



Олександр БАБІКОВ,

начальник управління нагляду за дотриманням законів спецпідрозділами та іншими органами, які ведуть боротьбу з організованою злочинністю і корупцією, прокуратури Харківської області, старший радник юстиції

НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ ДІЇ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Ключові слова: Кримінальний процесуальний кодекс України; негласні слідчі (розшукові) дії; оперативно-розшукова діяльність; процесуальне керівництво прокурора; досудове розслідування; кваліфікація кримінальних правопорушень.

Минуло півроку з часу набрання чинності Кримінальним процесуальним кодексом України (КПК України). Однією з новацій Кодексу є впровадження до національного законодавства раніше не передбаченої в ньому категорії – негласні слідчі (розшукові) дії (НС(Р)Д), регламентовані главою 21 КПК України [1].

Як свідчить практика, наукового вирішення потребує питання, у чому полягає різниця між НС(Р)Д та оперативно-розшуковими заходами (ОРЗ). Адже суб'єктами їх проведення фактично є одні й ті самі державні органи, коло яких визначене законодавством. У вирішенні цього питання зацікавлені як науковці у зв'язку з розробкою загальної теорії оперативно-розшукових дій (ОРД) і НС(Р)Д, так і практичні працівники органів прокуратури, оперативних та слідчих підрозділів щодо її застосування на практиці [2, 59].

Дослідженню проблем співвідношення ОРД та досудового розслідування у виявленні, попередженні, припиненні та розкритті злочинів присвячено низку праць як вітчизняних, так і зарубіжних учених, серед яких Б.І. Бараненко, Б.Т. Безлепкін, А.В. Белоусов, В.В. Гевко, В.А. Глазков, В.А. Дашко, Е.О. Дідоренко, Є.А. Доля, І.М. Доронін, С.Ю. Ільченко, Ю.П. Кобець, Є.Г. Коваленко, І.М. Козьяков, В.А. Колесник, М.Й. Курочка, А.О. Ляш, В.Т. Маляренко, В.І. Ніндипова, М.А. Погорельський, В.А. Селюков, І.В. Сервецький, Г.П. Середа, В.М. Тертишник, А.Г. Цветков, М.Є. Шумило та інші. Проте з огляду на останні зміни у національному кримінальному процесуальному та оперативно-розшуковому законодавстві, що визначають порядок провадження досудового розслідування кримінальних правопорушень, використання у досу-

довому розслідуванні можливостей ОРД потребує нових наукових досліджень з метою пошуку і прогнозування шляхів вирішення наявних проблем у правозастосуванні [3, 15].

Зазначене вище обумовлює актуальність цієї статті, метою якої насамперед є розгляд особливостей проведення окремих НС(Р)Д та вирішення проблемних питань у їх застосуванні.

Отже, негласні слідчі (розшукові) дії – абсолютно нова для досудового розслідування форма збору та фіксації доказів, і хоча у них багато спільного з оперативно-розшуковою діяльністю, вони мають власну специфіку та особливості. Новизна та відсутність у більшості прокурорів – процесуальних керівників та слідчих досвіду організації проведення й використання матеріалів оперативно-розшукових заходів ускладнює процес застосування НС(Р)Д.

За походженням ці дії є оперативно-розшуковими заходами, в основу яких покладено передбачену законодавством, із використанням специфічних методів та засобів, послідовність процесуальних дій уповноважених суб'єктів, спрямованих на виявлення, розкриття та припинення протиправних посягань. Основним функціональним призначенням НС(Р)Д є забезпечення оптимальних шляхів використання у кримінальному провадженні інформації, отриманої з використанням негласних сил, засобів та методів, які використовуються в ОРД [3, 16].

Як слушно зауважує Є.Д. Скулиш, загальна сукупність норм, що регламентують проведення НС(Р)Д, становить цілісну систему, яка характеризується такими чинниками: форма проведення (негласна), встановлені КПК України підстави та порядок організації й проведення НС(Р)Д, ви-

користання отриманих за ними результатів, гарантії законності провадження [4, 110].

Розглянемо детальніше низку особливостей НС(Р)Д як різновиду слідчих дій, що мають відмінності від інших визначених КПК України слідчих (розшукових) дій.

1. Факт та методи проведення НС(Р)Д не підлягають розголошенню, тому при їх підготовці, проведенні та використанні результатів має забезпечуватись певний режим таємності.

2. Проводяться як виняток у випадках, коли відомості про злочин або особу, яка його вчинила, неможливо отримати іншим способом.

3. Переважно проводяться у кримінальних провадженнях щодо тяжких та особливо тяжких злочинів.

4. На відміну від слідчих дій прокурор не наділений правом їх проводити.

5. Таку НС(Р)Д, як зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263 КПК України), не мають права проводити ані прокурор, ані слідчий, ані оперативні підрозділи за його дорученням, а лише спеціально уповноважені підрозділи Міністерства внутрішніх справ України та Служби безпеки України.

6. Протоколи проведення НС(Р)Д та додатки до них не підлягають копіюванню.

7. Матеріали проведених НС(Р)Д до органу досудового розслідування надсилаються виключно через прокурора.

