



Писарчук Р. В.,
кандидат юридичних наук,
заступник начальника Львівського прикордонного
загону з оперативно-розшукової діяльності –
начальник головного оперативно-розшукового
відділу
ORCID ID: 0000–00001–8473–2644



Щербина Л. І.,
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник, головний науковий
співробітник науково-організаційного центру
Національної академії СБ України
ORCID ID: 0000–0002–1607–8174

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2020.3-4/32-42>

УДК 343.132; 342.7

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИКОРИСТАННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ, ЩО ПОВ'ЯЗАНІ З ВТРУЧАННЯМ У ПРИВАТНЕ СПІЛКУВАННЯ, В КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Анотація. Підстави, порядок та межі втручання уповноважених державних органів у приватне життя громадян завжди розглядалися як одна із актуальних наукових проблем, вирішення якої має надзвичайно важливе значення для правозастосовної діяльності. Застосування негласних методів збирання інформації, необхідної для кримінального судочинства, є усталеною практикою як вітчизняних, так і зарубіжних правоохоронних органів. Поступовий демократичний розвиток громадянського суспільства, визнання невідчужуваності й непо-рушності прав і свобод людини, усвідомлення, що вони належать людині за самою її приро-дою і відображення цього факту суспільною свідомістю створило передумови для того, що діяльність держави, її органів і службових осіб у сфері тимчасового обмеження прав і свобод

людини має жорстко регламентований характер, а використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій, що пов'язані з втручанням у приватне спілкування, в кримінальному судочинстві належним чином контролюється. Проте в окремих випадках використання таких результатів є ускладненим, що потребує вивчення цього проблемного питання та пошуку можливих шляхів його вирішення.

Мета статті полягає у виокремленні проблемних питань використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, в кримінальному судочинстві та пошуку, спираючись на теоретичні надбання вчених, що проводили наукові розвідки у цій сфері, шляхів їх можливого вирішення.

У результаті дослідження встановлено, що порівняно із загальною кількістю проведених негласних слідчих (розшукових) дій лише відносно незначна кількість результатів втручання у приватне спілкування використовується як докази в кримінальному провадженні. Серед основних причин цього – недоліки фіксації ходу і результатів негласних слідчих (розшукових) дій, порушення процесуальних строків їх передачі прокурору та недосконала процедура розсекречування матеріальних носіїв інформації.

Завдяки виокремленню типових порушень, які допускаються при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, та окремих недоліків правового регулювання цього питання запропоновано шляхи їх усунення. Зокрема, пропонується внести відповідні зміни і доповнення до ч. 1 ст. 246, ч. 3 ст. 252 КПК України та міжвідомчої Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів в кримінальному провадженні від 16 листопада 2012 р. № 1 14/1042/516/1199/936/1681/51.

Ключові слова: втручання у приватне спілкування, кримінальне судочинство, негласні слідчі (розшукові) дії, використання результатів, докази.

Постановка проблеми. Важливість питання використання результатів негласних методів збирання інформації, пов'язаних із втручанням у приватне спілкування, обумовлена його вагомістю для правозастосовної діяльності у сфері кримінального судочинства. При цьому, застосування таких методів під час досудового розслідування вимагає, з одного боку, нормативно визначеного кримінального процесуального інструментарію, а з іншого – його використання з максимальною ефективністю. Можливість застосування негласних методів розслідування та використання отриманих завдяки їм результатів у кримінальному судочинстві передбачена не лише у вітчизняному законодавстві, але й в окремих міжнародних правових актах. Зокрема, в Рекомендації № Rec (2005) 10 Комітету Міністрів Ради Європи «Про «особливі методи розслідування» тяжких злочинів, у тому числі терористичних актів» від 20 квітня 2005 р. державам-членам ЄС рекомендо-

вано удосконалити кримінальну політику та національне законодавство таким чином, щоб дозволити застосування негласних методів розслідування та зробити їх доступними для компетентних органів в тому обсязі, який необхідний у демократичному суспільстві для ефективного кримінального розслідування та переслідування.

В Україні зазначені методи розслідування застосовуються у формі негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД), які відповідно до ч. 2 ст. 246 КПК України¹ проводяться винятково у кримінальних провадженнях щодо тяжких або особливо тяжких злочинів, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб. Зважаючи на це, їх результати в кримінальному судочинстві використовуються максимально повно й ефективно, не обмежуючись лише доказуванням. Проте в окремих випадках використання таких результатів ускладнено і потребує вивчення цього питання та пошуку можли-

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.

