

**Туманянц Ануш Робертівна**  
доцент кафедри кримінального процесу  
НЮУ ім. Я. Мудрого, кандидат  
юридичних наук, доцент

## **ГАРАНТІЇ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАКОННОСТІ ТА ОБГРУНТОВАНOSTІ ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ**

Однією з фундаментальних категорій науки кримінального процесу традиційно вважаються кримінальні процесуальні гарантії, які прийнято розглядати як елемент кримінальної процесуальної форми поряд із закріпленими законом юридичними процедурами та умовами [1, с. 16]. Системний аналіз вітчизняного кримінального процесуального законодавства, а також правових позицій, викладених в рішеннях національних судів та Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), дає підстави виокремити гарантії, що забезпечують законність та обґрунтованість проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НС(Р)Д. До них, зокрема, належать вимоги стосовно: (а) наявності підстав для їх проведення; (б) кола суб'єктів, уповноважених на їх проведення; (в) тимчасового характеру їх проведення.

Аналізуючи вимоги щодо наявності підстав проведення НС(Р)Д, слід звернутися до ст. 246 КПК, виходячи з нормативного змісту якої проведення НС(Р)Д є законним за наявності фактичної, матеріальної та юри-

дичної підстави. Так, фактичну підставу закріплено в першому реченні частини 2 вказаної норми, і вона полягає в тому, що проведення цього різновиду слідчих (розшукових) дій допускається лише в тих випадках, коли відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб, окрім як шляхом проведення НС(Р)Д. Вказаний нормативний припис засвідчує винятковий характер цього способу збирання та перевірки доказів у кримінальному провадженні. Ця вимога знаходить свій прояв і в наступних нормах кодексу. Зокрема, ч. 2 ст. 248 КПК, якою врегульовано перелік відомостей, що обов'язково мають бути зазначені в клопотанні про дозвіл на проведення НС(Р)Д, зобов'язує слідчого, прокурора, які звертаються до слідчого судді з відповідним клопотанням, навести обґрунтування неможливості отримання відомостей про злочин та особу, яка його вчинила, в інший спосіб (п. 7 ч. 2 ст. 248 КПК). Окрім того, згідно з пунктом 2 частини 3 цієї ж статті, слідчий суддя уповноважений надати дозвіл на проведення НС(Р)Д лише за умови, коли слідчий, прокурор зміг довести, що під час її проведення 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.

ЄСПЛ у своїх окремих рішеннях також підкреслює винятковість застосування таємного спостереження, що є різновидом негласної процесуальної діяльності, додатково роблячи акцент на обов'язку органів розслідування, прокуратури та суддів не лише вказати на неможливість встановити певні відомості в інший спосіб, але й підтвердити це належним обґрунтуванням. Зокрема, в рішенні «Матановіч проти Хорватії» від 4 квітня 2017р., ЄСПЛ зазначив, що «в цій справі, як і в справі Драгоевіч, рішення слідчого судді про застосування таємних заходів спостереження, стосувалися заяви про використання таємного спостереження компетентною державною прокуратурою і вказували встановлену законом вислови «розслідування не могло проводитися за допомогою інших засобів або це було б надзвичайно складно». Проте вони не надавали відповідного обґрунтування щодо особливих обставин справи, а також, зокрема, чому слідство не могло бути проведене за допомогою інших менш суворих (інтрузивних) засобів. Суд встановив у справі Драгоевіч, що відсутність обґрунтування в рішенні слідчого судді, разом з обходом національними судами цієї відсутності обґрунтування за допомогою ретроспективного обґрунтування використання таємного спостереження, суперечило відповідному національному законодавству і тому не забезпечувало на практиці належні гарантії проти різних можливих зловживань» (п. 113–114).

Крім того, у рішенні у справі «Михайлюк та Петров проти України» від 15.01.2010 р. ЄСПЛ підкреслив, що вираз «згідно із законом» насамперед вимагає, щоб оскаржуване втручання мало певну підставу в національному законодавстві; він також стосується якості відповідного законодавства і вимагає, щоб воно було доступне відповідній особі, яка, крім того, повинна передбачати його наслідки для себе, а також це законодавство повинно відповідати принципу верховенства права (п. 25 вказаного рішення).

Ч. 2 ст. 246 КПК (зокрема, її друге речення) встановлює матеріальну підставу для проведення НС(Р)Д – можливість проведення переважної більшості цього різновиду слідчих (розшукових) дій лише у кримінальному провадженні щодо тяжких та особливо тяжких злочинів. Винятки з цього правила стосуються лише окремих НС(Р)Д, зокрема установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу, а також зняття інформації з електронних інформаційних систем або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем або не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту.

У контексті розгляду матеріальної підстави проведення НС(Р)Д доцільно, на наш погляд, звернути увагу на проблематику можливості визнання як докази результати проведених НС(Р)Д у кримінальних провадженнях щодо злочинів невеликої та середньої тяжкості, коли першочергово вказані провадження були зареєстровані за фактом вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину.