8. Слідчим суддею, якому надано право розгляду та надання дозволу на проведення НС(Р)Д, визначено суддю апеляційного суду.

9. Прокурор має право заборонити проведення або припинити НС(Р)Д.

Законодавством встановлено чітке розмежування НС(Р)Д на пов'язані із втручанням у приватне спілкування (статті 260 КПК України – аудіо-, відеоконтроль особи; статті 261–262 КПК України – накладення арешту на кореспонденцію; ст. 263 КПК України – зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; ст. 264 КПК України – зняття інформації з електронних інформаційних систем) та інші види (ст. 267 КПК України – обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи; ст. 268 КПК України – установа радіоелектронного засобу; ст. 269 КПК України – спостереження за особою, річчю або місцем; ст. 270 КПК України – аудіо-, відеоконтроль місця; ст. 271 КПК України – контроль за вчиненням злочину; ст. 272 КПК України – виконання спеціального завдання; ст. 274

КПК України – негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження), що не пов'язані безпосередньо із втручанням у приватне спілкування [1].

Усі НС(Р)Д, пов'язані із втручанням у приватне спілкування, проводяться на підставі рішення слідчого судді, й положення ст. 250 КПК України на них не поширюються. Винятком із загального правила є зняття інформації з електронних інформаційних систем, якщо доступ до них не обмежується власником, користувачем чи утримувачем та не пов'язаний із подоланням системи логічного захисту.

Виключно прокурор має право прийняти рішення про здійснення контролю за вчиненням злочину. Прокурор та слідчий наділені правом також прийняти рішення про проведення таких НС(Р)Д: зняття інформації з електронних інформаційних систем, якщо доступ до них не обмежено (ч. 2 ст. 264 КПК України); спостереження за річчю або місцем (ст. 269 КПК України); виконання спеціального завдання (ст. 272 КПК України). Тільки слідчий має право залучати осіб до конфіденційного співробітництва (ст. 275 КПК України).

За загальним правилом усі НС(Р)Д проводяться щодо тяжких та особливо тяжких злочинів (ч. 2 ст. 246 КПК України).

На думку Є.Д. Скулиша, незалежно від тяжкості злочину у кримінальних провадженнях можуть проводитись такі НС(Р)Д, як встановлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК України) та виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК України) [3, 18].

Однак така думка є дискусійною. По-перше, за Кримінальним кодексом України (КК України) вчинення злочину у складі організованої групи чи злочинної організації є кваліфікуючою ознакою злочинів, які належать до категорії особливо тяжких (ч. 5 ст. 185 КК України – крадіжка; ч. 5 ст. 186, ч. 4 ст. 187 КК України – розбій; ч. 4 ст. 189 КК України – вимагання; ч. 4 ст. 190 КК України – шахрайство; ч. 5 ст. 191 КК України – привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем тощо). По-друге, відповідно до змісту ч. 2 ст. 246 КПК України виняток із загального правила щодо проведення НС(Р)Д лише при розслідуванні тяжких та особливо тяжких злочинів становить, окрім встановлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК України), лише зняття інформації з елек-

тронних інформаційних систем (ч. 2 ст. 264 КПК України) у випадках, якщо доступ до них не обмежується власником, користувачем чи утримувачем та не пов'язаний із подоланням системи логічного захисту. Лише ці НС(Р)Д за вказаних умов проводяться у кримінальних провадженнях неза-

лежно від тяжкості злочину. (Законодавець, перелічуючи у ч. 2 ст. 246 КПК України НС(Р)Д, окремо зазначив: «у частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді». А в ч. 2 ст. 264 КПК України визначено випадки, коли для проведення цієї НС(Р)Д дозволу суду не потрібно.)

Найсуттєвіші особливості НС(Р)Д

Стаття КПК України	Назва негласної слідчої (розшукової) дії	Ким приймається рішення	Зміст заходу	Особливість
1	2	3	4	5
Втручання у приватне спілкування (тільки за постановою слідчого судді)				
260	аудіо-, відео-контроль особи	слідчим суддею	фіксування розмов, інших звуків, рухів, дій	обмежуються права певної особи, щодо якої проводяться негласні слідчі дії, у тому числі у публічно недоступних місцях, на відміну від аудіо-, відеоконтролю місця (ст. 270) публічно доступного, без визначення кола осіб, поведінка й дії яких будуть фіксуватись
261 262	накладення арешту на кореспонденцію	слідчим суддею	накладення арешту полягає в огляді та виймці поштово-телеграфної кореспонденції, що може містити інформацію, речі, документи	1) лише матеріальні носії; 2) вважається скасованим після завершення терміну, визначеного слідчим суддею; 3) проводиться з участю та у присутності представника установи; 4) можливе: вилучення, зняття копій, одержання зразків, нанесення спеціальних позначок, обладнання техзасобами контролю, заміна на безпечні аналоги; 5) за кожним випадком складається окремий протокол
263 265 266	зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж	слідчим суддею	фіксування знаків, сигналів, письмового тексту, зображень та звуків або повідомлень між особами, які здійснюють спілкування із застосуванням засобів телекомунікації	1) в ухвалі слідчого судді має бути зазначено ознаки для унікальної ідентифікації абонента спостереження, транспортну телекомунікаційну мережу, кінцеве обладнання, на якому може здійснюватися втручання у спілкування; 2) здійснюється виключно уповноваженими підрозділами МВС України та СБУ; 3) зберігання інформації у незмінному вигляді покладається на працівників операторів, а в частині відтвореної як додаток до протоколу забезпечується прокурором
264 265 266	зняття інформації з електронних інформаційних систем	слідчим суддею, в окремих випадках прокурором та слідчим	пошук, виявлення і фіксація відомостей в інформаційних системах, доступ до них	1) в ухвалі слідчого судді має бути зазначено ідентифікаційні ознаки електронної інформаційної системи; 2) не потребує дозволу слідчого судді, якщо доступ не обмежено та не пов'язано з подоланням системи логічного захисту; 3) може проводитись стосовно нетяжких та особливо тяжких злочинів
Інші види НС(Р)Д				
267	обстеження публічно недоступ-	слідчим суддею	обстеження шляхом таєм-	місце з обмеженим доступом, відсутній дозвіл власника чи уповноваженої особи,