вих шляхів його вирішення, що й актуалізувало проведення цього дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретико-правовим та практичним проблемам використання в кримінальному судочинстві результатів негласного розслідування присвячені роботи низки вчених. Вагомий науковий внесок у вирішення зазначеної проблематики зробили М.В. Багрій, О.А. Білічак, С.В. Єськов, В.А. Колесник, С.С. Кудінов, Ю.В. Лисюк, В.В. Луцик, Ю.О. Найдзон, А.В. Панова, А.Б. Паршутін, М.А. Погорецький, О.І. Полухович, О.М. Сало, Д.Б. Сергєєва, О.В. Соколов, Є.Д. Скулиш, О.С. Старенький, О.Ю. Татаров, А.М. Черняк, А.В. Шило, М.Є. Шумило та інші науковці, основні здобутки яких позитивно сприйняті науковою спільнотою, правозастосовною практикою та імplementовані до вітчизняного законодавства. Проте, зважаючи на багатогранність цього напрямку дослідження, науковими роботами згаданих та інших учених охоплено далеко не всі проблемні питання, а відтак використання в кримінальному судочинстві результатів втручання у приватне спілкування залишається недостатньо дослідженим, що становить перспективу для подальшого наукового пошуку.

Мета статті – виокремлення проблемних питань використання результатів НСРД, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, в кримінальному судочинстві та пошук, спираючись на теоретичні надбання вчених, що проводили наукові розвідки у цій сфері, шляхів їх можливого вирішення.

Виклад основного матеріалу. Розглядаючи питання використання в кримінальному судочинстві результатів НСРД, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, варто зазначити, що така практика має тривалу історію, яка характеризується досить різними, інколи полярними, підходами до цього питання залежно від історичного етапу розвитку держави і суспільства. Зокрема, за часів існування Союзу РСР, особливо після

прийняття КПК УРСР 1960 р., збирання доказів під час досудового розслідування здійснювалося лише з відкритих джерел, а в науковій літературі превалювала думка, що результати, наприклад, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (контроль телефонних розмов) не можуть використовуватися у доказуванні з огляду на те, що відомості про факт, форми і методи проведення таких оперативно-розшукових (оперативно-технічних) заходів (далі – ОРЗ, ОТЗ) становлять державну таємницю. Положення відомих нормативно-правових актів Комітету державної безпеки СРСР, який був єдиним в державі органом, уповноваженим проводити ОТЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, можливості розсекречування таких матеріалів не передбачали.

Використання в кримінальному судочинстві матеріалів ОТЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, мало винятковий, епізодичний характер, а досудове розслідування та судовий розгляд таких кримінальних проваджень здійснювався із дотриманням вимог щодо захисту державної таємниці.

На той час органи досудового розслідування та суд не мали можливості перевірити законність походження такого роду матеріалів, отриманих під час проведення відповідних ОТЗ, на предмет того, якою уповноваженою особою наданий дозвіл на їх здійснення, за потреби допитати осіб, що залучалися до їх проведення, тощо. Існуючі методики проведення фоноскопичної експертизи також були недосконалими, що в окремих випадках ускладнювало надання експертом відповіді на питання щодо аутентичності аудіозапису та відсутності в ньому ознак монтажу.

Сукупність означених недоліків виступала значною перешкодою на шляху використання результатів втручання у приватне спілкування в кримінальному судочинстві. Серед учених, які займалися цією проблематикою, домінувала дум-

ка, що уведення до процесуальних джерел доказів матеріалів ОТЗ, пов'язаних із втручанням у приватне спілкування, порушуватиме принцип безпосередності кримінального провадження, оскільки їх формування здійснюється не слідчим, а співробітниками оперативних (оперативно-технічних) підрозділів. Чи не єдиним шляхом використання таких матеріалів у кримінальному судочинстві виступала їх «легалізація», яка полягала в уведенні до кримінального провадження отриманих результатів із визначених кримінальним процесуальним законодавством процесуальних джерел доказів (показання, речові докази, документи, висновки експертів).