У цьому аспекті цілком аргументованим видається висновок А. В. Панової, на думку якої, якщо на момент проведення НС(Р)Д існували достатні підстави для обґрунтованого припущення щодо вчинення особою діяння, яке кваліфікується відповідно до закону про кримінальну відповідальність як тяжкий або особливо тяжкий злочин, а при проведенні подальшого досудового розслідування кваліфікацію було змінено на таку, що передбачає відповідальність за злочин середньої тяжкості, то фактичні дані, отримані в результаті проведення НС(Р)Д, можуть бути доказами в даному кримінальному провадженні. Якщо ж на момент проведення НС(Р)Д вказані достатні підстави для кваліфікації діяння як тяжкого чи особливо тяжкого злочину не існували (тобто, кваліфікація була помилковою або свідомо «завищеною»), отримані в їх результаті фактичні дані не можуть бути визнані доказами [2, с. 160].

Підтвердження вказаного теоретичного умовиводу може бути проілюстровано шляхом звернення до аналізу правозастосовної практики в цьому напрямку. Так, наприклад, у вироку Ковпаківського районного суду м. Суми від 31.05.2018 р., судом було констатовано, що з метою забез-

печення можливості проведення НС(Р)Д було штучно завищено кваліфікацію інкримінованого діяння на ч. 3 ст. 368 КК України при пред'явленні підозри. Після проведення НС(Р)Д підозра була змінена на ч. 1 ст. 368 КК України. Як зазначив суд у своєму рішенні, для слідства було очевидним, що правильною є кваліфікація за ч. 1 ст. 368 КК України, а тому штучне завищення інкримінованої статті за тяжкістю з метою використання негласних слідчих дій є незаконним і суперечить вимогам ст. 3 Конституції України та принципу справедливості. У зв'язку з цим, на думку суду, всі негласні слідчі дії були незаконними, а одержані фактичні дані недопустимими.

Переходячи до характеристики вимог щодо кола суб'єктів, уповноважених на проведення НС(Р)Д, відзначимо, що згідно з ч. 6 ст. 246 КПК проводити вказані дії має право слідчий, який здійснює досудове розслідування злочину, або за його дорученням – відповідні уповноважені оперативні підрозділи. У цьому контексті доцільно зауважити, що серед окремих науковців та практиків присутнє суперечливе ставлення до наділення слідчого правом безпосереднього проведення НС(Р)Д. Так, наприклад, на думку А. П. Глушка та І. В. Строкова, розширення можливостей слідчого завдяки об'єднанню слідчої і розшукової діяльності та запровадження нових засобів збирання ним доказів шляхом проведення НС(Р)Д забезпечує досягнення позитивних результатів [3, с. 140–145]. Водночас, С. С. Кирпа опонує вказаній позиції, акцентуючи увагу на тому, що наділення слідчого цим правом може призвести до руйнації сутності кримінальної процесуальної діяльності, яка є гарантією захисту прав та законних інтересів учасників кримінального процесу, адже слідчому надано право виконувати невластиву йому функцію суб'єкта оперативно-розшукової діяльності [4, с. 219]. На нашу думку, хоча через специфіку окремих НС(Р)Д досить складно уявити, що слідчий безпосередньо може їх провести, разом з тим такі НС(Р)Д, як, наприклад, контроль за вчиненням злочину, огляд і виїмка кореспонденції тощо, можуть бути, за певних обставин, проведені, зокрема, і самим слідчим. Тому, зважаючи на те, що в КПК не є можливим та, загалом, і доцільним, передбачити усі можливі ситуації, на нашу думку, нормативне положення, закріплене в ч. 6 ст. 246 КПК, у чинній редакції видається логічним та обґрунтованим.

У контексті розгляду наступної вимоги – тимчасового характеру проведення НС(Р)Д – доцільно зазначити, що КПК диференціює початковий та максимальний строк проведення окремих НС(Р)Д залежно від суб'єкта, який їх санкціонує. Звертаючись до правових позицій ЄСПЛ з цього аспекту, відзначимо, що на його думку надання правової дискреції органам

виконавчої влади у вигляді необмежених повноважень було б несумісним з принципом верховенства права. Отже, закон має з достатньою чіткістю визначати межі такої дискреції, наданої компетентним органам, і порядок її здійснення, з урахуванням законної мети даного заходу, щоб забезпечити особі належний захист від свавільного втручання. У тому разі ж, коли закон не містить вказівки, зокрема, і щодо строків обмеження прав особи, ЄСПЛ констатує неналежну «якість» подібних правових положень (п. 49, 51 рішення у справі «Волохи проти України» від 02.11.2006 р.).

#### **Використані джерела:**

1. Трофименко В. М. Теоретичні та правові основи диференціації процесуальної форми у кримінальному судочинстві: монографія. Харків: ТОВ «Оберіг», 2016. 304 с.
2. Панова А. В. Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні: монографія. Харків: Право, 2017. 256 с.
3. Глушко А. П., Строков І. В. Негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні: проблемні питання проведення. *Право і суспільство*. 2013. № 3/2013. С. 140–145.
4. Кирпа С. С. Проведення слідчим негласних (розшукових) дій. *Право і суспільство*. 2013. № 2/2013. С. 216–221.