

УДК 343.132

DOI <https://doi.org/10.32836/2521-6473-2019-2-117-121>

Ю. М. Мирошніченко, кандидат юридичних наук,
голова Іллічівського районного суду
м. Маріуполя Донецької області

НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ: ПІДСТАВИ ПРОВЕДЕННЯ

Статтю присвячено з'ясуванню сутності підстав проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Розкривається зміст фактичних і правових підстав ухвалення процесуального рішення щодо проведення слідчих (розшукових) дій даної категорії, в якому фіксується їх наявність. Констатується недопустимість доказів, отриманих під час провадження негласної слідчої (розшукової) дії, рішення щодо проведення якої прийняте за відсутності сукупності передбачених законом підстав.

Ключові слова: кримінальне провадження; доказування; негласні слідчі дії.

Yu. M. Miroshnichenko. Secret investigative (search) actions: grounds for holding

This article explores the essence of provisional access to objects and documents, as well as some practical problems when applying this measure to ensure the criminal proceedings. In view of the length of procedure of provisional access to objects and documents, the relevant conclusions were made in the article. The procedure of provisional access to objects and documents is currently time-taking, long-lasting and obsolete.

Separately, there was considered the procedure of provisional access to objects and documents while providing the international legal assistance in criminal proceedings that are under investigation of the law enforcement bodies of Ukraine in view of the validity period of the investigating judge's order, which cannot exceed one month from the date of its decree.

Also, was made the comparison of annual increasing of the number of requests for providing of provisional access to objects and documents that are submitting on consideration to the investigating judge as well as changes to the criminal procedural legislation regarding reduction of terms of pretrial investigation.

There were discovered the possible directions for improving of the criminal procedural legislation concerning the procedure of implementation of such a measure on ensuring of criminal proceedings as the provisional access to objects and documents, and also the relevant amendments were proposed to Chapter 15 of the Criminal Procedure Code of Ukraine.

Key words: criminal procedure, criminal procedure law, measures of criminal proceedings, temporary access to objects and documents, the investigating judge, seizure.

Постановка проблеми. Особливе місце серед засобів доказування в кримінальному провадженні посідають негласні слідчі (розшукові) дії (далі – НСРД), інститут яких порівняно недавно з'явився у вітчизняному кримінальному процесі. Саме важливістю й новизною пояснюється підвищений дослідницький інтерес до законодавства, що регламентує НСРД, та проблем його практичної реалізації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Розробці даної проблематики присвячені роботи Ю.І. Азарова, Б.І. Бараненка, О.І. Галагана, Ю.М. Дьоміна, А.В. Іщенко, В.А. Колесника, М.О. Ленка, В.Т. Маляренка, Д.Й. Никифорчука, В.Т. Нора, Д.П. Письменного, Л.Д. Удалової, В.І. Фаринника, Р.М. Шехавцова та інших правників, науковий доробок яких є вагомим, але не вичерпує всієї сукупності проблем застосування НСРД в судовому доказуванні, чимало питань дотепер не отримали однозначного вирішення. Одним з них є питання щодо сутності підстав проведення НСРД. Невирішеність цього питання на теоретичному рівні ускладнює правозастосовну практику й нерідко ставить під сумнів допустимість доказів, отриманих в результаті проведення слідчих (розшукових) дій даної категорії.

© Ю. М. Мирошніченко, 2019

Мета статті. Актуальність означеної проблеми визначила дослідницьке завдання автора цієї статті, який мав на меті сформулювати власне уявлення про зміст підстав проведення НСРД.

Виклад основного матеріалу. З огляду на аналіз положень ст. 246 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), «негласні слідчі дії – це різновид слідчих дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, спрямовані на збирання, перевірку чи дослідження фактичних даних у конкретному кримінальному провадженні, та які проводяться у випадках крайньої потреби, коли відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб» [1]. Рішення про їх проведення приймає слідчий, прокурор, а в передбачених законом випадках – слідчий суддя за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором. Тут, щоправда відразу необхідно зауважити, що у випадку зі слідчим суддею мова, звичайно, йде про процесуальні рішення, якими він санкціонує, спрямовані на ефективне збирання доказової інформації, тактичні рішення слідчого (прокурора), постановляючи ухвалу про дозвіл на проведення НСРД, на що доречно звертає увагу В.А. Колесник [2].