Правове регулювання та практика використання в кримінальному судочинстві результатів ОТЗ, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, які склалися в другій половині ХХ ст., фактично збереглися в Україні до 2001 р., ознаменованого запровадженням так званої «малої судової реформи» (2001–2004 рр.). Одним з її результатів стало уведення до КПК України норми щодо визнавання протоколів з відповідними додатками, складених за результатами проведення окремих ОРЗ (ОТЗ), самостійним джерелом доказів, та викладення ч. 2 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»¹ у редакції, згідно з якою передбачалося, що негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації проводяться за рішенням суду, прийнятим за поданням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника. Про отримання та-

кого дозволу суду або про відмову в ньому зазначені особи повідомляють прокурору протягом доби. Застосування цих заходів проводиться винятково з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час досудового розслідування, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо. За результатами здійснення зазначених ОРЗ складається протокол з відповідними додатками, який підлягає використанню як джерело доказів у кримінальному судочинстві.

Чинний на той час КПК України 1960 р. було доповнено ст.ст. 187, 187–1, нормами яких визначався порядок проведення у кримінальних провадженнях таких слідчих (розшукових) дій (далі – СРД), як зняття інформації з каналів зв'язку, накладення арешту на кореспонденцію, її огляд та виїмка. Законодавчі новели зазнали нищівної критики з боку науковців та фахівців-практиків, оскільки їх норми не передбачали вимог до форми та змісту протоколів оперативно-розшукової діяльності (далі – ОРД), порядку складання, передачі органам досудового розслідування та суду тощо². Цю прогалину в законодавстві дещо пізніше усунули завдяки постанові Кабінету Міністрів України від 26 вересня 2007 р. № 1169 «Про порядок отримання дозволу суду на здійснення заходів, які тимчасово обмежують права людини, та використання добутої інформації»³, що сприяло подальшому розвитку правового регулювання використання в кримінальному судочинстві матеріалів ОРД.

Завдяки вжитим заходам підвищилася ефективність розкриття та розслідування кримінальних правопорушень, особливо тих, що вчинялися в умовах неочевидності або організованими злочинними угрупованнями, а подальший розвиток правового регулювання у цій сфері

¹ Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18.02.1992 № 2135-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text>> дата звернення 21.10.2020.

² І. М. Козьяков, 'Проблеми теорії і практики застосування статей 187, 187–1 КПК України' (2003) 4 *Право України* 57–62.

³ Про порядок отримання дозволу суду на здійснення заходів, які тимчасово обмежують права людини, та використання добутої інформації: постанова КМ України від 26.09.2007 № 1169 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1169-2007-%D0%BF#Text>> 21.10.2020.

сформував передумови для «процесуалізації» ОРД й запровадження в КПК України 2012 р. інституту НСРД, частина дій якого віднесена до різновидів втручання у приватне спілкування.

Науково-методологічною основою цієї статті стали роботи вітчизняних правників, які досліджували проблематику втручання у приватне спілкування в кримінальному судочинстві, зокрема: О.В. Баганець, О.А. Білічак, О.В. Бобровник, М.Л. Грібов, А.В. Захарко, В.В. Комашко, Г.Р. Крет, О.В. Комарницька, Д.А. Нескоромний, М.А. Погорецький В.О. Прядко, Д.Б. Сергєєва, О.С. Старенький, О.С. Тарасенко, О.Ю. Татаров, О.М. Толочко, С.С. Чернявський, А.В. Шевчишен, А.І. Шило, В.Ю. Шепітько, Д.О. Шумейко¹ та інші науковці.

Так, у ч. 4 ст. 258 КПК України 2012 р. вперше у вітчизняному законодавстві визначено поняття «втручання у приватне спілкування», під яким розуміється доступ до змісту спілкування за умов, якщо учасники спілкування ма-

ють достатні підстави вважати, що воно є приватним. Різновидами такого втручання є: аудіо-, відеоконтроль особи; арешт, огляд та виїмка кореспонденції; зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; зняття інформації з електронних інформаційних систем. Процесуальні питання надання дозволу на проведення та порядку здійснення НСРД урегульовано в главі 21 КПК України (ст.ст. 246–275), організація їх проведення унормована на підзаконному рівні – Інструкцією про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженою наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1681/51 (далі – Інструкція 2012 р.)², та положеннями

