**Лекція. Актуальні питання реалізації кримінальної процесуальної політики: досудове розслідування. Окремі аспекти.**

**1. Стадія досудового розслідування: проблема застосування норм КПК.**

**2. Деякі аспекти проблем застосування положень КПК щодо окремих слідчих (розшуквоих) дій та заходів забезпечення кримінального провадження.**

**3. Особливості провадження негласних слідчих (розшукових) дій.**

**1. Стадія досудового розслідування: проблема застосування норм КПК**

Протягом останніх років правоохоронна, правозахисна, судова системи України, а також адвокатура держави, намагаються реалізувати на практиці новели нового Кримінального процесуального кодексу України.

Загалом, прийняття цього кодексу було вкрай необхідним для України і, дійсно, є багато позитивів, зокрема спроба забезпечити змагальність і рівність сторін обвинувачення та захисту в кримінальному провадженні на всіх його стадіях.

У той же час одразу стала ще більш очевидною низька професійна підготовка працівників правоохоронних органів практично всіх відомств і судів, а також неспроможність ментально змінити підходи під час прийняття процесуальних рішень й чітко дотримуватися норм КПК. За цей період вже стали очевидні як позитивні, так і неефективні норми КПК, або просте невміння чи небажання чітко й без порушень виконувати приписи закону.

Основною проблемою при застосуванні кримінального процесуального законодавства, як на мене, є не сам Кримінальний процесуальний кодекс – навпаки, там міститься низка прогресивних за своєю суттю норм і механізмів для здійснення судочинства у кримінальних справах. Основною ж проблемою є, на жаль, так званий «людський фактор» – бездіяльність працівників правоохоронних органів, просте небажання визнавати наявність більшої кількості прав у сторони захисту, що доходить до цілеспрямованих грубих порушень прав сторони захисту, та загальна низька професійна підготовка кадрів.

Виражається це найчастіше в перешкоджанні адвокатам у здійсненні їх професійних обов'язків, порушеннях порядку проведення досудового розслідування, зловживаннях тими правами, що належать їм як стороні обвинувачення та простою халатністю при виконанні своїх повноважень. Що стосується здійснення судочинства, то наявна неготовність багатьох слідчих суддів, на яких покладено функцію контролю над дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, реально здійснювати цей контроль. Новим КПК передбачені чіткі вимоги до змісту та порядку складання процесуальних документів стороною обвинувачення й захисту, регламентовано порядок проведення слідчих дій за участю сторони захисту тощо. І для того щоб реалізувати покладені на суддів нові повноваження, багатьом представникам Феміди необхідно терміново навчитися вивчати матеріали, перевіряти на наявність процесуальних порушень із боку слідства та головне – мотивувати свої рішення.

Зупинюсь на окремих положеннях КПК та їх практичному впровадженні з моменту набуття його чинності. 1. Початок досудового розслідування. Відповідно до чч. 1, 2, 3 ст. 214 КПК України початком досудового розслідування є внесення слідчим або прокурором в Єдиний реєстр досудових розслідувань (далі – ЄРДР) відповідних відомостей щодо вчиненого кримінального правопорушення. Здійснення досудового розслідування до внесення таких відомостей або без такого внесення не допускається. Разом із тим ч. 4 цієї ж статті передбачає, що слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття та реєстрацію заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язанні прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення. Тобто всупереч попередньому тексту ця частина ст. 214 КПК розширює коло осіб до незрозумілого переліку тих, хто має право доступу до ЄРДР. Усупереч тому, що у КПК чітко вказується на те, що невнесення відомостей до ЄРДР не допускається, уже є така практика з боку працівників правоохоронних структур, коли, наприклад, прокурор на свій власний розсуд до внесення відомостей у реєстр приймає рішення про наявність чи відсутність підстав для перевірки отриманої заяви та відмовляє в реєстрації повідомлення.

Аналізуючи рішення, що містяться в Єдиному державному реєстрі судових рішень, можна побачити, що іноді судді також усупереч нормам чинного КПК відмовляють у задоволенні скарг на такі відмови, приймаючи рішення про безпідставність змісту заяви. Фактично слідчі судді замість того, аби контролювати дотримання законності під час досудового розслідування, вирішують питання наявності складу злочинів у заяві/повідомленні про кримінальне правопорушення.

Прикладом таких ухвал може бути ухвала по справі № 757/677/13-к, винесена слідчим суддею Печерського районного суду м. Києва О. Царевич, де суддя аналізує саму заяву про злочин, а не законність дій відповідача: «…вивчивши долучену до скарги копію заяви ОСОБА\_1 від 16.12.2012 (а.с. 3), на яку у своїй скарзі посилається особа, яка подала скаргу, вважаю, що заступником ПЦРУзНзДЗуВС зроблено правильний висновок щодо відсутності підстав для внесення відомостей до ЄРДР з вказаної заяви, оскільки в даній заяві не наведено формальних ознак злочинів, які заявник вважає вчиненими. При цьому заявником в поданій заяві наводяться виключно власні міркування та припущення щодо вчинення, на його думку, злочинів прокурором ОСОБА\_2…»

Подібна ухвала наочно демонструє майже «саботаж» правоохоронними органами та судами впровадження нового КПК.

2. Ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення.  Стаття 221 КПК передбачає, що слідчий, прокурор зобов'язаний за клопотанням сторони захисту, потерпілого надати їм матеріали досудового розслідування для ознайомлення за винятком матеріалів про застосування заходів безпеки щодо осіб, що беруть участь у кримінальному судочинстві, а також тих матеріалів, ознайомлення з якими на стадії кримінального провадження може зашкодити досудовому розслідуванню. Відмова в наданні для ознайомлення загальнодоступного документа, оригінал якого знаходиться в матеріалах досудового розслідування, не допускається.

Та як свідчить практика, сторона обвинувачення масово відмовляє потерпілим та адвокатам у наданні для ознайомлення зазначених матеріалів, або надають лише мінімум документів, посилаючись на те, що зазначена стаття КПК не містить конкретного переліку того, що саме має бути надано.

Вважаю, що така позиція слідства грубо порушує й обмежує права та можливості сторони захисту, а доводи того, що норма Закону вказує на перелік лише того, що може НЕ надаватися, – не знаходить розуміння у правоохоронців.

Цікавою в цьому разі є судова практика: суди здебільшого задовольняють скарги адвокатів, але самостійно визначаючи перелік того, що саме має бути надано для ознайомлення, фактично конкретизуючи зміст ст. 221 КПК.

Прикладом такої позиції може бути ухвала судді Малиновського районного суду м. Одеса О. Гарського по справі № 1519/23384/12:  «…УХВАЛИВ: Скаргу захисника-адвоката ОСОБА\_1 – задовольнити частково. Зобов'язати слідчого та прокурора прокуратури надати захиснику-адвокату ОСОБА\_1 матеріали досудового розслідування для ознайомлення, а саме: 1) Всі постанови про порушення кримінальних справ, за кодексом 1960 р., а також витяг з ЄРДР за вказаним провадженням та копію постанови про визначення групи прокурорів у кримінальному провадженні. 2) Всі матеріали на підставі яких було прийнято рішення про порушення кримінальної справи (кримінальних справ), за кодексом 1960 р. (заява потерпілого, пояснення потерпілого, та очевидців та інш.) 3) Всі пояснення та покази ОСОБА\_2, ІНФОРМАЦІЯ\_1, в тому числі під час слідчих дій за участю інших осіб (явка з повинною, очна ставка, перехресний допит, відтворення обстановки і обставин події злочину та інш.). 4) Всі матеріали на підставі яких застосовувались запобіжні заходи до ОСОБА\_2 (тримання під вартою, підписка про невиїзд, особисте зобов'язання). 5) Цивільний позовом та матеріали які підтверджують позов. 6) Постанови слідчого про визнання потерпілого та цивільного позивача, а також про притягнення у якості обвинуваченого лише ОСОБА\_2  В наданні інших матеріалів досудового розслідування захиснику-адвокату ОСОБА\_1 відмовити…».

Та все це лише верхівка айсберга – порушення проведення слідчих дій, у тому числі без участі сторони захисту, порушення строків оголошення про підозру, гласні та негласні слідчі дії, інші процесуальні питання, що виникають під час кримінального провадження – цьому необхідно навчати майже весь кадровий склад правоохоронних органів. Необхідно змусити вести слідство та працювати в рамках закону і притягувати до відповідальності за порушення. Тільки як?

Як показує історія, будь-який гарний задум може бути знищено невмілою його реалізацією. Автори нового Кримінального процесуального кодексу насправді здійснили неймовірне, коли спробували змінити п'ятдесятирічну систему кримінального судочинства, прийнявши новий Кодекс.

Та тепер відбувається найскладніша частина – його імплементація в реальне життя, де залишилися ті функціонери, що були опонентами прийняття будь-яких змін. Головне тепер – при наявності нормативного прогресу не дійти до практичного регресу й погіршення.

**2. Деякі аспекти проблем застосування положень КПК щодо окремих слідчих (розшуквоих) дій та заходів забезпечення кримінального провадження.**