Рішення щодо проведення НСРД слідчий (прокурор) приймає на підставі аналізу криміналістичної ситуації, що склалася на певному етапі досудового розслідування, й оформляє його відповідною постановою, яка має відповідати нормам ст. 246, 251 КПК, а за необхідності провести негласну слідчу (розшукову) дію, яка вимагає постановлення ухвали слідчого судді – клопотанням, вимоги до змісту якого наведені в ч. 2 ст. 248 КПК. Розгляд клопотань, який віднесений до повноважень слідчого судді, здійснюється слідчим суддею відповідного апеляційного суду (ч. 1 ст. 247 КПК), котрий постановляє ухвалу про дозвіл на проведення НСРД, якщо прокурор, слідчий доведе наявність достатніх підстав вважати, що: 1) вчинений злочин відповідної тяжкості; 2) під час проведення негласної слідчої (розшукової) дії можуть бути отримані докази, які самостійно або в сукупності з іншими доказами можуть мати суттєве значення для з'ясування обставин злочину або встановлення осіб, які вчинили злочин (ч. 3 ст. 248 КПК).

Вивчення законодавчих положень, які регламентують порядок проведення НСРД, показує їх недостатню інформативність щодо підстав проведення слідчих дій даного виду. Як справедливо зазначає з цього приводу С.В. Єськов, з огляду на назву, визначенню підстав прийняття рішень про проведення негласних слідчих (розшукових) дій має бути присвячена ст. 246 КПК («Підстави проведення негласних слідчих (розшукових) дій»). Проте, зосередивши у цій статті легальну дефініцію негласних слідчих (розшукових) дій, вимоги щодо термінів їх проведення та порядок продовження, суб'єктів, які приймають рішення про проведення вказаних дій, законодавець навів лише номінальне визначення резонів, якими б мали керуватися слідчий, прокурор або слідчий суддя під час прийняття відповідних рішень, залишивши поза увагою головне питання – чітке визначення підстав для проведення зазначених дій [3].

У доктрині кримінального процесуального права традиційно виділяють юридичні та фактичні підстави провадження слідчих дій, в тому числі й негласних. Перші з них, за Д.Б. Сергеевою, мають два аспекти – широкий та вузький. В широкому аспекті під юридичною (правовою) підставою слід розуміти наявність законодавчих норм, що регламентують (передбачають) можливість проведення тієї чи іншої процесуальної дії. У вузькому розумінні, юридичною (правовою) підставою є складений відповідно до встановлених законом вимог процесуальний документ, що надає певному суб'єкту право здійснювати ту чи іншу процесуальну дію [4]. Фактичними підставами, на думку цього ж автора, є наявність у матеріалах кримінального провадження достатніх відомостей, що свідчать про можливість досягнення мети відповідної процесуальної дії [5]. Близькою до цього є позиція В.О. Шерудило [6, с. 135].

Д.А. Нескоромний юридичними (правовими) підставами вважає сукупність передбачених кримінальним процесуальним законом умов, що дають право на проведення негласних

слідчих (розшукових) дій, фактичними – факт правопорушення (фактично вчиненого суспільно небезпечного діяння). Розкриваючи зміст фактичних підстав, автор відносить до них наявність інформації про: злочини, які вчинені невстановленими особами; осіб, які готують або вчинили злочини; осіб, які переховуються від органів розслідування або ухиляються від відбування кримінальної відповідальності [7].

С.С. Терещук підтримує ідею поділу підстав проведення процесуальних дій, у тому числі НСРД, на три групи: а) матеріально-правові – факт вчинення злочину відповідного ступеню тяжкості; б) процесуальні – наявність рішення відповідного суб'єкта кримінального провадження у формі процесуального документа; в) фактичні – 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 переховуються від органів розслідування [8].

А.А. Коваль до фактичних підстав відносить лише дві обставини: обмеження конституційних прав людини допустимо лише через неможливість отримати відомості про злочин та особу, яка його вчинила в інший спосіб; НСРД, які передбачені ст. 260-264 (у частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді), 267, 269-274 проводяться, якщо вчинений злочин є тяжкий чи особливо тяжкий. Юридичними підставами автор вважає рішення слідчого, прокурора, слідчого судді про проведення НСРД у межах їх компетенції в передбачених законом випадках [9].

На нашу думку, під час розв'язання цього питання необхідно враховувати специфіку слідчих дій, проведення яких вимагає попереднього дозволу слідчого судді. Річ у тім, що слідча дія – це комплекс взаємопов'язаних, послідовних операцій з визначення мети й прийняття тактичного рішення, підготовки й безпосереднього проведення слідчої дії, фіксації її результатів. Слідчий суддя не є суб'єктом даного виду діяльності, його функція обмежується перевіркою наявності підстав для проведення НСРД певної категорії. Тому нам здається корисним розрізнити підстави провадження НСРД і підстави ухвалення рішення про дозвіл на їх проведення.