¹ О Білічак, Прокурорський нагляд за законністю провадження негласних слідчих (розшукових) дій 5 (2014) *Юридичний вісник* 115–120; О А Білічак, Вчення про негласні слідчі (розшукові) дії: теоретико-правове дослідження: дис. ... д-ра. юрид. наук.: 12.00.09. К., 2015. 476; М Грібов, Прокурорський нагляд за виконанням допущень на проведення негласних слідчих (розшукових) дій при розслідуванні грабежів та розбоїв 1 (2015) *Вісник кримінального судочинства* 23–28; А Захарко, Повноваження прокурора щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій: недоліки регламентації 3 (2015) *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ* 242–248; Г Крет, Нагляд прокурора за додержанням законів під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій 3 (2015) *Прикарпатський юридичний вісник* 297–300; Д А Нескоромний, Організація і тактика проведення негласних слідчих (розшукових) дій (за матеріалами СБ України) автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». К. 2015. 20; М А Погорецький, Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні. 1 (2013) *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. Київ, 270–277; М Погорецький, Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності 1 (2016) *Вісник кримінального судочинства* 33–43; М А Погорецький., О С Старенький, Негласні слідчі (розшукові) дії як засоби отримання доказів: окремі проблемні питання 8 (2018) *Право України* 85–106; М А Погорецький, І О Сухачова, Негласні слідчі (розшукові) дії як засоби отримання доказів слідчим у кримінальних провадженнях про одержання неправомірної вигоди 71 (2019) *Збірник наукових праць Національної академії СБУ* 194–201; Д Б Сергєєва, Прокурорський нагляд за законністю використання у доказуванні фото-, аудіо, відеозаписів та інших носіїв інформації, отриманих в ході 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. 256–259; Д Б Сергєєва, Теоретичні, правові та праксеологічні засади використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному процесуальному доказуванні: дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.09. 2015. 530 с; С Р Тагієв, Теоретичні засади проведення негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному процесі України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Х., 2016. 36 с; В О Шерудило, Процесуальний порядок проведення негласних слідчих (розшукових) дій, пов'язаних з втручанням у приватне спілкування Процесуальний порядок проведення негласних слідчих (розшукових) дій, пов'язаних з втручанням у приватне спілкування. автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ, НАВС. 2018. 20.

² Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ

низки відомчих нормативно-правових актів, що мають гриф секретності або обмеження доступу.

Відповідно до ч. 1 ст. 252 України за результатами проведення НСРД складається протокол, до якого у разі необхідності долучаються додатки. Протоколи про проведення НСРД з додатками не пізніше ніж через 24 години з моменту їх припинення передаються прокурору. Згідно з положенням Інструкції 2012 р. клопотання про дозвіл на проведення НСРД, ухвала слідчого судді про дозвіл на її проведення, протокол про проведення таких дій та додатки до нього, які містять відомості про факт та методи їх проведення, 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. Засекречування таких матеріальних носіїв інформації (далі – МНІ) здійснюється слідчим, прокурором, співробітником уповноваженого оперативного підрозділу, слідчим суддею шляхом надання на підставі Зводу відомостей, що становлять державну таємницю (Розгорнутих переліків відомостей, що становлять державну таємницю), відповідному документу грифа секретності (п.п. 5.1, 5.2 Інструкції 2012 р.).

Після завершення проведення НСРД грифи секретності МНІ щодо їх проведення підлягають розсекреченню на підставі рішення прокурора, який здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням у конкретному кримінальному провадженні, з урахуванням його обставин та необхідності використання цих матеріалів як доказів після проведення таких дій, у випадку, якщо розголошення цих відомостей не завдасть шкоди національній безпеці України. Розсекречені МНІ щодо проведення НСРД знімаються з обліку в режимно-секретному органі та долучаються до ма-

теріалів кримінального провадження у встановленому КПК України порядку.

Спектр використання результатів НСРД, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, досить широкий. Вони можуть бути основою для прийняття відповідних процесуальних рішень, застосування заходів забезпечення кримінального провадження, запобіжних заходів, проведення СРД або інших НСРД, наприклад, тимчасового доступу до речей і документів (ст. 159 КПК України), накладення арешту на майно (ст. 170 КПК України), проведення обшуку (ст. 234 КПК України), огляду (ст. 237 КПК України), встановлення місцезнаходження осіб, що перебувають у розшуку, та проведення їх затримання тощо. Проте основною метою їх здійснення є отримання відомостей про тяжкий або особливо тяжкий злочин та особу, яка його вчинила, або інакше – отримання фактичних даних, на підставі яких можна встановити наявність чи відсутності фактів і обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню.

