

РОЗДІЛ 9. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.1

DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2024.82.3.8>

ПРОБЛЕМИ НЕДОСКОНАЛОСТІ ПОНЯТІЙНОГО АПАРАТУ, СИСТЕМИ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ, ВИЗНАЧЕННЯ ЇХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ФОРМ

Бабіков О.,
*керуючий партнер АО «DEFENSORES»,
кандидат юридичних наук,
професор кафедри кримінального права та процесу
Київського авіаційного університету.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4003-5198>
e-mail: babikov672@gmail.com*

Бабіков О. Проблеми недосконалості понятійного апарату, системи негласних слідчих (розшукових) дій, визначення їх процесуальних форм.

Статтю присвячено дослідженню проблем недосконалості понятійного апарату системи негласних слідчих (розшукових) дій, визначення їх процесуальних форм. Підкреслено невдалий підхід законодавця до визначення системи негласних слідчих (розшукових) дій у Кримінальному процесуальному кодексі України, що передбачає їх розмежування на ті, що пов'язані з втручанням у приватне спілкування та інші, неоднозначність формулювань та відсутність чітких критеріїв таких понять як: «факт проведення негласних слідчих (розшукових) дій», «метод негласних слідчих (розшукових) дій»; «винятковість» – неможливості отримати відомості у інший спосіб; «інша особа», яка може залучатися до проведення негласних слідчих (розшукових) дій; «обставини, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні кримінального правопорушення» як правова та фактична підстава для обмеження прав і свобод людини при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій; «результати негласних слідчих (розшукових) дій» в контексті повідомлення особи, щодо якої вона проводилася; зміст поняття «приватне» та «приватне спілкування» та багато інших. Вказано на те, що недосконалість понятійного апарату ускладнює розуміння певних заходів негласного одержання та фіксації інформації як однієї або декілька процесуальних дій, що пов'язані між собою, проте є різними за змістом, порядком проведення та особливостями фіксації. Автором зокрема запропоновано шляхи вирішення цієї проблеми шляхом внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України, так і шляхом конкретизації їх змісту в Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, для визначення та конкретизації меж допустимого втручання в приватне життя, що може дозволити собі сучасна демократична правова держава.

Ключові слова: понятійний апарат, Кримінальний процесуальний кодекс України, негласні слідчі (розшукові) дії, процесуальні форми, методи НС(Р)Д.

Babikov O. Problems of the imperfection of the conceptual apparatus, the system of covert investigative (search) actions, the determination of their procedural forms.

The article is devoted to the study of the problems of imperfection of the conceptual apparatus of the system of covert investigative (detective) actions, the definition of their procedural forms. The unsuccessful approach of the legislator to the definition of the system of covert investigative (search) actions in the Criminal Procedure Code of Ukraine, which provides for their delineation into those related

to interference in private communication and others, the ambiguity of wording and the absence of clear criteria for such concepts as: “fact” conducting covert investigative (search) actions”, “method of covert investigative (search) actions”; “exceptionality” – the impossibility of obtaining information in another way; “another person” who can be involved in secret investigative (search) actions; “circumstances that give reason to suspect a person of committing a criminal offense” as a legal and factual basis for restricting human rights and freedoms when conducting secret investigative (search) actions; “results of secret investigative (search) actions” in the context of the notification of the person in respect of whom it was conducted; the meaning of the concept of “private” and “private communication” and many others. It is pointed out that the imperfection of the conceptual apparatus makes it difficult to understand certain measures of tacitly obtaining and recording information as one or more procedural actions that are related to each other, but differ in content, procedure and features of recording. In particular, the author proposed ways to solve this problem by making changes to the Criminal Procedure Code of Ukraine, as well as by specifying their content in the Instructions on the organization of secret investigative (search) actions and the use of their results in criminal proceedings, to determine and specify the limits of permissible interference in private a life that a modern democratic legal state can afford.

Key words: conceptual framework, Criminal Procedure Code of Ukraine, covert investigative (detective) actions, procedural forms, methods of covert investigative (detective) actions.

