якщо зняття інформації з електронних комунікаційних мереж здійснюється, наприклад, з метою встановлення місця перебування певної особи, то відповідно до вищезгаданого положення пункту 4.2 Інструкції складання протоколу має відбуватися безпосередньо після отримання відповідних відомостей, що можуть бути використані як докази.

Проблемними для правозастосовної практики є й ситуації, коли декілька НС(Р)Д проводяться одночасно. Так, наприклад, не є рідкістю у практиці правоохоронних органів випадки, коли здійснюється одночасно контроль за вчиненням злочину та аудіо– та відеоконтроль особи або зняття інформації з електронних інформаційних мереж. Виникає питання щодо того, чи можуть результати цих НС(Р)Д бути зафіксованими у одному протоколі, чи обов'язовані особи повинні складати протокол щодо кожної окремої проведеної НС(Р)Д. У одній із справ із подібним контекстом ККС ВС дійшов з цього приводу такого висновку: *«З огляду на наявність у матеріалах провадження вищевказаних протоколів суд першої інстанції дійшов обґрунтованого висновку про те, що відсутність окремого протоколу про хід та результати НСРД – контролю за вчиненням злочину не є порушенням вимог статей 104, 252 і п. 4 ст. 271 КПК України»*.

Крім того, захисник у касаційній скарзі не зазначив, яким чином відсутність відомостей, які б мали міститися в окремому протоколі про результати контролю за вчиненням злочину, могли вплинути на доведеність факту одержання неправомірної вигоди та достовірність зібраних фактичних даних.

Таким чином, висновок суду першої інстанції про те, що відсутність окремого протоколу про хід та результати НС(Р)Д – контролю за вчиненням злочину у цьому

провадженні не призвела до істотного порушення вимог КПК України, прав та інтересів обвинувачених, є правильним» [3].

На наше переконання, із таким підходом погодитись не можна. Незважаючи, на те, що НС(Р)Д, які проводяться одночасно, мають на меті зафіксувати пов'язані між особою діяння, вони мають різну спрямованість. А тому, неприпустимим є фіксування результатів однієї НС(Р)Д у протоколі іншої. Крім того, різним є й процесуальний порядок складання протоколу. Якщо, наприклад, мова йде про контроль за вчиненням злочину, у випадку якщо він закінчується відкритим фіксуванням, він має бути складений у присутності особи щодо якої він проводився.

Саме тому, ми вважаємо за цей аспект повинен бути нормативно регламентований на рівні КПК України, а ст. 252 КПК України доповнена нормою, відповідно до якої у випадку одночасного проведення декількох негласних слідчих (розшукових) дій, протокол складається щодо кожної із них окремо.

У практиці ККС ВС вирішувалося також і питання щодо допустимості як доказів відомостей, які зафіксовані на аудіо– та відеозаписи за допомогою спеціальних технічних засобів при проведенні НС(Р)Д, але не були оформлені як додатки до протоколу відповідних процесуальних дій. У Постанові ККС ВС від 23 листопада 2023 року з цього приводу указувалося, що *«надані у кримінальному провадженні стороною обвинувачення аудіо–відеозаписи НСРД, які були зроблені за допомогою спеціальних технічних засобів, та які зафіксовані на технічних носіях інформації в матеріалах провадження, є допустимими доказами. Водночас, допустимість таких доказів не залежить від того, чи є вони додатками до протоколів за результатами проведення НСРД або надані суду для дослідження як окремі електронні документи»* [4]. Така позиція Суду була мотивована тим, що КПК України не містить імперативної вимоги щодо обов'язкового долучення до протоколів НС(Р)Д, як додатку, аудіо– або відеозаписів зроблених за допомогою технічних засобів під час проведення НС(Р)Д. Відповідна позиція знаходить своє відображення і у практиці ВАКС [5].

Із такою позицією судів погодитись неможливо. Нормативні правила складання протоколу та оформлення додатків до нього, викладені у ст. 104-105 КПК України мають на меті забезпечити належний порядок отримання доказів та їх фіксацію у кримінальному провадженні. Порушення цих вимог суперечить одному із визнаних у доктрині постулатів допустимості доказів – належного порядку їх отримання. Крім того, у нормах ст. 99 КПК України міститься чітка диференціація додатків до протоколів процесуальних дій від інших матеріалів фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі комп'ютерні дані) (п. 1 ч. 2 ст. 99 КПК України). Розгляд аудіо– та відеозаписів, які були здійснені на спеціальні технічні засоби автономно як матеріалів звукозапису, відеозапису у контексті положень п. 1 ч. 2 ст. 99 КПК України без оформлення їх як додатків до протоколу НС(Р)Д ставить під сумнів їх походження та належний порядок їх отримання. Щодо цього питання у контексті НС(Р)Д, які пов'язані із втручанням у приватне спілкування В.О. Шеру-дило слушно зауважує, що надання додаткам до протоколу проведення НС(Р)Д, пов'язаних з втручанням у приватне спілкування, значення документів як процесуального джерела доказів означає «надання доказу подвійного значення» (дублювання доказу), оскільки у такому випадку змістом їх будуть одні й ті самі фактичні дані, що одержані з одного джерела фактичних даних під час проведення однієї процесуальної дії, проте зафіксовані у різній формі у двох чи більше джерелах доказів [6, с. 128].