Результати аналізу правозастосовної діяльності у цій сфері свідчать про наявність окремих проблемних питань, зокрема порівняно із загальною кількістю проведених НСРД, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, лише відносно незначна кількість їх результатів використовується як докази в кримінальному провадженні. З одного боку, це зумовлено тим, що під час проведення таких дій очікувані результати не завжди здобуваються, а отримані відомості, які прокурор не визнає необхідними для подальшого проведення досудового розслідування, невідкладно знищуються на підставі його рішення (ч. 1 ст. 255 КПК України). З іншого – частина відомостей, які передаються для використання в кримінальних провадженнях, не визнаються доказами. Серед основних причин цього – недоліки фіксації ходу і результатів

України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1681/51 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12#Text>> дата звернення 21.10.2020.

НСРД, порушення процесуальних строків їх передачі прокурору та недосконала процедура розсекречування МНІ.

Так, відповідно до ч. 3 ст. 252 КПК України протоколи про проведення НСРД з додатками не пізніше ніж через 24 години з моменту припинення зазначених дій передаються прокурору. У свою чергу, в п. 4.3 Інструкції 2012 р. унормовано, що протокол про результати проведеної НСРД з додатками не пізніше 24 годин після його складання передається прокурору, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва. Порівняння наведених правових норм свідчить про їх колізію, неузгодженість. Згідно з роз'ясненням Міністерства юстиції України (лист від 26 грудня 2008 р. № 758-0-2-08-19 «Щодо практики застосування норм права у випадку колізії») у разі існування суперечності між актами, прийнятими різними за місцем в ієрархічній структурі органами – вищим та нижчим, застосовується акт, прийнятий вищим органом, як такий, що має більшу юридичну силу, тобто в цьому випадку необхідно керуватися нормою ч. 3 ст. 252 КПК України. Проте протягом терміну проведення НСРД може бути складено кілька протоколів, наприклад, при арешті, огляді та виїмці кореспонденції (ч. 4 ст. 262 КПК України). У зв'язку з цим постає питання щодо моменту їх передачі прокурору – після складання протоколу чи закінчення проведення зазначеної дії? Зважаючи на зазначене, редакційного уточнення потребує як норма ст. 252 КПК України, так і відповідні положення Інструкції 2012 р.

Якщо протокол складений пізніше визначеного законом терміну, то виникає закономірне питання, чи були дотриманими строки проведення НСРД і, як наслідок, чи є вони допустимими доказами? Іноді такі процесуальні документи підписуються не уповноваженими особами, наприклад, протоколи зняття інформації з транспортних телекомуні-

каційних мереж (ст. 263 КПК України) – співробітниками оперативно-технічних підрозділів, незважаючи на те, що проведення цієї дії доручалося слідчим, прокурором іншому оперативному підрозділу. В окремих випадках мають місце розбіжності в змісті протоколу про проведення НСРД, пов'язаної із втручанням у приватне спілкування, із відомостями, зафіксованими на МНІ, що виступає його додатком. Викладене свідчить про необхідність дотримання визначеної законом процесуальної форми фіксації ходу і результатів таких НСРД, що є передумовою їх подальшого використання в кримінальному судочинстві.

Відповідно до п. 5.26 Інструкції 2012 р. МНІ, що містять відомості, отримані в результаті проведення НСРД, мають бути розсекречені в максимально стислий строк, але не більше 10 діб з моменту отримання клопотання прокурора. Проте розсекречені матеріали інколи надходять наприкінці досудового розслідування, коли у слідчого вже немає можливості використати здобуті результати в кримінальному провадженні, наприклад, допитати підозрюваного щодо фактів і обставин, викладених у протоколі НСРД та долучених до нього додатках, або провести інші СРД, отримані результати яких посилили б зібрані докази.

Згідно з ч. 2 ст. 258 КПК України НСРД, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, здійснюються відповідно до ухвали слідчого судді про надання дозволу на її проведення, яка має гриф секретності. У кримінальних провадженнях, де проводяться такі НСРД, стороною захисту інколи заявляються клопотання щодо ознайомлення з підставами їх здійснення та відповідною ухвалою слідчого судді щодо надання дозволу на проведення. Проте положенням Інструкції 2012 р. визначена процедура розсекречування МНІ щодо проведення НСРД (протоколи з додатками), а не ухвали слідчого судді, що використовується стороною захисту з метою визнати окремі докази недопустимими (ст. 87 КПК України).

