

УДК 343.132:355.271

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.02.79>

НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ В УМОВАХ ВІЙНИ: ОКРЕМІ ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ (ЧАСТИНА II)¹

Продовження.

Початок у Науковому віснику

Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ (2023. № 1)

Тагієв С.Р.,

доктор юридичних наук,
доцент, заслужений юрист України,
завідувач кафедри кримінального, кримінально-виконавчого права та кримінології
Академії Державної пенітенціарної служби
<https://orcid.org/0000-0001-9338-4792>

Пузирьов М.С.,

доктор юридичних наук, старший дослідник,
професор кафедри кримінального, кримінально-виконавчого права та кримінології
Академії Державної пенітенціарної служби
<https://orcid.org/0000-0002-7814-9476>

Івашко С.В.,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального, кримінально-виконавчого права та кримінології
Академії Державної пенітенціарної служби
<https://orcid.org/0000-0003-2547-9276>

Тагієв С.Р., Пузирьов М.С., Івашко С.В.
Негласні слідчі (розшукові) дії в умовах війни: окремі теоретичні та практичні аспекти (частина II).

Актуальність порушеної у статті проблематики полягає у наявності особливого правового режиму, який введений в Україні у зв'язку з військовою агресією російської федерації.

У статті приділено увагу окремим теоретичним і практичним аспектам отримання дозволів на проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів.

Питання використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій завжди було, є і буде одним з основних у кримінальному процесі. Це пояснюється тим, що сфера застосування негласних слідчих (розшукових) дій поширюється на конституційно охоронювану сферу приватного життя особи. Іншими словами, негласні слідчі (розшукові) дії тимчасово обмежують права і свободи громадян, визначені Конституцією України. Саме тому законодавець і передбачає ряд механізмів-запобіжників від зловживань з боку правоохоронних органів при отримання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій,

при їх проведенні та використанні їх результатів. До того ж, одним із показників набуття Україною ознак сучасної демократичної держави є нормативне визначення тих соціальних цінностей, які становлять основу життєдіяльності суспільства.

Зважаючи на те, що у практичній діяльності правоохоронних органів при використанні негласних слідчих (розшукових) дій для розкриття та розслідування кримінальних правопорушень виникають труднощі при тлумаченні окремих норм Глави 21 Кримінального процесуального кодексу України у частині втручання у сферу приватного життя громадянина, наведена судова практика з цього питання.

Ураховуючи зміни, які внесені законодавцем до Глави 21 Кримінального процесуального кодексу України, у статті досліджені проблемні питання, які можуть виникнути у практичній діяльності слідчих, дізнавачів, прокурорів.

Проаналізовано судові рішення щодо допустимості доказів при залученні громадян до конфіденційного співробітництва та викладені в них позиції з цього питання.

Ключові слова: воєнний стан, кримінальні правопорушення, корупційні кримінальні пра-

¹ Продовження. Початок у Науковому віснику Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ (2023. № 1).

вопорушення, кримінальне провадження, докази, прокурор, слідчий, дізнавач, негласні слідчі (розшукові) дії, контроль за вчиненням злочину, незаконний обіг наркотичних засобів, конфіденційне співробітництво, державна таємниця, зловживання, правоохоронні органи, воєнні злочини.

Tagiev S.R., Puzyrov M.S., Ivashko S.V. Secret investigative (detective) actions in war conditions: certain theoretical and practical aspects (part II).

The relevance of the issue raised in the article lies in the presence of a special legal regime introduced in Ukraine in connection with the military aggression of the Russian Federation.

The article pays attention to certain theoretical and practical aspects of obtaining permits for conducting secret investigative (detective) actions and using their results.

The issue of using the results of secret investigative (detective) actions has always been, is and will be one of the main ones in the criminal process. This is explained by the fact that the scope of secret investigative (detective) actions extends to the constitutionally protected sphere of a person's private life. In other words, secret investigative (detective) actions temporarily limit the rights and freedoms of citizens defined by the Constitution of Ukraine. That is why the legislator provides a number of safety mechanisms against abuses by law enforcement agencies when obtaining permission to conduct secret investigative (detective) actions, when conducting them and using their results. In addition, one of the indicators of Ukraine's acquisition of the features of a modern democratic state is the normative definition of those social values that form the basis of society's vital activities.