Постановка проблеми. Понятійний апарат, як розвинута система категорій і понять, що визначають предмет правового регулювання негласних слідчих (розшукових) дій та обов’язковий атрибут і інструмент пізнання, є надзвичайно важливим для наукової та правозастосовної діяльності [1]. Якість понятійного апарату, що передбачає формалізацію знань, з визначенням найбільш суттєвих рис та властивостей, відмежування їх від другорядних, виявлення та встановлення закономірностей розвитку, алгоритму, встановленні істотних спільних ознак є визначальним для реалізації однієї з фундаментальних конституційних вимог, що є важливою умовою існування правової держави, визначену ст. 24 Конституції України – рівність громадян перед законом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження понятійного апарату, системи НС(Р)Д, їх процесуальних форм відображено в роботах багатьох вітчизняних вчених, зокрема Капліної О.В., Нора В., Шило О.Г. та інших.

Метою дослідження є визначення предмету правового регулювання негласних форм одержання інформації, їх правових атрибутів, аналіз підходів щодо систематизації НС(Р)Д, їх процесуальних форм, виокремлення проблемних питань та розроблення пропозицій до вдосконалення понятійного апарату, системи негласних слідчих дій, їх процесуальних форм.

Виклад основного матеріалу. Досконалий понятійний апарат, як ієрархічно організована, цілісна і відносно самостійна інформаційна система, що включає в себе логічно взаємопов’язані і структурно упорядковані поняття, категорії, терміни та їх визначення, надає можливості однозначно розуміти і тлумачити взаємопов’язані правові явища, визначати їх відмінності, досліджувати системно-утворюючі відношення та зв’язки.

Його недосконалість, а в сфері регламентації НС(Р)Д, найбільш проблемними на нашу думку є застосування ключових понять цього інституту без чіткого визначення їх ознак, критеріїв, за відсутності формалізації в інших нормативних актах істотно знижує їх ефективність та стримує вдосконалення зазначеного інституту кримінального процесуального права, практичне впровадження сучасних методів, моделей та методик, розроблених та застосованих у передових правових системах.

До ключових проблем понятійного апарату можливо віднести запропоновану законодавцем систему негласних слідчих (розшукових) дій, що передбачає їх розмежування на ті, що пов’язані з втручанням у приватне спілкування та інші, неоднозначність формулювань та відсутність чітких критеріїв таких понять як: «факт проведення НС(Р)Д», «метод НС(Р)Д» (ч. 1 ст. 246 КПК України); «винятковість» – неможливості отримати відомості у інший спосіб (ч. 2 ст. 246 КПК України); «інша особа», яка може залучатися до проведення НС(Р)Д (ч. 6 ст. 246 КПК України); «обставини, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні кримінального правопорушення» як правова та фактична підстава для обмеження прав і свобод людини при проведенні НС(Р)Д (п. 5 ч. 2 ст. 248 КПК України); «результати НС(Р)Д» в контексті повідомлення особи, щодо якої вона проводилася (ч. 2 ст. 253 КПК України); зміст поняття «приватне» та «приватне спілкування» та багато інших.

Запропонована в КПК України система НС(Р)Д, що передбачає поділ негласних заходів на ті, що пов'язані з втручанням у приватне спілкування та інші НС(Р)Д на нашу думку є невдалою. Крім того, в частині НС(Р)Д, що пов'язані з втручанням у приватне спілкування законодавець вдався до наведення вичерпного переліку таких негласних дій, а щодо інших, – їх перелік не визначено. В свою чергу це викликало дискусійні питання як щодо системи НС(Р)Д, так і їх переліку, розмежування у залежності від способу проведення та фіксації, оцінки як основного засобу чи допоміжного.

Так, віднесений до «інших» НС(Р)Д, аудіо-, відеоконтроль місця, за своїм змістом передбачає втручання у приватне спілкування оскільки допускає фіксацію аудіо інформації про спілкування осіб, за обставин, що об'єкти контролю вважають таке спілкування приватним. Аналогічно, виконання спеціального завдання або використання інформації, одержаної внаслідок конфіденційного співробітництва, крім форм НС(Р)Д, що пов'язані з втручанням у приватне спілкування, за своїм змістом передбачають можливість одержання та подальше використання інформації, одержаної під час приватного спілкування з об'єктами розробки та іншими особами.