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС І КРИМІНАЛІСТИКА

1	2	3	4	5
	них місць, житла чи іншого володіння особи		ного проникнення до публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи	користувача, здійснюється таємно
268	установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу	слідчим суддею, в окремих випадках прокурором та слідчим	локалізація місцезнаходження радіоелектронного засобу, у тому числі мобільного терміналу зв'язку та інших радіовипромінювальних пристроїв	1) здійснюється без розкриття змісту повідомлень, що передаються; 2) в ухвалі має бути зазначено ідентифікаційні ознаки, які дають змогу унікально ідентифікувати абонента, мережу, кінцеве обладнання; 3) можливе до постанови ухвали слідчого судді в порядку, встановленому ст. 250 КПК України; 4) можливе щодо нетяжких та особливо тяжких злочинів (ч. 2 ст. 246 КПК України)
269	спостереження за особою, річчю або місцем	слідчим суддею, в окремих випадках прокурором, слідчим	пошук, фіксація і перевірка відомостей про особу, її поведінку та тих, із ким особа контактує, певну річ, місце, візуальне спостереження	1) лише у публічно доступних місцях; 2) можливе до постановлення ухвали слідчого судді у порядку, встановленому ст. 250 КПК України; 3) спостереження за річчю чи місцем здійснюється на підставі рішення прокурора чи слідчого
270	аудіо-, відеоконтроль місця	слідчим суддею	здійснення прихованої фіксації в публічно доступних місцях без відома власника	здійснюється виключно у публічно доступних місцях
271	контроль за вчиненням злочину	прокурор	1) контрольована поставка; 2) контрольована та оперативна закупка; 3) спеціальний слідчий експеримент; 4) імітування обставин злочину	1) не проводиться, якщо неможливо повністю запобігти тяжким наслідкам; 2) забороняється провокувати, підбурювати на вчинення злочину з метою його подальшого викриття, впливати насильством, погрозами, шантажем; 3) якщо контроль закінчується відкритим фіксуванням, протокол складається у присутності особи, стосовно якої проводилась дія; 4) у рішенні прокурор має зазначити обставини, які вказують на відсутність провокування особи на вчинення злочину, та про застосування спеціальних імітаційних засобів; 5) у разі необхідності обмеження конституційних прав і свобод потрібно одержати дозвіл слідчого судді

1	2	3	4	5
272	виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації	слідчим за згодою з керівником слідчого підрозділу або прокурором	участь легендарної особи у діяльності ОГ чи ЗО з метою одержання відомостей, речей, документів	1) збереження у таємниці достовірних відомостей про особу; 2) у постанові зазначається обґрунтування меж спецзавдання, використання імітаційних засобів; 3) не може перевищувати 6 місяців або продовжується слідчим за погодженням з керівником органу досудового розслідування чи прокурором на строк, що не перевищує термін досудового розслідування
274	негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження	слідчим суддею	негласне отримання зразків для порівняльного дослідження	у клопотанні та ухвалі зазначаються конкретні зразки, які планується отримати
275	використання конфіденційного співробітництва	слідчий	право використовувати інформацію, отриману внаслідок конфіденційного співробітництва, та залучати осіб до проведення негласних слідчих дій	не підлягають залученню до конфіденційного співробітництва під час проведення негласних слідчих дій адвокати, нотаріуси, медичні працівники, священнослужителі, журналісти, якщо це пов'язано з розкриттям інформації професійного характеру

Незважаючи на те, що у Главі 21 КПК України достатньо детально регламентовано порядок подання та розгляду клопотань про проведення НС(Р)Д, фіксації та використання їх результатів тощо, при застосуванні негласних слідчих (розшукових) дій у практичній діяльності виявлено низку проблемних питань, що ускладнюють їх реалізацію та використання.

Зокрема, неоднозначно сприймається положення п. 5.1 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженої спільним наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Міністерства фінансів України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 року №114/1042/515/1199/936/1687/5/ (Інструкція). Згідно з ним процесуальні рішення та протоколи про проведення НС(Р)Д, які містять відомості про факт та методи проведення негласної слідчої (розшукової) дії, а також відомості, що дають змогу ідентифікувати особу, місце або річ, щодо якої проводиться або планується проведення такої дії, розголошення

яких створює загрозу національним інтересам та безпеці, підлягають засекречуванню [5].