У контексті викладеного зазначимо, що відповідно до ч. 1 ст. 87 КПК України недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав і свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій унаслідок істотного порушення прав та свобод людини. Згідно з п. 1 ч. 2 цієї ж статті до істотних порушень прав людини і основоположних свобод відноситься здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов. За наведених обставин виникають запитання: як діяти, коли сторона обвинувачення не має у своєму розпорядженні дозвільних документів на проведення НСРД й не може їх мати взагалі або отримати своєчасно? чи можна говорити про те, що відповідні протоколи з додатками також автоматично стають недопустимими доказами в провадженні?

Велика Палата Верховного Суду в своїх постановках від 16 січня 2019 р. у справі № 751/7557/15-к¹ та від 16 жовтня 2019 р. у справі № 640/6847/15-к² звернула увагу на такі факти і констатувала, що згідно з національним законодавством, а також прецедентною практикою Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) можуть виникати ситуації, коли протоколи НСРД відкриті для сторони захисту, а дозвільні документи на їх проведення не відкриті та не можуть бути розсекречені з об'єктивних підстав за рішенням уповноваженого на це суб'єкта (комісії) до передання провадження до суду, а тому можуть бути розкриті пізніше.

Також Велика Палата Верховного Суду звернула увагу на те, що процесуальні документи про надання дозволу

на проведення НСРД (ухвала слідчого судді) не є самостійним доказом. Відповідно до ст. 84 КПК України доказами є фактичні дані, отримані в передбаченому цим Кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя й суд установлюють наявність чи відсутність фактів і обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню, а процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів.

Процесуальні ж документи, які стали підставою для проведення НСРД, не є документами в розумінні ч. 2 ст. 99 КПК України, оскільки не містять зафіксованих і зібраних оперативними підрозділами фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб або групи осіб. Отже, процесуальні документи про дозвіл на проведення НСРД, у тому числі й відповідна ухвала слідчого судді, повинні досліджуватися під час розгляду справи в суді з метою оцінки допустимості доказів, здобутих у результаті цих дій. Тому Велика Палата Верховного Суду в постанові від 16 жовтня 2019 р. у справі № 640/6847/15-к вказала на те, що суди не можуть автоматично виключати такі протоколи НСРД лише з підстав, що немає дозвільних документів на їх проведення в матеріалах провадження, не з'ясувавши спочатку причини їх відсутності. Натомість суди мають детально вивчати обставини, за яких такі дозвільні документи не були розкриті стороні захисту на етапі завершення розслідування.

Також, як справедливо зазначає Н.О. Антонюк³, у правозастосовній діяльності можливі випадки, коли уповноваженим органом у розсекречуванні МНІ, які стосуються конкретної НСРД, може відмовлятися з підстав, що розголошення цих відомостей завдасть шкоди національній безпеці України або іншим охоронюваним законом інтересам. На під-

¹ Справа № 751/7557/15-к, провадження № 13–37к18: постанова Великої Палати Верховного Суду від 16.01.2019 <<https://verdictum.ligazakon.net/document/79298340>> дата звернення 21.10.2020.

² Справа № 640/6847/15-к, провадження № 13–43к19: постанова Великої Палати Верховного Суду від 16.10.2019 <<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/85174578>> дата звернення 21.10.2020.

³ Н. Антонюк, 'Висновки ВС щодо відкриття матеріалів НС(Р)Д у порядку ст. 290 КПК' (2020) 21.03–03.04 За-

твердження викладеного вчена наводить правову позицію ЄСПЛ, згідно з якою в окремих випадках частина доказів може не розкриватися стороні захисту, зважаючи на необхідність захисту важливих суспільних інтересів або забезпечення прав інших осіб, чие життя, свобода або безпека можуть бути поставлені під загрозу. Проте, зокрема, йдеться у рішеннях ЄСПЛ у справах «Leas v. Estonia» від 06 березня 2012 р. (п. 78), «Якуба проти України» від 12 лютого 2019 р. (п. 44), «Doorson v. the Netherlands» від 26 березня 1996 р. (п. 70) та свідчить про те, що право на розкриття усіх доказів не є абсолютним.