В свою чергу це призвело до того, що систему НС(Р)Д науковці розробляють виходячи і з інших критеріїв. У залежності від: 1) мети (особливого процесуального завдання); 2) підстав проведення; 3) осіб, уповноважених на проведення заходу; 4) умов проведення; 5) форма фіксації; 6) використання у кримінальному провадженні.

Недосконалість понятійного апарату ускладнює розуміння певних заходів негласного одержання та фіксації інформації як однієї або декілька процесуальних дій, що пов'язані між собою, проте є різними за змістом, порядком проведення та особливостями фіксації.

Як приклад, В.І. Галаган та В.В. Шум, досліджуючи правову регламентацію арешту, огляду та виїмки кореспонденції, констатують про існування трьох різних позицій до їх наукового розуміння:

1) накладення арешту на кореспонденцію розглядається як процесуальна дія, що охоплює розшукову та слідчу дію;

2) як окрема негласна слідча (розшукова) дія, до якої не належать такі складові, як огляд і виїмка кореспонденції, на яку накладено арешт;

3) як НС(Р)Д, що має структурні елементи – огляд та виїмку кореспонденції, на яку накладено арешт.

Факт та методи проведення НС(Р)Д, згідно зі ст. 246 КПК України, що є ключовими підставами для визнання дії негласною, та як наслідок підставою для обмеження учасників кримінального провадження в одержанні інформації щодо перебігу, обставин, умов її проведення, також достатньою мірою не формалізовані. В зазначеній статті, як і в інших статтях Глави 21 КПК України відсутні визначення поняття «метод НС(Р)Д». В Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні в п. 1.6 визначено, що «Методи проведення негласних слідчих (розшукових) дій - це сукупність організаційних, практичних прийомів, у тому числі із застосуванням технічних засобів, які дозволяють у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством України, отримати інформацію про злочин або особу, яка його вчинила, без її відома.». Інша, інформація, що розкриває зміст «методів НС(Р)Д» в нормативно-правових актах, доступ до яких не обмежується – відсутня. Поряд з цим, секретність факту проведення НС(Р)Д (не підлягає розголошенню), суперечить положенням ч. 2 ст. 264 КПК України, що передбачає можливість зняття інформації з електронних інформаційних систем з участю їх власника, володільця або утримувача, а також ч. 4 ст. 271 КПК України, що передбачає участь особи, щодо якої проводився такий захід у складанні протоколу контролю за вчиненням злочину. При цьому, поняття «таємниця досудового розслідування» також передбачає обмеження щодо розголошення інформації про проведенні слідчі дії та її результати особам, яким це стало відомо. Секретність (таємність) методів НС(Р)Д, що розглядається як одна з їх ключових особливостей також у законодавстві не визначена формалізацією їх ознак, встановленням критеріїв, що розмежовують з методами проведення інших слідчих та процесуальних дій, інформація щодо яких не обмежена доступом.

Особливість фіксації НС(Р)Д, за відсутності конкретизації та визначення меж «секретності методів», призводить до різнопланової та неоднозначної практики щодо відображення у протоколах НС(Р)Д відомостей про хід процесуальної дії та використанні технічні засоби. Так, відповідно до п. 4.1 Інструкції, протокол про хід та результати НС(Р)Д повинен відповідати загальним правилам фіксації кримінального провадження. Такі правила, згідно з положеннями ст. 104 КПК

України передбачають відображення у протоколі відомостей про застосування технічних засобів, їх технічні характеристики та використані носії інформації, порядок їх використання, опису послідовності дій тощо. Пунктом 4.7.1. також передбачено, що Додатки до протоколу мають бути належним чином виготовлені, упаковані з метою надійного збереження, а також засвідчені підписами осіб, які виконували негласну слідчу (розшукову) дію (ст. 105 КПК України). Проте, відомості про використані під час проведення НС(Р)Д технічні та спеціальні технічні засоби можуть розглядатися як складова методу НС(Р)Д, і відповідно не відображатися в протоколі. Чи можна до «сукупність організаційних, практичних прийомів» відносити відомості про використані під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій технічні та спеціальні технічні засоби є спірним, оскільки з одного боку, за наявності інформації про технічні характеристики використаного спеціального технічного засобу одержати відомості про можливі прийоми його застосування, а з іншого, відсутність таких даних у процесуальних документах унеможливує дослідження експертами одержаної інформації з деяких аспектів, зокрема щодо умов створення файлів, наявності ознак монтажу тощо, тобто позбавляє одержані докази такої властивості як «перевірність» та унеможливує виконання вимог ч. 3 ст. 266 КПК України.