Taking into account the fact that in the practical activity of law enforcement agencies when using secret investigative (detective) actions for the disclosure and investigation of criminal offenses, difficulties arise in the interpretation of certain norms of Chapter 21 of the Criminal Procedure Code of Ukraine in terms of interference in the sphere of a citizen's private life, a judicial practice on this issue is cited.

Taking into account the changes introduced by the legislator to Chapter 21 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, the article examines problematic issues that may arise in the practical activities of investigators, inquirers, prosecutors.

Court decisions regarding the admissibility of evidence when involving citizens in confidential cooperation and positions on this issue that outlined in them are analyzed.

Keywords: martial law, criminal offenses, corruption criminal offenses, criminal proceedings, evidence, prosecutor, investigator, inquirer, secret

investigative (detective) actions, control over the commission of a crime, illegal trafficking of drugs, confidential cooperation, state secrets, misuse, law enforcement agencies, war crimes.

Наявна на сьогодні та наведена в частині I наукової статті [1] неузгодженість на законодавчому рівні щодо строків перевірки допуску до державної таємниці та проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД) не сприяє виконанню завдань кримінального провадження [2].

Шляхом системного аналізу Закону України «Про державну таємницю» [3] встановлено, що Службі безпеки України провести перевірку громадянина у зв'язку з допуском до державної таємниці у строк *до одного місяця* у період особливого правового режиму, який введений в Україні у зв'язку з військовою агресією російської федерації, практично неможливо.

Це, у свою чергу, ставить під сумнів можливість своєчасного проведення НСРД із залучення громадян до конфіденційного співробітництва. І, як наслідок, визнання результатів НСРД як доказу – недопустимим.

Потрібно відмітити, що індекс зловживань з боку правоохоронних органів при проведенні досудового розслідування в цілому, так і при проведенні НСРД зокрема, у воєнний стан значно знижується.

Це пояснюється тим, що правоохоронними органами фіксується, реєструється та розслідується велика кількість саме воєнних злочинів.

Звернемося до статистики.

Так, за даними Офісу Генерального прокурора [4] на сьогодні правоохоронними органами обліковано та розслідується 69 100 злочинів агресії та воєнних злочинів. Із них 67 040 – порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 Кримінального кодексу (далі – КК) України), 66 – планування, підготовка або розв'язання та ведення агресивної війни (ст. 437 КК України), 44 – пропаганда війни (ст. 436 КК України), 1950 – інші.

Окрім воєнних злочинів, зареєстровано та розслідується 16 814 злочинів проти національної безпеки.

У період воєнного стану значно зменшилась кількість корупційних кримінальних правопорушень, а також кримінальних правопорушень у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних засобів, їх аналогів та прекурсорів.

Саме при розслідуванні вказаних категорій кримінальних правопорушень, при використанні НСРД для їх фіксації і допускається найбільше зловживань з боку правоохоронних органів.

Тому, можна припустити, що у період воєнного та повоєнного стану доцільно законодавчо змінити підхід для використання НСРД у процесі розслідування кримінальних правопорушень, у тому числі і вказаних вище.

Щодо порушення таємності проведення НСРД.

У судах склалася практика про визнання допустимими як докази матеріали НСРД, де були залучені особи без попереднього надання допуску до державної таємниці. Хоча, на нашу думку, при дослідженні доказів, отриманих у результаті НСРД із залученням осіб до конфіденційного співробітництва, повинна бути чітка позиція з посилання на норму Закону України «Про державну таємницю», а не тлумачення законодавчого акта.

Наведемо деякі з рішень судів.