Юридичними підставами такого рішення, на наш погляд, є сукупність сутнісних умов, з якими закон пов'язує можливість проведення НСРД. Ними є: 1) наявність події злочину відповідної тяжкості; 2) наявність обставин, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні злочину (якщо негласна слідча дія обмежує права конкретної особи); 3) наявність обставин, що вказують на неможливість отримання відомостей про злочин та особу, яка його вчинила, в інший спосіб; 4) наявність обставин, що свідчать про можливість досягнення мети НСРД – отримання доказів, які самостійно або в сукупності з іншими доказами можуть мати суттєве значення для з'ясування обставин злочину або встановлення осіб, які його вчинили.

Отже, юридичні підстави ухвалення рішення щодо НСРД – це передбачені законом умови, від наявності яких залежить позитивне вирішення уповноваженим суб'єктом цього питання. Залежно від виду НСРД постановою слідчого, прокурора або ухвалою слідчого судді є процесуальним актом, що фіксує наявність зазначених обставин (умов) і доповнює наведений перелік формально-правовою, документальною підставою, ордером на безпосереднє здійснення негласної слідчої (розшукової) дії.

Фактичними підставами для ухвалення рішення щодо проведення НСРД є отримані з належних процесуальних джерел відомості (фактичні дані, докази), які підтверджують наявність зазначених умов. Для підкріплення цього висновку варто використати певну аналогію та згадати, що за офіційним визначенням НСРД – це насамперед різновид слідчих (розшукових) дій (ч. 1 ст. 246 КПК), загальним правилом проведення яких можна вважати ч. 2 ст. 223 КПК, згідно з якою підставами для проведення слідчої (розшукової) дії є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення її мети. Тут необхідно зробити наголос на слові «відомості»: не обставини, не події, не факти, а саме відомості про факти, на підставі яких уповноважена

особа робить обгрунтоване припущення про наявність тих чи інших обставин у минулому, теперішньому та ймовірність настання бажаної події в майбутньому, є підставами для ухвалення процесуального рішення щодо проведення слідчої (розшукової) дії, в тому числі й негласної.

Водночас слід визнати, що поряд з відсутністю в законі чіткого формулювання підстав проведення негласних слідчих (розшукових) дій підхід законодавця до визначення предмета та меж доказування під час розгляду слідчим суддею клопотання слідчого (прокурора) про дозвіл на їх проведення, також не є бездоганим. Як зазначає О.І. Полухович, за буквального змістом ч. 3 ст. 248 КПК предметом доказування під час розгляду слідчим суддею відповідного клопотання слідчого (прокурора) є доведення факту вчинення злочину відповідної тяжкості та продуктивності використання НСРД як інструмента для отримання доказової інформації, а нормативним орієнтиром глибини дослідження суддею фактів та аргументів органів слідства є категорія «достатність підстав», яка має оцінювальний характер [10]. Однак сукупність елементів предмета доказування в даному провадженні зазначеними обставинами не вичерпується. За справедливим твердженням С.Р. Тагієва, за такої умови одним з важливих моментів є врахування слідчим суддею конституційного права особи на свободу від самовикриття, викриття членів її сім'ї чи близьких родичів у кримінальному процесі. Проведення НСРД як щодо конкретної особи за відсутності «підстав підозрювати особу у вчиненні злочину» (п. 5 ч. 2 ст. 248), так і щодо її рідних і членів сім'ї для отримання необхідних відомостей про злочин та особу неприпустиме. Йдеться про ті випадки, коли передбачається отримання інформації для викриття особи [11]. Відтак, думається, що до обставин, які підлягають доведенню під час розгляду слідчим суддею клопотання про надання дозволу на проведення НСРД необхідно віднести не тільки ті, що зазначені в ч. 3 ст. 248 КПК, але й ті, які слідчий (прокурор) за законом зобов'язаний навести в такому клопотанні. Слідчий суддя повинен відмовити в задоволенні клопотання у разі наявності можливостей для отримання відомостей про злочин та особу, яка його вчинила, в інший спосіб або (залежно від виду негласної слідчої дії) відсутності обставини, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні злочин.