На практиці в більшості випадків гриф таємності присвоюється документам, пов'язаним з НС(Р)Д, виключно виходячи з того, що сам факт їх проведення підлягає збереженню у таємниці. Така позиція ґрунтується на положеннях ч. 1 ст. 246 КПК України, якою визначено, що заборона розголошення факту проведення є, поряд з методикою проведення, головною ознакою негласної слідчої (розшукової) дії, з посиланням на Звід відомостей, що становлять державну таємницю, затверджений наказом Служби безпеки України від 12 серпня 2005 року №440 та зареєстрований в Міністерстві юстиції України 17 серпня 2005 року (Звід), до якого включено п. 4.12.4 – «відомості про факт або методи проведення НС(Р)Д» та п. 4.12.5 – «відомості, що дають змогу ідентифікувати особу, місце або річ, щодо якої проводиться чи планується проведення НС(Р)Д, розголошення яких створює загрозу національним інтересам і безпеці» [6].

На практиці досить часто НС(Р)Д присвоюється відповідний гриф таємності, й листування із судом та правоохоронними органами, збері-

гання документів відбувається з додержанням режиму таємності.

Висловлюється й інша позиція: для присвоєння грифа таємності постанові, клопотанню, ухвалі чи протоколу НС(Р)Д, крім наявності в них відомостей про факт та метод їх проведення, особу, місце проведення та річ, обов'язковою умовою з урахуванням вимог п. 5.1 Інструкції має бути загроза у разі розголошення цих відомостей національним інтересам та безпеці. За відсутності цієї умови засекречування можна вважати безпідставним. Отже, у більшості випадків, хоча факт проведення НС(Р)Д до певного часу не розголошується, якщо в матеріалах цієї негласної слідчої дії відсутні відомості про методику її проведення (а на сьогодні такі методики не розроблені й не впроваджені), засекречуванню процесуальні рішення та протоколи не підлягають.

Тезу щодо необов'язковості засекречування усіх НС(Р)Д її прибічники обґрунтовують, зокрема, і тим, що відповідно до ч. 4 ст. 271 КПК України у разі закінчення контролю за вчиненням злочину відкритим фіксуванням протокол НС(Р)Д складається у присутності особи, щодо якої така слідча дія проводилась, що виключає можливість присвоєння протоколу грифа таємності при його складанні та априорі розголошує факт проведення НС(Р)Д.

Аналогічним чином висловлюються сумніви щодо доцільності присвоєння грифа таємності постанові та протоколу зняття інформації з електронних інформаційних систем або їх частин у випадках, коли доступ до них не обмежується їх власником, володільцем чи утримувачем або не пов'язаний із подоланням системи логічного захисту. Така НС(Р)Д може проводитись, а протокол складатись у присутності власника, володільця чи утримувача інформації, й відповідно про факт її проведення відомо цій особі.

Відповідно до змісту ч. 1 ст. 246 КПК України «відомості про факт та методи проведення НС(Р)Д не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом», тобто законодавець встановив можливість проведення НС(Р)Д без присвоєння грифа таємності, зокрема при вчиненні контролю за злочином у разі відкритого фіксування.

Більше того, така НС(Р)Д, як накладення арешту на кореспонденцію, передбачає обов'язкову участь при огляді кореспонденції представника установи зв'язку та можливу участь фахівця. Зважаючи на те, що наданням послуг зв'язку займаються у тому числі й комерційні структури, де

працівники не мають допуску до відомостей, що містять державну таємницю, вимога в обов'язковому порядку присвоювати гриф таємності може ускладнити процес реалізації заходу.

Якщо дослідити практичні аспекти застосування НС(Р)Д, зокрема при здійсненні кримінального провадження за фактом хабарництва, що не пов'язане з потребою тривалої розробки особи чи групи осіб, коли планується «затримати на гарячому», привертають увагу певні неузгодженості. Слідчому у таких випадках необхідно одержати дозволу суду на комплекс дій, як негласних (аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж спостереження за особою тощо), так і гласних (обшук, тимчасовий доступ до речей та документів). За таких обставин сама інформація про факт проведення стосовно певної особи заходів, що мають на меті документування у вимаганні та одержанні хабара, не може бути повною мірою засекречена з огляду на відкритість процедури одержання в судах загальної юрисдикції відповідних дозволів.

Присвоєння грифа таємності ускладнює та уповільнює процес фіксування злочинів і прийняття процесуальних рішень. Зокрема, при розгляді клопотань про обрання запобіжного заходу, відсторонення від обійманої посади, застосування інших заходів примусу суду необхідно довести наявність відповідних підстав та їх обґрунтованість, що у деяких випадках до зняття грифа таємності неможливо, оскільки саме записи проведених НС(Р)Д мають найбільш вагоме значення.

Водночас захист інформації у кримінальному провадженні передбачено Законом України «Про державну таємницю» й КК України, яким встановлено відповідальність як за розголошення державної таємниці (ст. 328), так і за розголошення відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист (ст. 381), та за розголошення даних досудового слідства або дізнання (ст. 387).