Про єдність протоколів та додатків до них як джерел доказів свідчать інші позиції ВАКС. Наприклад, суд визнавав порушення вимог КПК України у випадках, коли відомості,

що містилися у аудіо– та відеозаписах суперечили тим відомостям, що були зафіксовані у протоколі НС(Р)Д. У вирокі від 08 листопада 2022 року ВАКС дійшов наступного висновку: «З наведеного убачається, що і диск із зафіксованими розмовами як додаток до протоколу НСРД, і сам протокол № 1 мають однакове значення для встановлення важливих обставин у цьому кримінальному провадженні, разом з тим, враховуючи специфічний характер проведення негласної слідчої (розшукової) дії, необізнаність обвинуваченого про її проведення, а отже і неможливість внесення ним зауважень та заперечень до протоколу НСРД, інформація з цього диску не може бути витлумачена судом окремо, за умов невідображення цих розмов у протоколі» [7].

У кримінальній процесуальній доктрині також наголошується на факультативності додатків до протоколів про проведення НС(Р)Д. До прикладу, Д.Б. Сергєєва зазначає, що наявність таких додатків дає можливість перевірити повноту і точність викладення інформації в протоколі шляхом її зіставлення із зафіксованою у додатках, оскільки окрема інформація може фіксуватися не одним, а двома чи навіть трьома способами: описанням у протоколі, звуко– чи відеозаписом, фотографуванням, виготовленням копії (зліпка об'єкта), складанням наочної схеми, плану, замальовуванням тощо, а у разі наявності недоліків у протоколі додатки дають змогу їх усунути [8, с. 258]. При цьому вчена наголошує, що за відсутності протоколу вони втрачають значення.

Відповідна правозастосовна проблема породжує ще більше питань у світлі наявності випадків визнання правомірними випадків, коли прокурором створюється певна компіляція даних, які були отримані з використанням декількох одиниць техніки, а у подальшому сформовані в один файл. Зокрема, у вирокі Вищого антикорупційного суду від 14 січня 2022 року було зазначено, що «у кримінальному провадженні прокурор може використовувати як доказ отриману внаслідок втручання у приватне спілкування всю інформацію або певний її фрагмент, проте

забезпечити збереження всієї інформації...Щодо наведених вище доказів, то прокурор фактично використав фрагменти інформації, отриманої внаслідок втручання у приватне спілкування, у деяких також, застосувавши компіляцію даних, що визначено у ч. 6 ст. 99 КПК України, повні дані яких надаються на вимогу суду» [9].

Неоднозначність вирішення цього питання у правозастосовній практиці свідчить про необхідність нормативізації цього аспекту на рівні КПК України та закріплення у положеннях кримінального процесуального закону прямої заборони на використання у кримінальному провадженні відомостей, які зафіксовані на технічні носії інформації, що містять результати проведення НСРД, але не були оформлені як додатки до нього.

Висновки. Аналіз проведених досліджень дає змогу сформулювати низку пропозицій щодо вдосконалення норм КПК України з метою забезпечення законності при здійсненні фіксації під час фіксації ходу, результатів негласних слідчих (розшукових) дій:

– ч. 1 ст. 252 КПК України має бути доповнена абзацом такого змісту: «У випадку одночасного проведення декількох негласних слідчих (розшукових) дій, протокол складається щодо кожної із них окремо».

– доповнення ч. 3 ст. 263 КПК України другим абзацом такого змісту:

«Про зняття інформації з електронних комунікаційних мереж складається протокол згідно з вимог цього Кодексу. Слідчий, прокурор у дорученні на проведення зняття інформації з електронних комунікаційних мереж мають право визначити етапність складання протоколу негласної слідчої (розшукової) дії залежно від обставин кримінального провадження».

Необхідною також у контексті забезпечення законності нормативна заборона на використання у кримінальному провадженні відомостей, які зафіксовані на технічні носії інформації, що містять результати проведення НСРД, але не були оформлені як додатки до нього.

ЛІТЕРАТУРА

1. Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: затверджено Наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5
2. Постанова Верховного Суду від 09 травня 2024 року, судова справа № 496/5125/15-к. URL: <https://lpd.court.gov.ua/legal-position/12401/document/43699>
3. Постанова Верховного Суду від 22 лютого 2024 року, судова справа № 688/3517/16-к. URL: <https://lpd.court.gov.ua/legal-position/10173/document/43393>
4. Постанова Верховного Суду від 23 листопада 2023 року, судова справа № 731/275/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115860918>
5. Вирок Вищого антикорупційного суду від 27 листопада 2024 року, судова справа № 761/15604/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/123328108>
6. Шерудило В.О. Процесуальний порядок проведення негласних слідчих (розшукових) дій, пов'язаних з втручанням у приватне спілкування: дис. ...канд. юрид. наук. 12.00.09. Київ, 2018. 264 с.
7. Вирок Вищого антикорупційного суду від 08 листопада 2022 року, судова справа № 760/11359/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107166501>
8. Сергєєва Д.Б. Прокурорський нагляд за законністю використання у доказуванні фото-, аудіо-, відеозаписів та інших носіїв інформації, отриманих під час негласних слідчих (розшукових) дій. *Прокуратура України в умовах європейської інтеграції*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (19 травня 2016 року). – К.: Національна академія прокуратури України, 2016. С. 256-259.
9. Вирок Вищого антикорупційного суду від 14 січня 2022 року, судова справа № 369/10079/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102623071>