

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ, КРИМІНОЛОГІЧНІ, КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ, КРИМІНАЛІСТИЧНІ ТА ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВІ АСПЕКТИ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ

Алфьорова Т.М.

кандидат юридичних наук, доцент

перший проректор

Дніпровського гуманітарного університету

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАННЯ ДОКАЗІВ ДОПУСТИМИМИ, ОТРИМАНИХ ПІД ЧАС СЛІДЧИХ ДІЙ

Нова логіка кримінального процесу, введена КПК України 2012 року навіть через майже 10 років все ще потребує всебічної адаптації правового регулювання. Із введенням практики обмеження будь-яких процесуальних дій рамками кримінального провадження, на практиці досі існують проблемні питання, пов'язані із легалізацією та введенням у кримінальне провадження інформації, отриманої поза його межами.

У цій парадигмі розглянемо окрему проблему допустимості доказів у кримінальному провадженні, отриманих під час проведення оперативнорозшукової діяльності на прикладі вироку Харківського районного суду Харківської області від 22.11.2017 року у справі №635/4568/15-к, де суд визнав матеріали ОРД, отримані до реєстрації кримінального провадження, недопустимими доказами. Суд встановив, що вказані заходи проводилися на підставі ухвали слідчого судді апеляційного суду відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі – Закон «Про ОРД») [1]. Вказана норма надає право оперативним підрозділам для виконання завдань оперативно-розшукової діяльності «здійснювати аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з електронних комунікаційних мереж, електронних інформаційних мереж згідно з положеннями статей 260, 263-265 КПК України» [2]. Цими статтями, відповідно, регламентоване проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД) в ході досудового розслідування. При цьому здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до ЄРДР або без такого не допускається. Тому, суд дійшов висновку, що проведення оперативнорозшукових заходів на підставі п. 9 ч. 1 ст. 8 Закону «Про ОРД» можливо лише після внесення відомостей до ЄРДР і виключно в рамках кримінального провадження, адже такі заходи проводяться за правилами, встановленими для НСРД. Відповідно, такі матеріали оперативно-розшукової діяльності будуть недопустимими доказами у кримінальному провадженні, зареєстрованому пізніше [3]. Законодавець виходить із того, що доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані у передбаченому КПК України порядку (ст. 84). Для проведення оперативнорозшукових заходів на підставі

п. 9 ч. 1 ст. 8 Закону «Про ОРД» цей порядок відповідає порядку проведення НСРД, а отже вимагає попередньої реєстрації кримінального провадження. Із вказаного рішення суду можна зробити логічний висновок, що весь необхідний інструментарій слідчому надано у формі негласних слідчих (розшукових) дій в рамках кримінального провадження, а тому, на перший погляд дійсно вбачається невірним використання відповідних інструментів поза кримінальним провадженням. Однак при розгляді подібних ситуацій на практиці, слід зауважити, що інформація, отримана під час проведення оперативно-розшукової діяльності можуть бути не лише важливим доказом у подальшому кримінальному провадженні, а й стати основою обвинувачення, правомірною аргументацією необхідності притягнення порушника до кримінальної відповідальності та реалізації важливих кримінально-правових та кримінально-процесуальних принципів, серед яких невідворотність кримінальної відповідальності та забезпечення доведеності вини. Якщо такі заходи в рамках оперативно-розшукової діяльності проводилися на законних підставах, то, відповідно, має існувати чітко регламентований, визначений у КПК механізм використання їх у кримінальному провадженні, навіть якщо воно було зареєстроване пізніше. Такого механізму наразі в КПК не існує. В той же час, ч. 1 ст. 257 КПК України передбачає можливість використання інформації, отриманої в ході проведення НСРД в іншому кримінальному провадженні на підставі ухвали слідчого судді за клопотанням прокурора в тому випадку, якщо під час проведення таких дій виявлено ознаки кримінального правопорушення, яке не розслідується у даному кримінальному провадженні [1].