Так, суд касаційної інстанції вказує: «Не знайшли свого підтвердження доводи сторони захисту про те, що під час досудового розслідування були порушені вимоги ст. 517 КПК України, оскільки положення зазначеної статті не застосовуються до цього кримінального провадження, оскільки воно не є таким, що містить відомості, які становлять державну таємницю. Відповідно учасники провадження не повинні мати допуск до державної таємниці, надані прокурором матеріали НСРД були розтаємнені.

Також, суди обґрунтовано не погодилися з доводами захисту про незаконність проведення НСРД з підстав залучення до їх проведення понять, які не мали доступу до державної таємниці. Так, гриф таємності матеріалам НСРД був наданий на підставі статті 4.12.4 Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, стосовно відомостей про факт або методи проведення НСРД. Поняті можуть бути запрошені для участі в процесуальних діях, якщо слідчий вважатиме це за доцільне (ч. 6 ст. 223 КПК України). Детектив залучив поняті при проведенні огляду та вручення заздалегідь ідентифікованих грошових коштів ОСОБА_10. Протокол від 29.03.2019 року, який був складений за результатами проведення зазначених дій, не містить відомостей, що становлять державну таємницю» [5].

У постанові Верховного Суду зазначено: «З матеріалів кримінального провадження вбачається те, що 28 березня 2018 року ОСОБА_9 добровільно надав письмову згоду на залучення його до конфіденційного співробітництва у межах цього кримінального провадження, що останній підтвердив під час судового розгляду в суді першої інстанції. Постановою прокурора про контроль за вчиненням злочину від 29 березня 2019 року ОСОБА_9 залучено до проведення НСРД, оскільки саме йому ОСОБА_6 висловив вимогу надати неправомірну вимогу, у зв'язку з чим саме ОСОБА_9 міг виконати відповідні домовленості щодо передачі неправомірної вигоди обвинуваченому. Таким чином, залучення ОСОБА_9 прокурором до участі під час проведення контролю за вчиненням злочину було зумовлено об'єктивними обставинами та відповідає положенням ч. 6 ст. 246 КПК України.

Та обставина, що в матеріалах справи відсутня постанова прокурора про конфіденційне спів-

робітництво з особою, починаючи з 29 травня 2018 року, не змінює правового змісту проведених процесуальних дій у межах НСРД та не ставить під сумнів адекватність, правову обізнаність або добровільність на проведення таких дій цієї особи, зважаючи на його заяву про співробітництво» [6].

В ухвалі колегії суддів Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду зазначено: «Також колегія суддів вважає безпідставними твердження про недоліки протоколів НСРД через відсутність в матеріалах кримінального провадження відомостей щодо допуску ОСОБА_9 у період із 10 березня по 08 травня 2020 року до державної таємниці та наданні їй у встановленому порядку доступу до конкретної секретної інформації (категорії секретної інформації) стосовно відомостей щодо найменувань, принципів дії відповідних технічних засобів, методів проведення НСРД тощо.

Згідно з ч. 6 ст. 246 КПК України, за рішенням слідчого чи прокурора до проведення НСРД можуть залучатися також інші особи в порядку, визначеному ст. 275 КПК України, відповідно до якої до проведення НСРД слідчий має право залучати інших осіб, вимог щодо залучення лише осіб, які мають право доступу до державної таємниці, відповідна стаття не містить, а тому доводи сторони захисту, що матеріали кримінального провадження мають відображати відомості про допуск ОСОБА_9 до державної таємниці, є безпідставними, оскільки не засновані на вимогах закону.

Доводи захисту про порушення вимог ст. 517 КПК України під час досудового розслідування також є хибними, оскільки положення зазначеної статті не застосовуються до цього кримінального провадження (воно не є таким, що містить відомості, які становлять державну таємницю)» [7].

Ще одне рішення.

Вищий антикорупційний суд в ухвалі зазначив: «Відносно доводів апеляційних скарг про порушення порядку допуску та участі в НСРД осіб без допуску до державної таємниці слід зазначити наступне.