Із прийняттям 13 квітня 2012 р. Кримінального процесуального кодексу України (КПК) суттєво розширено повноваження суду щодо контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів сторін кримінального провадження під час досудового розслідування. Також запроваджено у вітчизняний кримінальний процес інститут нового процесуального суб’єкта — слідчого судді. Його наділено повноваженнями здійснення судового контролю шляхом, перш за все, вирішення питань, пов’язаних із обмеженням конституційних прав і свобод осіб, та розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів досудового розслідування чи прокурора. Такий контроль, зокрема, передбачає застосування слідчим суддею низки заходів забезпечення кримінального провадження та розгляд клопотань про надання дозволу на проведення слідчих дій. Слід зазначити, що переважна більшість клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, поданих сторонами кримінального провадження до слідчих суддів, стосується надання дозволу на тимчасовий доступ до речей і документів, а слідчою дією, з клопотаннями про надання дозволів на проведення якої слідчі та прокурори найчастіше звертаються до слідчих суддів, є обшук. Той факт, що кількість поданих на розгляд слідчих суддів клопотань про тимчасовий доступ до речей і документів суттєво переважає над кількістю поданих клопотань про застосування інших заходів забезпечення кримінального провадження, зумовлений тим, що речі та документи мають доказове значення, а отже, отримання до них доступу є необхідним як для встановлення обставин у кримінальному провадженні та винних осіб у вчиненні кримінального правопорушення, так і для їх долучення до матеріалів кримінального провадження в якості доказів. Інститут тимчасового доступу до речей і документів також є новелою КПК, хоча і містить досить схожі поняття та передбачає процесуальні дії, які були притаманні інституту виїмки, що відігравав значну роль при проведенні досудового розслідування за КПК 1960 р. Законодавцем встановлено, що тимчасовий доступ до речей і документів здійснюється на підставі ухвали слідчого судді (ч. 2 ст. 159 КПК). Закріплення у кримінальному процесуальному законі відповідної норми зумовлено тим, що тимчасовий доступ до речей і документів обмежує як суспільні інтереси, так і приватні права особи. Судова практика свідчить про те, що з клопотаннями про надання дозволу на тимчасовий доступ до речей і документів, як правило, звертається сторона обвинувачення, а саме слідчі та прокурори, в той час як випадки звернення до слідчих суддів з такими клопотаннями сторони захисту, перш за все це стосується захисників підозрюваних, є поодинокими. Звертаючись до слідчих суддів з клопотаннями про тимчасовий доступ до речей і документів, слідчі та прокурори не завжди дотримуються вимог ч. 6 ст. 132, ст. 160 КПК. Так, найпоширенішими порушеннями, які допускаються слідчими та прокурорами, є недолучення до клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів належним чином засвідченої копії витягу з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, в рамках якого подається клопотання; незазначення у клопотанні правової кваліфікації кримінального правопорушення, а лише вказівка на статтю (частину статті) КК; відсутність повних та конкретних відомостей про речі і документи, тимчасовий доступ до яких планується отримати. Однією з проблем, яка виникає у слідчих суддів одразу після отримання відповідного клопотання, є невизначення чіткого переліку документів, які підлягають долученню стороною кримінального провадження до клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, незважаючи на те, що судовою палатою у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ були надані роз’яснення щодо переліку документів, які повинні додаватися до клопотання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Також мають місце непоодинокі випадки, коли при підготовці клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів слідчі та прокурори безвідповідально ставляться до необхідності долучення до клопотання копій документів матеріалів кримінального провадження, які мають істотне значення під час судового розгляду і можуть суттєво вплинути на висновки слідчого судді, відмовляючи при цьому в наданні слідчому судді всіх матеріалів кримінального провадження для дослідження під час розгляду відповідного клопотання, що є перешкодою для повного та всебічного його розгляду. Слід зазначити, що у ст. 161 КПК окреслено перелік речей та документів, доступ до яких заборонено за будь-яких обставин. Існування зазначеного виду імперативної норми як прямої заборони на доступ до інформації гарантує та забезпечує належний рівень реалізації особою свого конституційного права на захист від обвинувачення. Поряд із цим відповідно до ст. 163 КПК передбачений спеціальний порядок доступу до інших видів охоронюваних законом таємниць — отримання судового дозволу на підставі вмотивованого клопотання про тимчасовий доступ до речей та документів. У зв’язку з можливістю такого широкого доступу до інформації про особу на практиці інколи виникає проблема меж співвідношення процесуальної дії тимчасового доступу до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю, та можливості проведення певних видів негласних слідчих (розшукових) дій. Наприклад, зняття інформації з транспортних комунікаційних мереж чи зняття інформації з електронних інформаційних систем або установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу. При розгляді клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, що містять охоронювану законом таємницю, сторона кримінального провадження додатково повинна довести можливість використання як доказів відомостей, що містяться в цих речах і документах, та неможливість іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів. За результатами розгляду клопотання слідчий суддя може винести ухвалу про тимчасовий доступ до речей і документів (зазначивши при цьому форму доступу) або ухвалу про