Заслуговує на увагу аргументована позиція М.А. Погорецького та І.О. Сухачової¹, котрі вважають необхідним позбавитися існуючого ще з радянських часів підходу до діяльності державних органів, уповноважених проводити досудове розслідування та ОРД, згідно з яким відомості про факт і методи проведення окремих дій і заходів, спрямовані на виявлення, розкриття та розслідування кримінальних правопорушень, відносяться до державної таємниці. Слушною також видається висловлена ними пропозиція, яка поділяється авторами цієї статті, щодо віднесення відомостей про факт і методи проведення НСРД до таємниці слідства, а відтак посилення відповідальності за розголошення цих даних. На нашу думку, її реалізація спроможна вирішити низку проблемних питань у сфері проведення і використання результатів НСРД, а відповідальність за розголошення даних досудового розслідування та відомостей про факт і методи проведення згаданих дій доцільно розмежувати, передбачивши в останньому випадку санкцію як за розголошення державної таємниці.

Висновки. У результаті проведеного дослідження з'ясовано, що до проблем-

них питань використання в кримінальному судочинстві результатів НСРД, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, відносяться недоліки фіксації їх ходу і результатів, порушення процесуальних строків передачі прокурору МНІ та недосконала процедура розсекречування цих матеріалів. З метою усунення цих недоліків пропонується наступне:

Ч. 1 ст. 246 КПК України викласти у такій редакції: «1. Негласні слідчі (розшукові) дії – це різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом. Відповідальність за їх розголошення передбачена Кримінальним кодексом України».

Ч. 3 ст. 252 КПК України доповнити реченням: «Коли такий протокол складається до припинення негласних слідчих (розшукових) дій, він передається прокурору не пізніше 24 годин після його складання».

Привести Звід відомостей, що становлять державну таємницю, затверджений наказом Центрального управління Служби безпеки України від 23 грудня 2020 р. № 383, Інструкцію 2012 р. та інші нормативно-правові акти у відповідність до запропонованих змін щодо віднесення відомостей про факт і методи проведення НСРД до таємниці слідства, а не до державної таємниці.

Ст. 387 КК України «Розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування» доповнити ч.ч. 4, 5, які викласти у такій редакції: «4. Розголошення відомостей про факт та методи проведення негласних слідчих (розшукових) дій, за винятком випадків, передбачених КПК України, –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням

кон і бізнес <https://zib.com.ua/ua/141951-praktika_vs_schodo_vidkrittya_materialiv_nsrd_v_poryadku_st2.html> дата звернення 21.10.2020.

¹ М.А. Погорецький, І.О. Сухачова, Негласні слідчі (розшукові) дії як засоби отримання доказів слідчим у кримінальних провадженнях про одержання неправомірної вигоди (2019) 71 *Збірник наукових праць Національної академії СБУ* 194–201; М.А. Погорецький, І.О. Сухачова, 'Застосування негласних слідчих (розшукових) дій при розслідування корупційних злочинів: окремі проблемні питання' (2020) 78 *Науковий вісник Національної академії СБ України* 133.

права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

5. Дія, передбачена частиною четвертою цієї статті, якщо вона спричинила тяжкі наслідки, –

карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років».

Викладені наукові погляди на проблемні питання використання результатів НСРД, що пов'язані із втручанням у приватне спілкування, в кримінальному судочинстві мають переважно теоретичних характер, зважаючи на що подальші наукові розвідки у цьому напрямі продовжують залишатися перспективними.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

1. Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy [Criminal Procedural Code of Ukraine: Law of Ukraine] vid 13.04.2012 № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>> data zvernennia 21.10.2020 [in Ukrainian].
2. Kryminalnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy [Criminal Code of Ukraine Law of Ukraine] vid 05.04.2001 № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>> data zvernennia 21.10.2020 [in Ukrainian].
3. Pro operativno-rozshukovu diialnist: Zakon Ukrainy [Law of Ukraine «On Operative and Searching Activity»] vid 18.02.1992 № 2135-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text>> data zvernennia 21.10.2020 [in Ukrainian].

STATUTES

4. On the procedure for obtaining a court permit for the implementation of measures that temporarily restrict human rights and use of extracted information: resolution KM Ukrainy vid 26.09.2007 № 1169 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1169-2007-%D0%BF#Text>> data zvernennia 21.10.2020 [in Ukrainian].
5. Instruction on the organization of covert investigate (search) actions and the use of their results in criminal proceedings: order of Prosecutor General's Office of Ukraine, Ministry of Internal Affairs of Ukraine, the Security Service of Ukraine, Administration of the State Tax Service of Ukraine, the Ministry of Finance of Ukraine, the Ministry of Justice of Ukraine vid 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1681/51 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12#Text>> data zvernennia 21.10.2020 [in Ukrainian].