Згідно з ч. 1 ст. 246 КПК України, негласні слідчі (розшукові) дії є різновидом слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК України. За рішенням слідчого чи прокурора до проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть залучатися також інші особи, порядок залучення до НСРД регулюється ст. 275 КПК України, відповідно до якої до проведення НСРД слідчий має право залучати інших осіб, вимог щодо залучення лише осіб, які мають право доступу до державної таємниці, відповідна стаття не містить, так само не пред'являє таких вимог до поняті. Суд не погоджується з доводами захисту про порушення вимог ст. 517 КПК України під час досудового розслідування,

оскільки положення зазначеної статті не застосовуються до цього кримінального провадження (воно не є таким, що містить відомості, які становлять державну таємницю). Відповідно учасники провадження не повинні мати допуск до державної таємниці, надані прокурором матеріали НСРД були розсекречені, при цьому в них не міститься підписів ОСОБА_15 щодо ознайомлення з цими матеріалами.

Також колегія суддів не може погодитись з доводами захисту про незаконність проведення НСРД з підстав залучення до їх проведення понять, які не мали доступу до державної таємниці. Так, гриф таємності матеріалам НСРД наданий на підставі статті 4.12.3 Зводу відомостей, що становлять державну таємницю. Поняті можуть бути запрошені для участі в процесуальних діях, якщо слідчий вважатиме це за доцільне (ч. 6 ст. 223 КПК України). Детектив залучив понятих при проведенні огляду ОСОБА_15, огляду заздалегідь ідентифікованих грошових коштів та вручення їх ОСОБА_15, ці дії не є таємними (не є окремими видами НСРД), протокол огляду, ідентифікації та вручення грошових коштів від 05 лютого 2020 року, який складений за результатами проведення зазначених дій, не містить відомостей, що становлять державну таємницю» [8].

За вироком Жовтневого районного суду міста Запоріжжя «суд не погоджується із такими висновками сторони захисту та зазначає, що відповідно до ст. 275 КПК України під час проведення НСРД слідчий має право використовувати інформацію, отриману внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами, або залучати цих осіб до проведення НСРД у випадках, передбачених цим Кодексом. У той же час, як вбачається зі змісту постанови від 06.02.2018, саме прокурором було прийнято рішення про контроль за вчиненням злочину, під час якого дозволено залучити ОСОБА_7, у подальшому на виконання вимог ст. 275 КПК України відповідна постанова була винесена слідчим, тому суд вважає, що усі норми кримінального процесуального законодавства в цій частині були дотримані належним чином.

Відповідно до п. 5.1 наказу від 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5 «Про затвердження Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні», постанова слідчого, прокурора про проведення НСРД, клопотання про дозвіл на проведення НСРД, ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення НСРД та додатки до нього, протокол про проведення НСРД, які містять відомості про факт та методи проведення НСРД, 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. При цьому, інших застережень, у тому числі і з приводу залучення до конфіденційного співробітництва виключно осіб, які мають доступ до державної таємниці, зазначений нормативний акт не містить, тому аргументи захисника з приводу незаконної участі ОСОБА_7 у проведенні НСРД є припущенням та відкидаються судом» [9].

У постанові Верховного Суду зазначено: «Поза увагою апеляційного суду, який погодився з оцінкою суду першої інстанції щодо допустимості як доказу протоколу НСРД контролю за вчиненням злочину у виді спеціального слідчого експерименту від 17 березня 2017 року, залишилось те, що в матеріалах кримінального провадження відсутнє процесуальне рішення слідчого чи прокурора про залучення ОСОБА_10 (який є заявником та свідком згідно зі статтями 60, 65 КПК України) до проведення НСРД, яка здійснювалась на підставі постанови прокурора від 13 березня 2017 року.

Відповідно до ч. 1 ст. 246 КПК України, НСРД – це різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК України. За рішенням слідчого чи прокурора до проведення НСРД можуть залучатися також інші особи. Згідно зі ст. 275 КПК України, до проведення НСРД слідчий має право залучати інших осіб. Вимог щодо залучення до участі в проведенні НСРД лише осіб, які мають право доступу до державної таємниці, кримінальний процесуальний закон не містить.