відмову в задоволенні клопотання. Проблемні питання виникають під час безпосереднього розгляду клопотань про тимчасовий доступ до речей і документів. Так, відповідно до вимог ч. 4 ст. 163 КПК клопотання цієї категорії розглядається за участю сторони кримінального провадження, яка його подала, та особи, у володінні якої знаходяться речі або документи, про тимчасовий доступ до яких йдеться у клопотанні. Винятком є випадки, коли сторона кримінального провадження, котра звернулась із клопотанням, доведе наявність достатніх підстав вважати, що існує реальна загроза зміни або знищення речей чи документів. Враховуючи актуальність поданого клопотання для встановлення обставин кримінального провадження та необхідність оперативного вирішення питань, які ставляться стороною кримінального провадження у клопотанні, доцільним є виклик особи, у володінні якої знаходяться речі чи документи, за допомогою такого способу виклику, передбаченого ч. 1 ст. 135 КПК, який давав би змогу якомога швидше довести до адресата інформацію про місце, час та день судового засідання з розгляду клопотання. У таких випадках у нагоді може стати практика щодо повідомлення особи SMS-повідомленням. Іноді у слідчих суддів виникає питання, яким чином необхідно діяти в разі неявки в судове засідання з розгляду клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів сторони кримінального провадження, якою таке клопотання було подане, враховуючи, що відповідно до ч. 4 ст. 163 КПК клопотання цієї категорії розглядаються за участю сторони кримінального провадження. Відповідь на це спірне питання міститься в нормах КПК. Так, згідно з ч. 5 ст. 163 КПК слідчий суддя вправі постановити ухвалу про тимчасовий доступ до речей і документів, якщо сторона кримінального провадження доведе наявність достатніх підстав вважати, що мають місце обставини, передбачені пунктами 1–3 ч. 5 ст. 163 КПК. Таким чином, неявка в судове засідання без поважної причини сторони кримінального провадження, яка подала клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, свідчить про небажання підтримати подане клопотання та довести зазначені вище обставини, що, на нашу думку, має розцінюватися як підстава для відмови в задоволенні такого клопотання. Кримінальним процесуальним законом саме на сторону кримінального провадження (слідчого, прокурора), які звертаються до слідчого судді з клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів, покладено обов’язок довести наявність обставин, передбачених у пунктах 1–3 ч. 5 ст. 163 КПК, які слідчими суддями розглядаються з урахуванням вимог ч. 3 ст. 132 КПК, що містить загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Однак у більшості випадків слідчі та прокурори формально ставляться до вимог кримінального процесуального закону щодо необхідності обґрунтування зазначених вище обставин і лише обмежуються констатацією у клопотанні наявності таких обставин, жодним чином не розкриваючи їх і, тим паче, не доводячи. Саме встановлення слідчими суддями під час розгляду клопотань про тимчасовий доступ до речей і документів недоведеності слідчими та прокурорами зазначених вище обставин є основною підставою відмов у задоволенні клопотань про тимчасовий доступ до речей і документів. Особливу увагу слід приділити проблемним питанням, пов’язаним із розглядом клопотань про тимчасовий доступ до документів, які містять охоронювану законом таємницю, оскільки, як свідчить судова практика, такі документи є найпоширенішими, з клопотаннями про тимчасовий доступ до яких звертаються слідчі та прокурори. При розгляді таких клопотань досить часто виникає проблема недоведення слідчими та прокурорами можливості використання як доказів відомостей, що містяться в цих документах, а також відсутності у клопотанні відомостей про неможливість іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих документів, не кажучи вже про обов’язок слідчого та прокурора довести таку неможливість. У переважній більшості на розгляд слідчих суддів надходять клопотання про тимчасовий доступ до документів з інформацією, яка знаходиться в операторів та провайдерів телекомунікацій: про зв’язок абонента, надання телекомунікаційних послуг, у тому числі отримання послуг, їх тривалість, маршрути передавання тощо. Крім зазначених вище підстав відмови в задоволенні таких клопотань, досить часто мають місце випадки, коли в них відсутнє посилання та відповідні докази, на підтвердження належності телефонного номера оператора певній особі, пов’язаній із кримінальним провадженням; належності номера ІМЕІ, зазначеному у клопотанні, певному мобільному телефону; зв’язку між номером абонента або ІМЕІ певного телефону та обставинами кримінального правопорушення. Враховуючи специфіку такої інформації, існує проблема, пов’язана з необхідністю визначення однакової практики в частині механізму вилучення матеріальних носіїв інформації. При цьому є проблемним питання доведення обставин, якими обґрунтовується необхідність надання тимчасового доступу до документів, які містять інформацію, котра знаходиться в операторів мобільного зв’язку, оскільки досить часто мають місце випадки, коли слідчі або прокурори у клопотаннях посилаються на дані оперативно-розшукових справ, які є секретними та, відповідно, до клопотань не додаються, а доступу до секретної інформації судді, як правило, не мають. Як свідчить судова практика, в переважній більшості у клопотаннях сторони обвинувачення про тимчасовий доступ до речей і документів ставиться питання і про вилучення відповідних речей чи документів. Аналізуючи практику розгляду слідчими суддями судів першої інстанції клопотань органів досудового розслідування про тимчасовий доступ до речей і документів, в яких порушується й питання про їх вилучення, можна констатувати, що органи досудового розслідування іноді зловживають своїм правом на порушення питання про вилучення речей і документів при зверненні до слідчих суддів з відповідними клопотаннями, належним чином не обґрунтовуючи