Аналог такої норми для використання у кримінальному провадженні результатів оперативно-розшукової діяльності також вбачається необхідним. Вказане судове рішення є не єдиним, а, отже, зважаючи на те, що судова практика іде шляхом визнання недопустимими доказів, отриманих в ході проведення оперативно-розшукових заходів до реєстрації кримінального провадження, хоча такі заходи і проводяться на законних підставах та містять важливу для кримінального провадження інформацію, вважаємо за необхідне внести зміни до КПК України, та додати норму, керуючись якою слідчий або прокурор, за наявності дозволу слідчого судді, зможуть використовувати матеріали оперативно-розшукової діяльності як доказ, за аналогією використання матеріалів НСРД, проведених в рамках іншого кримінального провадження, як це передбачено ст. 257 КПК України. Це дозволить підвищити ефективність досудового розслідування та забезпечить слідчого і прокурора необхідним інструментом доведення вини особи, що у свою чергу позитивно впливатиме на здійснення правосуддя в Україні.

Кримінальний процесуальний закон виділяє такі способи збирання доказів: слідчі (розшукові) дії; негласні слідчі (розшукові) дії; витребування речей, відомостей, висновків експертів та інших документів; отримання речей, відомостей, висновків експертів та інших документів; ініціювання, шляхом подання відповідних клопотань, проведення слідчих (розшукових)

дій, НСРД та інших процесуальних дій; здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів.

Способи збирання доказів розмежовані за суб'єктами доказування (сторони обвинувачення і захисту, потерпілий). Повноваження сторін під час реалізації цього припису закону не рівнозначні, право на проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій належить виключно стороні обвинувачення, сторона захисту може лише ініціювати їх проведення. Як вбачається з норм КПК, докази спочатку потрібно зібрати (виявити), застосовуючи способи, передбачені ст. 93 КПК, зафіксувати їх у відповідному протоколі (ст. 104 КПК), додатках до протоколу (ст. 105 КПК) чи іншому документі, потім перевірити шляхом проведення слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій й оцінити [1].

За результатами збирання й перевірки доказів можуть бути сформовані окремі докази, а після оцінки всієї сукупності доказів можна вести мову про формування окремих видів доказів, наприклад, обвинувальних і виправдувальних, прямих і побічних тощо. Після цього, докази використовують (застосовують) під час прийняття й обґрунтування відповідних процесуальних рішень і проведення процесуальних дій у кримінальному провадженні.

Вважаємо слушною точку зору В.М. Тертишника, який розглядає процес доказування в аспекті практичної діяльності, умовно поділяючи його на кілька взаємопов'язаних ланцюгів, першим з яких є збирання, що полягає у пошуку, виявленні, вилученні і закріпленні доказів [4, с. 64]. Не менш важливою є точка зору А.М. Грошевого, на думку якого процес збирання доказів є комплексним поняттям, що включає дії з виявлення, фіксації, вилучення і збереження доказів [5, с. 29].

Таким чином, у КПК України під «збирання доказів» розуміються дії, які спрямовані на пошук, виявлення, витребування, прийняття, одержання та процесуальне закріплення доказової інформації з дотриманням встановленої законом процесуальної форми, а також забезпечення збереження доказів та їх процесуальних джерел до вирішення кримінального провадження по суті.

Переважна кількість доказів, які є у даних кримінальних провадженнях здобуваються негласно, або ж ґрунтуються на інформації чи матеріалах, отриманих у результаті проведення НСРД. За таких умов надважливим завданням для сторони обвинувачення є забезпечення допустимості доказів, одержаних в результаті проведення НСРД, адже доказ отриманий із порушенням КПК України може бути визнаний судом недопустимим.

Варто зазначити, що згідно зі ст. 94 КПК України слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному і неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття

відповідного процесуального рішення [1]. Зважаючи на важливість такої властивості доказу як допустимість, Конституційний Суд України у своєму рішенні зазначив, що перевірка доказів на їх допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини і громадянина в кримінальному процесі та ухвалення законного і справедливого рішення у справі [6]. Результати аналізу рішень судів свідчать про те, що, по-перше, на практиці зустрічається проведення НСРД без відповідної правової підстави.