Наступна ознака НС(Р)Д – «винятковість», як підстава для їх застосування, також не знайшла свого належного визначення та формалізації в кримінальному процесуальному законодавстві. В ч. 2 ст. 246 КПК України поняття «винятковість» сформульовано як вимогу, проводити негласні слідчі (розшукові) дії лише у випадках, якщо відомості про кримінальне правопорушення та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб. Ознака «винятковості» в контексті НС(Р)Д розглядається в першу чергу як одна з головних засад, метою якої є забезпечення балансу інтересів кримінального провадження та прав і свобод людини. «Винятковість» передбачає вироблення чітких критеріїв, що полягають у визначенні: підстав, умов, порядку, особливостей таких заходів, судового контролю за реалізацією органами правопорядку таких повноважень.

Ознака «винятковості» набула загальних рис ще в Європейській Конвенції з прав людини, де в ч. 2 ст. 8 встановлено вимогу: «Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

Поряд з цим, в КПК України поняття «винятковість» не відобразилася у таких засобах забезпечення балансу, як судовий контроль *ex post factum*, неконкретність процедури використання результатів негласних заходів у іншому кримінальному провадженні, обмеження застосування заходів, пов'язаних з втручанням в приватне спілкування лише ознаками «тяжкого та особливо тяжкого злочину», без конкретизації, що такі заходи можуть застосовуватися лише щодо певної категорії злочинів, таких як тероризм, організовані форми злочинності, і поряд з цим відсутністю механізму, що запобігає проведенню та використанню результатів негласних заходів у кримінальних провадженнях, що в подальшому набули зміни у кваліфікації і розслідувані правопорушення «перестали бути» тяжкими чи особливо тяжкими злочинами.

Однією з важливих проблем понятійного апарату залишається недосконалість визначення та розмежування певних учасників кримінального провадження, що має значення внаслідок різного обсягу повноважень слідчого та прокурора на їх залучення. Так, відповідно до ч. 6 ст. 246 КПК України, і прокурорі слідчий мають право залучати «іншу особу» для проведення негласних слідчих (розшукових) дій. При цьому, конфідента, – особу, яка здійснює співпрацю на засадах конфіденційності або залучена до проведення НС(Р)Д, залучати може виключно слідчий. Таке право у прокурора відсутнє. Чи може інша «особа» бути не лише спеціалістом, понятим, представником установи зв'язку тощо, а й особою, яка співпрацює на засадах конфіденційності і чи охоплює «інша особа» «конфідента» залишається не дискусійним не лише для науковців, а й безпосередньо впливає на оцінку доказів, одержаних під час проведення НС(Р)Д з участю конфідента, залученого прокурором як «інша особа».

Однією з вимог до клопотання слідчого, прокурора про дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій, в п. 5 ч. 2 ст. 248 КПК України передбачено обов'язок зазначити відомості про «обставини, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні кримінального правопорушення».

Серед вимог, встановлених до повідомлення про підозру, п. 6 ч. 1 передбачає необхідність відобразити «стислий виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні

якого підозрюється особа, у тому числі зазначення часу, місця його вчинення, а також інших суттєвих обставин, відомих на момент повідомлення про підозру».

І в першому, і в другому випадку вимоги до процесуальних документів схожі, це виклад обставин, що «дають підстави підозрювати особу» або «у вчиненні яких підозрюється особа». При цьому, НС(Р)Д можуть проводитися не лише відносно осіб, щодо яких одержано відомості про можливе вчинення ними злочину, готування чи замах до нього, а й щодо інших осіб (викривач, заявник, свідок, потерпілий).