необхідність вилучення речей. Перш за все це стосується вилучення оригіналів документів без зазначення підстав, з яких для досягнення цілей кримінального провадження неможливо обмежитись вилученням належним чином засвідчених копій таких документів. Як приклад можна навести ситуацію, коли при вилученні оригіналів матеріалів виконавчого провадження є ризик порушення прав та інтересів сторони виконавчого провадження, і перш за все це стосується стягувача. При виконанні ухвал слідчих суддів про тимчасовий доступ до речей і документів існують проблемні питання, пов’язані з тим, що особа, у володінні якої знаходяться речі чи документи, посилаючись на ч. 2 ст. 165 КПК, вимагає від особи, на яку відповідно до ухвали слідчого судді 94 покладено її виконання, пред’явлення оригіналу такої ухвали, в той час як оригінал ухвали слідчого судді знаходиться в суді в матеріалах за клопотанням. Слід зазначити, що в переважній більшості під час розгляду таких клопотань слідчі судді, на жаль, ігнорують вимоги ч. 4 ст. 132 КПК і при оцінці необхідності застосування цього заходу забезпечення кримінального провадження не враховують можливість без його застосування отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні. Натомість слідчий суддя повинен переконатися в тому, що слідчим або прокурором вживалися заходи щодо одержання речей чи документів, про тимчасовий доступ до яких йдеться в поданому клопотанні, в добровільному порядку. Невстановлення слідчими суддями під час розгляду клопотань про тимчасовий доступ до речей і документів факту доведеності слідчими і прокурорами, на яких кримінальним процесуальним законом покладено цей обов’язок, зазначеного елементу локального предмета доказування, на нашу думку, є однією з причин тієї значної кількості клопотань, які надходять на розгляд слідчих суддів. Адже слідчими та прокурорами не вживається будь яких заходів для отримання речей і документів, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні, без застосування заходу забезпечення кримінального провадження, що свідчить про їх нерозуміння або небажання дотримуватися спростовної презумпції не на користь застосування заходів забезпечення кримінального провадження, яка встановлена законодавцем у КПК. Судова практика розгляду клопотань про надання дозволів на проведення слідчих (розшукових) дій свідчить про те, що однією з найпоширеніших слідчих дій, за дозволом на проведення якої слідчі та прокурори звертаються до слідчих суддів місцевих судів, є обшук. Однак подані слідчими та прокурорами клопотання про надання дозволу на проведення обшуку досить часто не відповідають вимогам ч. 3 ст. 234 КПК. У свою чергу, одним із проблемних питань при розгляді клопотань про обшук є недодання слідчими і прокурорами до клопотання оригіналів або копій документів та інших матеріалів, якими слідчий, прокурор або безпосередньо обґрунтовує доводи поданого клопотання, або ж робить посилання на відомості, які містять такі документи чи інші матеріали, і небажання надати слідчому судді матеріали кримінального провадження для дослідження в судовому засіданні з метою з’ясування питання доведеності елементів локального предмета доказування при розгляді клопотання. Частина 5 ст. 234 КПК містить перелік підстав, за наявності яких слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про обшук, які при певному тлумаченні можна співставити з вимогами до клопотання та трактувати як наслідки їх (вимог) недотримання. Проаналізувавши судову практику розгляду слідчими суддями місцевих судів клопотань про обшук, можна дійти висновку, що основними підставами відмов у задоволенні таких клопотань є встановлення слідчими суддями факту недоведеності слідчими або прокурорами того, що відшукувані речі і документи мають значення для досудового розслідування; відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду; відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи. Слідчі та прокурори, звертаючись до слідчого судді з клопотаннями про обшук, досить часто зловживають відсутністю в п. 7 ч. 3 ст. 234 КПК, відповідно до якого клопотання про обшук повинно містити відомості про речі, документи або осіб, яких планується відшукати, вимог до переліку таких речей, документів, оскільки у зазначеній нормі закону відсутні такі терміни як, наприклад, «чіткий, конкретний, вичерпний», і зазначають в клопотанні «інші речі, предмети, документи, що мають відношення до кримінального провадження», цим самим роблячи собі величезний простір для маневру під час обшуку. У свою чергу, п. 6 ч. 2 ст. 235 КПК також не містить вказівки на те, що ухвала слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи повинна містити саме чіткий, конкретний або вичерпний перелік речей чи документів, для виявлення яких буде проведено обшук. Таким чином, у разі задоволення клопотання про проведення обшуку із зазначеним вище формулюванням у резолютивній частині під час обшуку компетентні особи, посилаючись на таке формулювання, можуть визнати практично будь-яку річ, предмет, документ таким, що має відношення до кримінального провадження, і, відповідно, вилучити його, що може призвести до безпідставного порушення прав, свобод та охоронюваних законом інтересів особи, а також стати підґрунтям для так званого рейдерського захоплення суб’єктів господарської діяльності. Мають місце у практиці слідчих суддів судів першої інстанції випадки, коли слідчий або прокурор звертається з клопотанням про проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, обшук якого вже був проведений, хоча і в рамках іншого кримінального провадження, при цьому предметом обшуку були речі, однорідні за своїм характером з тими, які планується відшукати та вилучити при проведенні повторного обшуку, зокрема наркотичні засоби. А тому закономірно виникає спірне питання, чи не буде дозвіл слідчого судді на проведення такого обшуку безпідставним порушенням конституційно закріпленого права на недоторканність житла чи іншого володіння особи.