Безпосередньо у Главі 21 КПК України регламентовано заходи щодо захисту інформації, отриманої в результаті проведення НС(Р)Д. Зокрема, у частинах 1–2 ст. 254 КПК України передбачено, що відповідна інформація не підлягає розголошенню особами, яким це стало відомо в результаті ознайомлення з матеріалами, та встановлено необхідність попередження таких осіб про відповідальність за це [1]. Тобто законодавець допустив можливість одержання інформації про факт та методи проведення НС(Р)Д, осіб, які

їх проводять, а також інформації, одержаної в результаті їх проведення, особами, які не мають допуску до державної таємниці та не попереджені про заборону її розголошення.

Видається, що при підготовці Інструкції в частині регламентації прийняття рішення щодо присвоєння грифа таємності застосовано аналогію з оперативно-розшуковими заходами. Однак Законами України «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про державну таємницю» до державної таємниці віднесено інформацію про форми та методи оперативно-розшукової діяльності, а інформацію про форми та факт проведення НС(Р)Д – ні. Окрім того, всі форми НС(Р)Д перелічені в Главі 21 КПК України. Тому згідно із зазначеними нормами закону клопотання до суду та судові рішення, що містять відомості про форми оперативно-розшукової діяльності, підлягають засекречуванню, однак така вимога не стосується НС(Р)Д [7; 8].

У зв'язку з прийняттям 13 квітня 2012 року КПК України до Закону України «Про державну таємницю» внесено зміни лише до абзацу одиннадцятого п. 4 ч. 1 ст. 8, яким встановлено, що «до державної таємниці може бути віднесено зміст матеріалів оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування та судочинства з питань зазначених у цій статті сфер». Фактично у новій редакції замінено лише слово «дідання» на «оперативно-розшукової діяльності». Інших змін до зазначеного законодавчого акта у зв'язку з прийняттям та введенням в дію КПК України не вносилося, хоча у Звід відомостей, що становлять державну таємницю, включено п. 4.12.4 – відомості про факт або методи проведення НС(Р)Д та п. 4.12.5 – відомості, що дають змогу ідентифікувати особу, місце або річ, щодо якої проводиться чи планується проведення НС(Р)Д, розголошення яких створюють загрозу національним інтересам і безпеці.

Однак у ст. 8 Закону України «Про державну таємницю» визначено сфери, в яких інформація може бути віднесена до державної таємниці: оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки та охорони правопорядку. Зокрема, у сфері охорони правопорядку до державної таємниці (абзац другий п. 4 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про державну таємницю») може бути віднесена інформація про: «засоби, зміст, плани, організацію, фінансування та матеріально-технічне забезпечення, форми, методи й результати оперативно-розшукової діяльності, розвіду-

вальної і контррозвідувальної діяльності, про осіб, які співпрацюють або раніше співпрацювали на конфіденційній основі з органами, що проводять таку діяльність...». Слідча та наглядова діяльність, зокрема й при проведенні НС(Р)Д, факт, методи, результати їх проведення, у тому числі й щодо конфіденційного співробітництва зі слідчим тощо, цим Законом не віднесено до інформації, яка може визнаватись державною таємницею.

При внесенні доповнень до Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, НС(Р)Д розмежовано за категоріями засекречування. Окремо зазначено відомості про факт або методи проведення НС(Р)Д та окремо – відомості, що дають змогу ідентифікувати особу, місце або річ, щодо якої проводиться чи планується проведення НС(Р)Д, розголошення яких створює загрозу національним інтересам і безпеці. При цьому факт та метод проведення НС(Р)Д запропоновано засекречувати незалежно від наявності загрози національним інтересам та безпеці. Водночас засекречуванню підлягають відомості лише про особу, щодо якої проводиться чи планується проведення НС(Р)Д, а щодо особи, яка надала згоду на добровільних засадах конфіденційно співпрацювати при проведенні цих дій, такої вказівки не існує.

Інформація про методи проведення НС(Р)Д може становити державну таємницю й міститись у деяких протоколах, на магнітних носіях. Однак сам факт проведення таких дій, що фіксується у постанові про проведення НС(Р)Д, клопотанні про надання дозволу, дозволі суду, не розкриває методіку їх проведення та не стосується національних інтересів та безпеки. Обмеження доступу до такої інформації та обмеження її розповсюдження має забезпечуватись з урахуванням вимог статей 381, 387 КК України.

Тому висловлюється думка, що з метою обмеження доступу до інформації у кримінальному провадженні доцільніше попереджувати осіб про відповідальність за розголошення даних досудового слідства, аніж проводити громіздку процедуру щодо присвоєння та зняття грифа таємності чи допуску учасників кримінального процесу до державної таємниці, оскільки КПК України, Закон України «Про державну таємницю», Інструкція не містять заборони для прийняття такого рішення.

Прибічники вибіркового засекречування матеріалів НС(Р)Д припускають, що за відсутності відповідного попередження про відповідальність за розголошення даних досудового слідства та невизнання у подальшому матеріалів НС(Р)Д та

кими, що містять відомості, віднесені до державної таємниці, у разі розголошення таких даних особа уникне будь-якої відповідальності.