CASES

6. Cases № 751/7557/15-к, proceedings № 13-37к18: decision of the Grand Chamber of the Supreme Court vid 16.01.2019 <<https://verdictum.ligazakon.net/document/79298340>> data zvernennia 21.10.2020 [in Ukrainian].
7. Cases № 640/6847/15-к, proceedings № 13-43к19: decision of the Grand Chamber of the Supreme Court vid 16.10.2019 <<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/85174578>> data zvernennia 21.10.2020 [in Ukrainian]. –

BIBLIOGRAPHY

JOURNAL ARTICLES

8. Pohoretskyi M, Sukhachova I The use of covert investigate (search) actions in the investigation of the corruption crimes: some problematic issues (2020) 78 *Scientific Bulletin of the National Academy of Security Service of Ukraine* 128–135 [in Ukrainian].
9. Kozyakov I, Problems of the theory and practice application of articles 187, 187–1 CPC Ukrainy (2003) 4 *Pravo Ukrainy* 57–62 [in Ukrainian].

NEWSPAPER ARTICLES

10. Antonyuk N, Conclusions of the Supreme Court regarding the opening of the materials of covert investigate (search) actions in the order of st. 290 KPK (2020) 21.03–03.04. *Law and business* <https://zib.com.ua/ua/141951-praktika_vs_schodo_vidkrittya_materialiv_nsr_d_v_poryadku_st2.html> data zvernennia 21.10.2020 [in Ukrainian].

Pysarchuk R.,
Candidate of Juridical Sciences (Ph.D),
Deputy Chief of Lviv border detachment
of operation search activity – Chief of the
general operational search activity department
ORCID ID: 0000-00001-8473-2644

Shcherbyna L.,
Candidate of Juridical Sciences (Ph.D),
Senior Research Officer
Principal Research Scientist of scientific
laboratory № 1 scientific and organizational
center National Academy of Security Service
of Ukraine
ORCID ID: 0000-0002-1607-8174

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2020.3-4/32-42>

PROBLEMATIC ISSUES OF USING THE RESULTS OF COVER INVESTIGATE (SEARCH) ACTIONS RELATED, TO PRIVATE COMMUNICATION INTERVENTIONAL, IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Annotation. Grounds, order and limits of interventional from the authorized public organs, in private life of citizens were always examined as one of scientific issues of the day, the decision of that has an extraordinarily important value for law enforcement activities. The use of covert methods of gathering information necessary for criminal proceedings is a well-established practice of both domestic and foreign law enforcement agencies. Gradual democratic development of civil society, the recognition of the inalienability and inviolability of human rights and freedoms, the realization that they belong to the man by nature and the reflection of this fact in the public consciousness created the preconditions for the state, its bodies and officials to temporarily restricts rights and human freedoms are strictly regulated, and the use of the results of interference with private communication in criminal proceedings is properly monitored. However, in some cases the use of such results is complicated, which requires the study of this problem and the search for possible solutions.

The main purpose of the article is to highlight the problematic issues of using the results of interference in private communication in criminal proceedings and search, based on the theoretical achievements of scientists who conducted scientific research in this area, ways to solve them.

The study found that compared to the total number of covert investigative (search) actions, only a relatively low number of results of interference in private communication are used as evidence in criminal proceedings. Among the main reasons for this are the shortcomings of fixing the progress and results of covert investigative (search) actions, violation of the procedural deadlines for their transfer to the prosecutor and the imperfect procedure for declassification material media.

Due to the selection of typical violations that are allowed during covert investigative (search) actions that related to interference in private communications and some shortcomings of the legal regulation of this issue, ways to eliminate them have been proposed. In particular, it is proposed to make appropriate changes and additions to part 1 of Art. 246, part 3 of Art. 252 of the CPC of Ukraine and the interdepartmental Instruction about the organization of covert investigative (search) actions and the use of their results in criminal proceeding of November 16, 2012 № 114/1042/516/1199/936/1681/51.

Keywords: interference in private communication, criminal proceedings, covert investigate (search) actions, use of results, evidence.