**3. Особливості провадження негласних слідчих (розшукових) дій.**

Проведення в Україні реформи кримінальної юстиції докорінно змінило усталені методологічні підходи до ідеології кримінального процесуального законодавства, що торкнулося фактично всіх стадій кримінального провадження, зокрема і стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень, особливо в частині регламентації доказів та доказування. Напрацювання, зумовлені потребами практики, були закріплені як новели у прийнятому 2012 року Кримінальному процесуальному кодексі України (КПК України). Цим Кодексом суттєво розширено коло слідчих (розшукових) дій, зокрема слідчих (розшукових) дій, які за своїм характером відрізняються від інших, що обумовлюється негласністю їх проведення. Таким чином відбулась процесуалізація провадження негласних слідчих (розшукових) дій.

Відповідно до Глави 21 КПК України негласні слідчі (розшукові) дії (НС(Р)Д) є різновидом слідчих (розшукових) дій. До них належать: аудіо-, відео контроль особи; арешт, огляд і виїмка кореспонденції; зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж та електронних інформаційних систем; обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи; установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу; спостереження за особою, річчю або місцем; аудіо-, відеоконтроль місця; контрольована поставка;

контрольована та оперативна закупка; спеціальний слідчий експеримент;

імітування обстановки злочину. Аналіз змісту зазначених НС(Р)Д дає можливість стверджувати, що всі вони виникли та розвивалися як негласні заходи оперативно-розшукової діяльності. Це підтверджують положення Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року та чинного Закону України «Про оперативно- розшукову діяльність», вивчення яких дає підстави для висновку, що більшість зазначених дій, крім накладення арешту, огляду та виїмки кореспонденції й зняття інформації з каналів зв’язку, можна було здійснювати лише у межах оперативно-розшукової діяльності. Є.Д. Скулиш також стверджує, що за своїм походженням негласні слідчі (розшукові) дії є оперативно-розшуковими заходами. В їх основу покладено передбачену законодавством, із використанням специфічних методів і засобів, послідовність дій уповноважених суб’єктів, що спрямовані на виявлення, розкриття та припинення протиправних посягань. На думку дослідника, основним функціональним призначенням негласних слідчих (розшукових) дій в оновленій системі кримінального процесу є забезпечення оптимальних шляхів використання у кримінальному провадженні інформації, здобутої із використанням негласних сил і засобів, якими послуговується оперативно-розшукова діяльність.

Тобто саме за рахунок можливостей оперативно-розшукової діяльності у

чинному КПК України не лише розширено систему НС(Р)Д, а й змінено розмежування оперативно-розшукової діяльності та кримінального провадження,

що мало наслідком розширення предмета прокурорського нагляду за додержанням законів органами, які провадять оперативно-розшукову діяльність,

дізнання, досудове слідство.

Водночас закріплення інституту НС(Р)Д у національному кримінальному процесуальному законодавстві дало можливість вирішити питання легалізації відомостей, отриманих під час оперативно-розшукової діяльності.

У ст. 256 КПК України вказано, що результати таких дій можуть використовуватися у доказуванні на тих самих підставах, що й результати проведення інших слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування.

Зауважимо, що відповідно до Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року особи, щодо яких здійснювалися оперативно-розшукові заходи, не мали можливості ознайомлюватися з інформацією про проведення стосовно них таких заходів. Але в чинному КПК України зазначену прогалину усунено: згідно зі ст. 253 Кодексу особи, конституційні права яких було тимчасово обмежено під час проведення НС(Р)Д, а також підозрюваний, його захисник мають бути письмово повідомлені прокурором або за його дорученням слідчим про таке обмеження. Ця норма здатна за своєю суттю сприяти попередженню порушень прав і свобод людини та громадянина, а також забезпечити особам, конституційні права яких були тимчасово обмежені під час проведення НС(Р)Д, підозрюваному, його захиснику право оскаржити проведені НС(Р)Д. Вказане положення КПК України кореспондується із нормами Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду».

Згідно з п. 1 ст. 1 цього Закону підлягає відшкодуванню шкода, завдана громадянинові внаслідок незаконного проведення в ході кримінального провадження обшуку, виїмки та інших процесуальних дій, що обмежують права

громадян. Саме до інших процесуальних дій можна віднести й НС(Р)Д.