Тому, на нашу думку, доцільно було б виробити диференційований підхід до забезпечення режиму таємності при організації та проведенні НС(Р)Д, деталізувавши їх у відповідній інструкції, та ініціювати внесення змін до Закону України «Про державну таємницю».

Залишається проблемним застосування у практичній діяльності положень ст. 250 КПК України щодо проведення НС(Р)Д до постанови ухвали слідчого судді.

Наведемо умови, за яких можливо використати це положення КПК України.

1. Виняткові, невідкладні випадки, пов'язані із врятуванням життя людей та запобіганням вчиненню тяжкого чи особливо тяжкого злочину, передбаченого розділами I, II, VI, VII (статті 201 та 209), IX, XIII, XIV, XV, XVII Особливої частини КК України.

2. Допускається проведення лише двох видів НС(Р)Д: встановлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК України) та спостереження за особою (ст. 269 КПК України) без втручання у спілкування особи.

3. Дотримання порядку: прийняття рішення слідчим за згодою прокурора або прокурором, невідкладно після початку дії прокурор зобов'язаний звернутися до слідчого судді, у разі відмови в наданні дозволу слідча дія підлягає припиненню, а одержані результати – знищенню.

Встановлені законодавством умови справді надають цьому НС(Р)Д ознак винятковості. Наприклад, при вимаганні хабара працівниками правоохоронного органу, коли потерпілому дають змогу під загрозою кримінальної відповідальності зателефонувати своїм близьким і встановлюється обмежений час для збору коштів, використати це положення неможливо, оскільки у таких випадках не йдеться про врятування життя людини. Більше того, навіть при проведенні першочергових слідчих дій у кримінальних справах про викрадення людини чи організацію масових заворушень, де може йтися про загрозу життю людей, використати положення ст. 250 КПК України неможливо, оскільки статті про ці злочини не містяться у переліку, визначеному в ч. 1 ст. 250 КПК України.

У зазначеному вище порядку можна використати лише два види НС(Р)Д: встановлення місцезнаходження радіоелектронного пристрою та спостереження за особою. При цьому під час проведення таких дій виключається можливість

втручання у спілкування, а інформаційне та доказове значення їх результатів, навіть у разі успішного проведення, мінімальне.

На стадії розробки проекту КПК України до НС(Р)Д, які можливо проводити до постановлення ухвали слідчого судді, передбачалося віднести аудіо-, відеоконтроль особи та зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, які є найбільш поширеними (їхня питома вага серед НС(Р)Д становить понад 80%). З огляду на важливе доказове значення цих дій у кримінальному провадженні виключення їх з числа НС(Р)Д, які можливо було провести у невідкладних випадках до постановлення рішення слідчим суддею, суттєво звужує можливості слідчих та оперативних підрозділів у кримінальному провадженні.

За наявності достатньо чіткого регламентованого КПК України порядку проведення слідчих дій існує ще низка проблем при проведенні НС(Р)Д, що потребує вирішення у найкоротші строки.

Зокрема, Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні від 16 листопада 2012 року не повною мірою врегульовує процедури організації їх проведення та використання у кримінальному провадженні. Методику й тактику, особливості їх проведення не відображено в Інструкції, а це ускладнює процес прийняття рішень та проведення заходів.

На підтвердження цієї думки зазначимо, що такий абсолютно новий для більшості працівників прокуратури захід, як використання негласного співробітництва, відображено лише тезою про наявність такого права у слідчого. Форми співробітництва, порядок його здійснення та фіксування у кримінальному провадженні не окреслено навіть у загальних рисах.

Тому виникають певні труднощі при застосуванні ст. 275 КПК України щодо використання конфіденційного співробітництва. У статті визначено дві форми використання конфіденційного співробітництва:

- використання інформації, одержаної від конфідента під час проведення НС(Р)Д;
- залучення конфідента до проведення НС(Р)Д.

Якщо практика використання конфідентів при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій із засекречуванням відомостей про таких осіб вже певним чином напрацьована, інша форма – використання інформації від конфідента – викликає низку питань. Серед НС(Р)Д, визначених у

Глави 21 КПК України, лише одна, регламентована ст. 272 КПК України (виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації), передбачає співпрацю особи з органом досудового розслідування на конфіденційній основі. При проведенні цієї негласної дії конфідент може залучатися до проведення інших НС(Р)Д: аудіо-, відеоконтроль; зняття інформації з електронних інформаційних систем; обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи; спостереження за особою, річчю або місцем; негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження, тощо. Такі НС(Р)Д оформлюються відповідним протоколом із збереженням таємниці достовірних відомостей про особу.

Однак залишається невизначеним питання, як оформляти інформацію, одержану від конфідента не під час проведення НС(Р)Д. Чи має бути відповідний рапорт, довідка чи протокол допиту свідка із збереженням у таємниці достовірних відомостей про особу, чи фіксувати такі дані слід безпосередньо у протоколі НС(Р)Д.