Так, наприклад, у справі від 24.04.2018 № 715/1591/17 Апеляційний суд Чернівецької області визнав протокол оперативної закупки наркотичних засобів недопустимим доказом, зважаючи на те, що вона була проведена до внесення відомостей в ЄРДР та без постанови прокурора, що являється грубим порушенням норм КПК [7]. По-друге, трапляються ситуації, за яких порушуються умови проведення НСРД, визначені в ухвалі. Прикладом може слугувати вирок Нетішинського міського суду Хмельницької області у справі від 08.05.2018 №679/563/17, у якій протокол оперативної закупки визнано недопустимим доказом через те, що збут наркотичних засобів проводився за межами Хмельницької області – в м. Острог Рівненської області, тобто поза межами дії дозволу, наданого ухвалою Апеляційного суду Хмельницької області [8]. По-третє, підставою для визнання доказів, отриманих в результаті проведення НСРД недопустимими є також невідкриття матеріалів іншій стороні у порядку ст. 290 КПК України. Так, із матеріалів справи від 01.02.2018 № 726/1218/14-к вбачається, що ні обвинувачений, ні його захисник під час відкриття матеріалів не були ознайомлені з документами (ухвали, постанови, клопотання), які були правовою підставою проведення у кримінальному провадженні НСРД, що на думку колегії суддів, позбавило сторону захисту можливості перевірити і достовірно встановити, які конкретно НСРД були санкціоновані слідчим суддею, щодо кого конкретно, на який строк та чи діяли співробітники МВС України та прокуратури у межах та у спосіб, передбачені цими судовими рішеннями, тобто сторона захисту була позбавлена можливості з'ясувати законність заходів, які тимчасово обмежували конституційні права та свободи особи, що становить основний критерій допустимості їх результатів як джерела доказів. До того ж, у матеріалах справи відсутні будь-які відомості про те, що обвинувачений чи його захисник були повідомлені прокурором або за його дорученням слідчим, про проведення відносно особи негласних слідчих розшукових дій, що на думку колегії суддів, суттєво порушує право обвинуваченого на захист та баланс інтересів у кримінальному провадженні [9].

Таким чином, проведення НСРД та використання їх результатів у кримінальному провадженні – це складний процес з точки зору планування, організації, визначення учасників, дотримання строків, вирішення тактичних завдань, забезпечення безпеки осіб, які беруть участь в НСРД, технічного забезпечення, а також належного процесуального оформлення. В той же час, це унікальний інструмент, що при правильному використанні дозволяє

отримати належні, допустимі та достатні докази для встановлення істини у кримінальному провадженні.

Список використаної літератури:

1. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18.02.1992 № 2135-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text>
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 №4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>
3. Вирок Харківського районного суду Харківської області у справі №635/4568/15-к від 22.11.2017. URL: https://protocol.ua/ru/provedennya_operativno_rozshukovih_zahodiv_na_pidstavi_p_9_ch_1_st_8_zakonu_ukraini_pro_operativno_rozshukovu_diyalnist_moglivo_tilki_zgidno_z_pologennyami_statey_260_263_265_kpk_ukraini_pislya_vnesennya_vidomostey_do_edinogo_reestru_dosudovih_rozsliduvan/
4. Тертишник В. М., Слинко С. В. Теория доказательств : учеб. изд. Харьков : Арсис, 1998. 256 с.
5. Грошевий Ю. М., Стахівський С. М. Докази і доказування у кримінальному процесі : наук.-практ. посіб. Київ : КНТ, Вид. Фурса С. Я., 2006. 272 с.
6. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України. Рішення Конституційного суду України від 20.10.2011 № 12-рп/201. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11>
7. Вирок Апеляційного суду Чернівецької області у справі від 24.04.2018 №715/1591/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73576650>
8. Ухвала Апеляційного суду Хмельницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73867781>
9. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72035166>

Булай Юрий

доктор права, доцент кафедры
уголовного процесса, криминалистики
и информационной безопасности

Булай Родика

магистр информационных технологий,
преподаватель кафедры
уголовного процесса, криминалистики
и информационной безопасности
Академии «Штефан чел Маре»
МВД Республики Молдова

**НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
КИБЕРПРЕСТУПНОСТИ/ПРЕСТУПЛЕНИЙ**

Одним из наиболее разрушительных факторов, воздействующих на государство, является киберпреступность, явление, угрожающее