Відповідно до норм КПК України НС(Р)Д проводяться під час досудового

розслідування, завданням якого як одного з елементів кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників такого провадження. Про це зазначено у ст. 2, п. 10 ч. 1 ст. 3 та ч. 1 ст. 8 КПК України. Саме у ст. 8 КПК України закріплено головний принцип – верховенство права, з додержанням якого має здійснюватися усе кримінальне провадження, у тому числі й досудове розслідування та, зокрема, НС(Р)Д. Варто зауважити, що аналізований принцип у кримінальному провадженні застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

У свою чергу, Європейський суд з прав людини в рішенні «Класс та інші

проти Німеччини» констатував, що такі гарантії захисту мають бути чітко встановлені законом та застосовуватись до нагляду за діяльністю відповідних органів або служб. При наглядових провадженнях потрібно дотримуватися цінностей демократичного суспільства так добросовісно, як це можливо, зокрема принципу верховенства права, безпосереднє посилання на який міститься у преамбулі Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Верховенство права, з-поміж іншого, передбачає, що втручання органів виконавчої влади у права осіб має підлягати ефективному контролю, який зазвичай має здійснюватись щонайменше судовим органом як останньою інстанцією, оскільки судовий контроль найкращим чином забезпечує гарантії незалежності, безсторонності та здійснення належного провадження (п. 55). Оскільки проведення НС(Р)Д містить високу потенційну загрозу правам і свободам громадян, наглядова функція прокуратури повинна забезпечити впевненість щодо існування адекватного та ефективного захисту від зловживання. Детальна правова регламентація засад організації та здійснення кожної НС(Р)Д, а також інші процесуальні гарантії законності проведення негласних слідчих (розшукових) дій, визначені КПК України, дають прокурору можливість при процесуальному керівництві досудовим розслідуванням упередити безпідставне їх застосування. Тому варто наголосити, що згідно з п. 39 наказу Генерального прокурора України від 19 грудня 2012 року № 4гн «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні» критеріями оцінки ефективності здійснення прокурором повноважень у кримінальному провадженні є, зокрема, своєчасне вжиття заходів стосовно захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, поновлення порушених прав та інтересів, притягнення винних осіб до встановленої законом відповідальності, а також забезпечення додержання вимог закону щодо швидкого, всебічного, повного, неупередженого розслідування кримінального правопорушення.

Відповідно до наказу ГПУ «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність» основними критеріями оцінки ефективності прокурорського нагляду за додержанням законів при проведенні оперативно-розшукової діяльності також є: додержання прав людини і громадянина, у тому числі щодо недоторканності особистого життя, житла і таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної кореспонденції та інших форм приватного спілкування. Тому посиленої уваги прокурора потребує як забезпечення додержання конституційних прав і свобод людини й громадянина у кримінальному провадженні, так і своєчасність реагування на порушення законності при здійсненні оперативно-розшукової діяльності як гарантії ефективності досудового розслідування, а також здійснення процесуального керівництва прокурором негласними слідчими (розшуковими) діями.

У ч. 1 ст. 246 КПК України НС(Р)Д визначено як дії, відомості про факт та

методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом. Заслуговує на увагу позиція С.Б. Фоміна і С.О. Гриненка, на думку яких термін «методи» проведення НС(Р)Д, що використовується у наведеній дефініції, означає сукупність організаційних, практичних прийомів, у тому числі із застосуванням технічних засобів, які дають змогу у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством України, отримати інформацію про злочин або особу, яка його вчинила, без її відома.

Метою провадження НС(Р)Д відповідно до ч. 2 ст. 246 КПК України є отримання тих відомостей про злочин та особу, яка його вчинила, які неможливо отримати в інший спосіб. У контексті дослідження окресленої проблеми слушною, на наш погляд, є думка Є.Д. Скулиша, який, вивчаючи питання проведення НС(Р)Д, також дійшов висновку, що основною їх метою є отримання

та фіксація інформації про злочини за умови, що іншим шляхом отримати такі відомості неможливо. Ця інформація, як наголошує вчений, підлягає документуванню в установленому порядку з метою подальшого використання

у доказуванні наявності чи відсутності у діях окремих осіб протиправних діянь, мети і мотивів, обставин та обстановки їх вчинення, встановлення винних і вирішення питання про визначення міри їх юридичної відповідальості та з’ясування інших обставин, що мають значення у справі.

Однією із суттєвих особливостей НС(Р)Д є їх негласність. Негласність означає неочевидність, прихованість слідчих (розшукових) дій, що проводяться,

від осіб, які в них не беруть участі, зокрема від співробітників слідчих та оперативних підрозділів, але насамперед від осіб, щодо яких вони проводяться.

Як вважають Є.М. Блажівський, І.М. Козьяков та інші, негласність проведення

цього різновиду слідчих (розшукових) дій виражається в нерозголошенні інформації особам, злочинна діяльність яких документується, та іншим сторонам, що безпосередньо не беруть участі у провадженні, за винятком випадків, передбачених КПК України. Отже, негласність є чинником, який суттєво впливає на визначення видів НС(Р)Д, отримання відповідних дозволів і встановлення порядку їх проведення, визначення основних виконавців та кола учасників, обрання способу фіксування ходу й результатів їх проведення.