Зважаючи на те, що на сьогодні ведення ОРС категорії «Злочин» не передбачено, інформацію, що стосується предмета розслідування, відповідного контингенту оперативних підрозділів, потрібно належним чином фіксувати та використовувати у кримінальному провадженні. Однак КПК України передбачено можливість одержання та використання інформації від осіб, які залучені до конфіденційного співробітництва, лише під час проведення НС(Р)Д. У такому випадку, якщо особа володіє інформацією, що має значення у кримінальному провадженні, але не бажає розголошення відомостей про неї, фіксація її свідчень може відбуватись лише у порядку забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві.

При цьому варто мати на увазі певну прогалину у законодавстві, оскільки ст. 8 Закону України «Про державну таємницю», як і Зводом відомостей, що становлять державну таємницю, відомості про особу, яка надала згоду на конфіденційне співробітництво з органом досудового розслідування, не віднесено до інформації, яка може визнаватись державною таємницею.

Неоднозначно тлумачиться правоохоронцями і доповнення частинами 2–4 ст. 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Зокрема, зазначеною новелою встановлено, що у разі виявлення під час проведення ОРД ознак

злочину оперативний підрозділ зобов'язаний невідкладно направити зібрані матеріали до відповідного органу досудового розслідування для початку та здійснення досудового розслідування. Якщо такі ознаки виявлено при проведенні оперативно-розшукових заходів, що тривають і припинення яких може негативно вплинути на результати кримінального провадження, підрозділ повідомляє орган досудового розслідування і прокурора та закінчує проведення оперативно-розшукового заходу.

Водночас, якщо під час проведення ОРЗ одержано інформацію про готування до вчинення злочину чи вже вчинений злочин, невідкладне спрямування такої інформації до органу досудового розслідування може вважатись формою розкриття факту проведення ОРД особам, які не здійснюють нагляд за ОРС та не мають до неї доступу. Також неоднозначний підхід до тлумачення вжитого у вказаній статті терміна «невідкладно», оскільки він може стосуватись як моменту виявлення ознак злочину, так і складання матеріалів, що містять про нього дані.

Протокол про проведення оперативно-технічних заходів складається після їх завершення. Та якщо законодавець мав на увазі невідкладне спрямування таких протоколів і додатків до них після їх складання, залишається також невирішеним питання про проведення процедури легалізації, яка може тривати до кількох тижнів.

Існує також колізія й щодо адресата спрямування матеріалів ОРЗ після їх завершення. Відповідно до ч. 3 ст. 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» такі матеріали направляються не прокурору, а до органу досудового розслідування. Водночас у п. 20 ст. 8 цього Закону визначено, що фіксація та використання результатів оперативно-розшукових заходів регулюються згідно з положеннями глави 21 КПК України. Натомість в ч. 3 ст. 252 КПК України «Фіксація ходу і результатів негласних слідчих (розшукових) дій» визначено, що протоколи про проведення НС(Р)Д передаються прокурору.

Спостерігається також різний підхід до визначення способу одержання інформації про трафік телефонних розмов без розкриття їх змісту та змісту текстових повідомлень. При здійсненні кримінального провадження органи досудового слідства звертаються з відповідними клопотаннями до слідчих суддів (загального суду) на підставі п. 7 ч. 1 ст. 162 КПК України про надання доступу до інформації, яка знаходиться в опера-

торів та провайдерів телекомунікацій, про зв'язок, абонента, надання телекомунікаційних послуг, у тому числі отримання послуг, їх тривалість, зміст, маршрути передавання тощо.

Однак під час проведення оперативно-розшукової діяльності в такому порядку одержати дозвіл суду на зняття інформації про з'єднання абонента та його місце розташування неможливо через відсутність у міськрайонних судах умов для збереження та доступу до таємниці в оперативно-розшукових справах.

Водночас одержання відомостей про з'єднання та місце розташування радіоелектронного пристрою у часі можна встановити шляхом проведення таких НС(Р)Д, як зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263 КПК України), зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264 КПК України) та установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК України), за дозволом слідчого судді апеляційного суду, й певна практика вирішення цієї проблеми у такий спосіб підлягає напрацюванню.

Однак такий диференційований підхід до одержання та фіксації однієї інформації у різних спосіб може викликати певні проблеми при оцінці доказів. Відповідно до ст. 86 КПК України допустимим визнається доказ, якщо він отриманий у порядку, встановленому КПК України, а недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень та на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення. Невизначеність щодо того, у який саме спосіб КПК України передбачено одержання та фіксація інформації про трафік, може призвести до визнання одержаних доказів недопустимими.

Тому доцільно виробити єдиний підхід для визначення порядку одержання такої інформації та її фіксації.

Неоднозначний підхід до фіксування перебігу контролю за вчиненням злочину, якщо під час його проведення тимчасово обмежуються конституційні права особи, на підставі рішення слідчого судді. Як слушно зазначає С.С. Тарадойна, умови контролю за вчиненням злочину, пов'язаного із тимчасовим обмеженням прав і свобод людини, можна поділити на конституційні, кримінальні процесуальні та дозвільні. Конституційні умови передбачає Конституція України, визначаючи, в яких межах можуть обмежуватись права і свободи особи. Кримінальні процесуальні умови визначає Кримінальний процесуальний кодекс

України, а безпосередній дозвіл на проведення контролю за вчиненням злочину з тимчасовим обмеженням прав і свобод особи дає слідчий суддя за клопотанням прокурора. Дотримання встановлених умов проведення вказаної НС(Р)Д є важливою запорукою гарантування прав і свобод людини під час її провадження [9].