Відсутність визначення вимог до змісту поняття «результати негласних слідчих (розшукових) дій» в контексті повідомлення особи, щодо якої вона проводилася, що передбачено ч. 2 ст. 253 КПК України стало причиною звуження такої інформації у повідомленнях слідчих та прокурорів до формулювання «відносно Вас проводилися НС(Р)Д, якими обмежувалися Ваші права і свободи». Невжиття заходів до формалізації такого повідомлення, його змісту, порядку та умов направлення, реалізація зазначеного механізму, спрямованого на забезпечення балансу інтересів кримінального судочинства, прав і свобод людини, відшкодування завданої шкоди внаслідок безпідставного втручання у приватне життя, не забезпечена.

Складним і невизначеним, без достатньої формалізації, визначення меж та критеріїв, залишається поняття «приватне життя». ЄСПЛ у справі «Німієц проти Німеччини» (Niemietz v. Germany) від 16.12.1992 р. (скарга № 13710/88) вимушено констатував, що утримується від надання вичерпного визначення поняття «приватне життя» [2], а позиції науковців з цього питання доволі різноманітні. Davies S. поняття «приватне життя» визначив як «межа, за яку суспільство не повинне проникати у приватне життя» [3], Volio F. Як: «певною мірою усі права людини – це форми приватності». Robert Ellis Smith – «намір кожного з нас мати деякий фізичний простір, в якому ми могли б бути вільними від втручання із зовні, від зацікавлених сторонніх, від вимоги надавати звіт про наші думки, справи... це те місце, де ми можемо контролювати свої персональні дані» [4]. Ruth Gavison натомість визначає три елементи приватності: секретність, анонімність, утаємничення, які можуть втрачатися як за бажанням самої людини, так і внаслідок зовнішнього втручання [5].

Міжнародні дослідники правової регламентації та реального стану справ у сфері приватності [6] виокремлюють такі основні складові права на приватність: 1) інформаційна приватність, що передбачає збір та обробку персональних даних, таких як банківська, медична таємниця); 2) фізичну приватність, що охоплює захист людського організму від зовнішнього втручання, у тому числі примусове тестування на наркотики, аналіз ДНК, дослідження внутрішніх органів; 3) комунікаційна приватність, що передбачає недоторканість поштових повідомлень, телефонних розмов електронної пошти та інших засобів комунікації; 4) територіальна приватність, яку пов'язують з недоторканістю житла, робочого місця місць загального користування.

При визначенні меж та обґрунтування втручання в приватне життя ЄСПЛ використовує такі терміни як «законність», «необхідність у демократичному суспільстві», «пропорційність», які також не можуть розглядатися як чіткі орієнтири.

Висновки та пропозиції. Недосконалість понятійного апарату, запроваджені системи негласних слідчих (розшукових) дій, визначення їх процесуальних форм, інших понять, що використовуються для визначення підстав та умов проведення негласних заходів одержання інформації істотно впливають на ефективність інституту негласних слідчих (розшукових) дій. Вдосконалення понятійного апарату та системи НС(Р)Д можливе як внесенням змін до КПК України, так і шляхом конкретизації їх змісту в Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні. Такі зміни необхідно насамперед забезпечити як щодо формування системи негласних заходів, так і в частині визначення: «методи НС(Р)Д», «факт проведення НС(Р)Д»; «винятковий»; «необхідний у демократичному суспільстві»; «хід проведення НС(Р)Д», «пропорційність», «приватне життя», «приватне спілкування», «обставини, що дають підстави підозрювати особу», що є нагальною необхідністю, для визначення та конкретизації меж допустимого втручання в приватне життя, що може дозволити собі права держава.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Панов М. Проблеми формування понятійного апарату юридичної науки: методологічні аспекти. *Вісник До 10-річчя Академії правових наук України*.

2. Рішення Європейського суду з прав людини. NIEMIETZ v. GERMANY, 16.12.1992. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%3A%5B%5C%22001-57887%5C%22%7D> (date of access: 21.03.2024).
3. Davies S. *Big Brother: Britain's Web of Surveillance and the New Technological Order*. Pan, 1996.
4. Smith R.E. *Ben Franklin's Web Site 6*. Sheridan Books 2000.
5. Gavison R. Privacy and the Limits of Law. 89 *Yale Law Journal* 421, 428 (1980).
6. Приватність і права людини. *Privacy International*. 2002. URL: <http://library.khpg.org/index.php?id=928437562> (дата звернення: 21.03.2024).