Зі змісту § 1 Глави 21 КПК України вбачається, що НС(Р)Д не відокремлюються від інших слідчих (розшукових) дій, а є їх різновидом і регулюються у загальному порядку, передбаченому КПК України, законними й підзаконними актами. Однак проведення потребує спеціального врегулювання шляхом розробки та прийняття (або використання вже існуючих) відповідних

внутрішніх відомчих та міжвідомчих нормативних актів. Водночас, розмежовуючи слідчі (розшукові) дії і НС(Р)Д, С.М. Міщенко зазначає, що відповідно до ч. 2 ст. 246 КПК України вони проводяться лише у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший

спосіб, наприклад, шляхом проведення «гласних» слідчих (розшукових) дій. А тому слідчі (розшукові) дії відрізняються від них не лише суб’єктом розгляду відповідних клопотань, а й ступенем втручання у права та свободи особи.

Згідно з ч. 2 ст. 248 КПК України обов’язок обґрунтування неможливості отримати такі відомості іншим, аніж проведення НС(Р)Д, способом покладається на особу, яка заявляє клопотання про їх проведення.

Потрібно зазначити, що характер НС(Р)Д, мета їх проведення і важливість для швидкого розкриття тяжких та особливо тяжких злочинів вимагають максимально оперативного як їх ініціювання, так і вирішення питання про

надання відповідного дозволу або відмови в їх проведенні. Відповідно до ч. 3 ст. 246 КПК України рішення про наявність достатніх підстав для проведення таких дій приймає слідчий, прокурор, а у випадках, клопотанням слідчого, погодженим із прокурором. До клопотання про проведення НС(Р)Д обов’язково долучається витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань, що унеможливлює проведення таких дій поза межами розслідування конкретного кримінального провадження. Слідчий суддя (згідно зі ст. 247 КПК України – суддя апеляційного суду) за участю особи, яка подала клопотання про проведення таких дій, зобов’язаний розглянути його протягом шести годин з моменту отримання та постановити відповідну ухвалу. При цьому строк дії ухвали на проведення НС(Р)Д не може перевищувати два місяці. Якщо ж за результатами проведення таких дій не було отримано достатньої інформації про злочин та осіб, що його вчинили, слідчий за погодженням з прокурором або прокурор особисто має право звернутися до слідчого судді з клопотанням про постановлення ухвали про продовження строків проведення таких дій.

Таким чином, загальний термін проведення НС(Р)Д в межах одного кримінального провадження не може перевищувати дванадцяти місяців. Однак у

КПК України міститься важливе уточнення: якщо метою проведення НС(Р)Д є розшук особи, яка переховується від органів досудового слідства або суду, така дія може тривати до виявлення та затримання розшукуваного. Згідно з вимогами ч. 4 ст. 249 КПК України загальний строк, протягом якого в одному кримінальному провадженні може проводитися НС(Р)Д, дозвіл на проведення якої дає слідчий суддя, не може перевищувати максимальні строки досудового розслідування, передбачені ст. 219 КПК України. У випадках, коли НС(Р)Д, що здійснюється з дозволу судді, проводиться з метою встановлення місце знаходження особи, яка переховується від органів досудового розслідування, слідчого судді чи суду й оголошена у розшук, така дія може тривати до встановлення місцезнаходження розшукуваної особи, тобто понад дванадцять місяців, але не більше строків давності притягнення до кримінальної відповідальності.

Слушною є думка професора В.М. Тертишника стосовно визначення системи та процесуальної форми провадження НС(Р)Д. Він вважає, що, з одного боку, у вказану систему входять слідчі дії, пов’язані із втручанням в приватне спілкування: аудіо-, відеоконтроль особи; арешт, огляд і виїмка кореспонденції; зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; зняття інформації

з електронних інформаційних систем. З другого боку, втручанням у приватне спілкування з наведених дій можна вважати лише арешт, огляд і виїмку кореспонденції та зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж.

Інші за змістом дії, на думку вченого, можуть і не бути пов’язані з приватним спілкуванням. Висловлюючи сумніви щодо встановленого законодавцем обсягу втручання у приватну сферу життя людини внаслідок здійснення НС(Р)Д, В.М.Тертишник зауважує, що, можливо, законодавець мав на увазі ширше поняття – втручання у приватне життя. Але, як він далі зазначає, до такої групи мав би зараховуватись обшук. Що ж до інших НС(Р)Д, то, наприклад, контроль за вчиненням злочину, передбачений у ч. 4 ст. 246 та ст. 271 КПК України, може проводитися лише виключно за рішенням прокурора, однак, судячи зі змісту ч. 3 ст. 246 КПК України, клопотати про його проведення слідчий не має права. Цю прогалину, на наш погляд, варто усунути, оскільки на практиці часто трапляється так, що слідчий першим з’ясовує наявність підстав для проведення НС(Р)Д у виді

контролю за вчиненням злочину. Тому вбачається за доцільне доповнити ч. 4 ст. 246 КПК України й викласти її у наступній редакції: «Виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину особисто або за клопотанням слідчого».