За загальним правилом (ст. 252 КПК України) про проведення негласних слідчих дій складається протокол. При здійсненні контролю за вчиненням злочину у більшості випадків доцільно проводити аудіо-, відеоконтроль особи, спостереження за особою, обшук. Таким чином, можливе одночасне проведення кількох НС(Р)Д та слідчих дій одним слідчим із залученням оперативних та технічних підрозділів. Якщо контроль за вчиненням злочину закінчується відкритим фіксуванням, для відшукування предмета злочину у разі відмови особи в його добровільній видачі доцільно провести обшук, який буде також збігатись у часі та місці з основною НС(Р)Д. Залишається дискусійним питання, чи має протокол контролю за вчиненням злочину містити і дані, одержані внаслідок здійснення аудіо-, відеоконтролю, спостереження за особою, обшуку, за наявності самостійно складених за кожною слідчою дією протоколів, чи інформація та відомості з них не повинні в ньому узагальнюватись.

З урахуванням зазначених суперечливих та невизначених моментів Інструкцію про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, на наш погляд, необхідно суттєво доопрацювати з урахуванням практики застосування НС(Р)Д в регіонах [10, 68]. Зважаючи на актуальність цього питання (обмеження конституційних прав громадян), з метою запобігання можливим зловживанням при проведенні цих заходів таке доопрацювання має бути здійснено у стислі строки.

При цьому потрібно врахувати положення розроблених та прийнятих останнім часом підзаконних нормативних актів, що стосуються, зокрема, проведення спеціальними підрозділами технічних заходів.

Окрім того, відповідно до ч. 5 ст. 271 КПК України порядок і тактика проведення контрольованої поставки, контрольованої та оперативної закупки, спеціального слідчого експерименту, імітування обстановки злочину визначається законодавством.

На даний час порядок проведення негласних слідчих (розшукових) дій регламентовано Інструк-

цією про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, яка у частині щодо контролю за вчиненням злочину містить лише визначення його форм без регламентації порядку й тактики проведення, що ускладнює процес застосування цієї дії та викликає неоднозначне тлумачення норм закону при її реалізації.

Окреслені проблемні питання впровадження нового кримінального процесуального законодавства в практичну діяльність, забезпечення їх ефективного функціонування в нових умовах вимагають проведення подальших наукових досліджень, доопрацювання введених та розроблених й впроваджених низки відомчих нормативних актів і методичних рекомендацій.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. – Т. 1 / О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.Р. Бурдоль та ін.; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – Х.: Право, 2012. – 768 с.
2. Шилін М. Оперативно-розшукова діяльність та негласні слідчі дії: проблеми правового регулювання у світлі нового Кримінального процесуального кодексу України / М. Шилін // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2013. – №1. – С. 59–64.
3. Скулиш Є. Негласні слідчі (розшукові) дії за кримінально-процесуальним законодавством України / Є. Скулиш // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – №2. – С. 15–23.
4. Скулиш Є. Система негласних слідчих (розшукових) дій за кримінальним процесуальним кодексом України / Скулиш Є. // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2012. – Вип. 618. – С. 108–114. – (Серія «Правознавство»).
5. Про затвердження Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: спільний наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Міністерства фінансів України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 року №114/1042/516/1199/936/1687/5 // Офіційний вісник України. – 2012. – №84. – Ст. 3408.
6. Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю: наказ Служби безпеки України від 12 серпня 2005 року №440 // Офіційний вісник України. – 2005. – №34. – Ст. 2089.
7. Про оперативно-розшукову діяльність: закон України від 18 лютого 1992 року №2135-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – №22. – Ст. 303.
8. Про державну таємницю: закон України від 21 січня 1994 року №3855XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – №16. – Ст. 93.
9. Тарадойна С.С. Гарантії дотримання прав людини при проведенні контролю за вчиненням злочину / С.С. Тарадойна // М-ли науково-практичної інтернет-конф. 5 березня 2013 року Електронний ресурс . – Режим доступу: http://www.legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=439%3A010313-10&catid=64%3A5-0313&Itemid=79&lang=ru
10. Моринець Є. Проблемні питання застосування КПК України / Є. Моринець // Вісник прокуратури. – 2013. – №3. – С. 67–74.

Олександр БАБІКОВ

НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ ДІЇ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Резюме

Розглядаються проблеми правового регулювання негласних слідчих дій у чинному законодавстві України.

Александр БАБИКОВ

НЕГЛАСНЫЕ СЛЕДСТВЕННЫЕ ДЕЙСТВИЯ: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Резюме

Рассматриваются проблемы правового регулирования негласных следственных действий в действующем законодательстве Украины.

Oleksandr BABIKOV

SECRET INVESTIGATIVE PROCEDURES THE PROBLEMS OF LEGAL REGULATION

Summary

The proper addresses the issues of legal regulation of secret investigative procedures in current legislation of Ukraine.