У науці досі немає повної ясності щодо того, якого роду фактичні дані можуть бути покладені в основу проведення слідчої дії. З точки зору О.В. Капліної, відомості, що вказують на можливість досягнення мети слідчої дії, можуть бути отримані в процесі проведення інших слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, у процесі проведення оперативно-розшукових заходів до внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань, ревізій та перевірок, під час проведення інших процесуальних дій, передбачених КПК [12]. На наш погляд, у цьому питанні слід погодитися з професором С.А. Шейфером, на думку якого фактичні дані, як підстави проведення слідчих дій, повинні мати форму доказів. Дані ж оперативно-розшукового характеру через конфіденційність джерела перевірки не піддаються і тому допускають можливість різного їх тлумачення, через що у відриві від доказів підставами служити не можуть. Але вони можуть підкріпити наявні докази й, у всякому разі, не повинні суперечити їм, маючи факультативне значення у встановленні підстав проведення слідчих дій [13, с. 28-29]. Отже, непідтверджене процесуальними засобами доказування повідомлення (рапорт) співробітника оперативного підрозділу про відомості, отримані в результаті проведення оперативно-розшукових заходів (зокрема з конфіденційних джерел), не може бути покладено в основу такого рішення. Водночас підтвердження наведеної в ньому інформації в процесі подальшого розслідування не компенсує відсутності фактичних підстав для проведення НСРД на момент ухвалення відповідного рішення, яке за таких обставин має бути визнане необгрунтованим, а докази, отримані під час здійснення НСРД – недопустимими.

Висновки та перспективи. Підбиваючи підсумки, зазначимо, що фактичні та правові підстави є важливими елементами механізму правового регулювання негласних слідчих (роз-

шукових) дій, що визначає актуальність теоретичних досліджень, спрямованих на формування правильного уявлення про сутність умов, наявність яких уможливило б їх провадження й забезпечує можливість ефективного використання НСРД задля вирішення завдань кримінального провадження. Жодна негласна слідча (розшукова) дія не може бути проведена за відсутності певного кола, передбачених законом підстав, від наявності яких залежить законність та обґрунтованість рішення щодо провадження НСРД і, як наслідок, допустимість одержаних при цьому доказів. Відтак слідчий (прокурор) перед слідчим суддею, а державний обвинувач перед судом зобов'язані довести наявність сукупності правових і фактичних підстав для проведення негласних слідчих дій. Висновок суду щодо відсутності таких підстав на час розгляду слідчим суддею клопотання про надання дозволу на проведення НСРД має наслідком визнання отриманих при цьому доказів недопустимими. Висвітлення підходів до оцінки достатності цих підстав у наступній публікації.

Список використаних джерел:

1. Корнієнко М.В., Тертишник В.М. Доктринальні проблеми інституту негласних слідчих (розшукових) дій. *Міжнародний науковий журнал «Верховенство права»*. 2016. № 4. С. 62-68.
2. Колесник В.А. Проблемні питання проведення негласних слідчих (розшукових) дій та їх учасників. *Кримінальне провадження: новації процесуальної теорії та криміналістичної практики* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Сімферополь, 18-19 квітня 2013 р.) Сімферополь, 2013. С. 80-82.
3. Єськов С.В. Підстави для втручання у приватне спілкування. *Науковий вісник Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2014. № 1. С. 72-77.
4. Сергєєва Д.Б. Проблемні питання постановлення ухвали про проведення негласних слідчих (розшукових) дій. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»* 2014. № 1. С. 177-186.
5. Сергєєва Д.Б. Правові та фактичні підстави провадження негласних слідчих (розшукових) дій. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 4. С. 56-65.
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. Нескоромний Д.А. Негласні слідчі (розшукові) дії: юридичні та фактичні підстави їх проведення. *Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2015. № 2. С. 303-312.
8. Терещук С.С. Система негласних слідчих (розшукових) дій та процесуальні підстави їх проведення. *Право і безпека*. 2017. № 3 (66). С. 81-92.
9. Коваль А.А. Гарантії захисту конституційного права людини на приватність при проведенні окремих негласних слідчих (розшукових) дій. *Ольвійський форум – 2014 : стратегії країн Причорноморського регіону в геополітичному просторі* : міжнар. наук.-практ. конф. (Миколаїв, 4-7 червня 2014 р.). Миколаїв, 2014. С. 63-65.
10. Полюхович О.І. Проблемні питання судового розгляду клопотань про надання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. Вип. 1. Т. 2. 2016. С. 172-176.
11. Тагієв С. Процесуальні дії слідчого судді при наданні дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій. *Слово національної школи суддів України*. 2013. № 4 (5). С. 145-155.
12. Капліна О.В. Проблеми вдосконалення нормативного регулювання проведення слідчих (розшукових) дій. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 1. С. 40-48.
13. Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. Самара, 2004. 225 с.