Відповідно до статей 246, 271 КПК України, контроль за вчиненням злочину є окремим різновидом НСРД. У контексті ч. 6 ст. 246 КПК України ОСОБА_10 є іншою особою, яка тільки за рішенням слідчого чи прокурора може залучатися до проведення НСРД» [10].

У вироку Воловецького районного суду Закарпатської області зазначено: «Виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої НСРД, як контроль за вчиненням злочину.

Стороною обвинувачення надано суду постанову про проведення контролю за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту від 01.10.2020 року, прийняту прокурором – виконувачем обов'язків начальника відділу Закарпатської обласної прокуратури ОСОБА_17 (а.с. 181–183, т. 2).

Згідно з даною постановою, для отримання доказів злочинної діяльності ОСОБА_5 слід здійснити з 01.10.2020 року по 30.10.2020 року контроль за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту стосовно ОСОБА_5 та інших співучасників, з використанням відеозапису, фотографування, спеціальних технічних засобів спостереження, а також з використанням заздалегідь ідентифікованих грошових коштів. До проведення НСРД залучити ОСОБА_9, ІНФОРМАЦІЯ_4, мешканця АДРЕСА_4. Проведення контр-

олю за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту доручити оперативним працівникам ВКЗЕ УСБУ в Закарпатській області за участі старшого слідчого відділу СУ ГУНП в Закарпатській області ОСОБА_24.

Відповідно до ч. 1 ст. 275 КПК України, під час проведення НСРД слідчий має право використовувати інформацію, отриману внаслідок конфіденційного співробітництва з іншими особами, або залучати цих осіб до проведення НСРД у випадках, передбачених цим Кодексом.

Права ж прокурора в кримінальному провадженні визначені статтею 36 КПК України і серед них не передбачено право прокурора залучати особу до конфіденційного співробітництва під час проведення НСРД.

Не передбачено право прокурора на залучення особи до конфіденційного співробітництва і положеннями ч. 6 ст. 246 КПК України, відповідно до якої, за рішенням слідчого чи прокурора до проведення НСРД можуть залучатися також інші особи, оскільки про можливість залучення осіб саме до конфіденційного співробітництва в ч. 6 ст. 246 КПК України не йдеться.

На підставі ч. 1 ст. 25 Закону України «Про прокуратуру», прокурор здійснює нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство, користуючись при цьому правами і виконуючи обов'язки, передбачені Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» та КПК України. Тобто і положеннями Закону України «Про прокуратуру» не передбачено права прокурора залучати осіб до конфіденційного співробітництва під час проведення НСРД в кримінальному провадженні.

Питання залучення до конфіденційного співробітництва особи визначено виключно статтею 275 КПК України та Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність».

Відповідно до п. 14 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», оперативним підрозділам для виконання завдань оперативно-розшукової діяльності за наявності передбачених статтею 6 цього Закону підстав надається право використовувати конфіденційне співробітництво згідно з положеннями ст. 275 КПК України.

Тобто, виключне право залучати особу до конфіденційного співробітництва має слідчий або оперативний працівник, який виконує доручення слідчого, прокурора про проведення НСРД контроль за вчиненням злочину.

Постанова про проведення контролю за вчиненням злочину у формі спеціального слідчого експерименту від 09.11.2020 року (а.с. 184–186, т. 2) містить аналогічні процесуальні суперечності.

Залучення під час проведення НСРД до конфіденційного співробітництва особи не слідчим,

або оперативним працівником, як це передбачено ч. 1 ст. 275 КПК України, є підставою для визнання всіх отриманих за участі такої особи доказів *недопустимими доказами* в кримінальному провадженні, оскільки вони отримані не в порядку, передбаченому КПК України.

Таким чином, суд приходять до висновку про визнання всіх отриманих за участі ОСОБА_9 доказів *недопустимими доказами* в кримінальному провадженні, оскільки вони отримані не в порядку, передбаченому КПК України» [11].

Висновки. Аналіз наведених у статті судових рішень свідчить про наступне.

Невизначення законодавцем чітких умов залучення громадян до конфіденційного співробітництва у кримінальних провадженнях змушує суди застосовувати тлумачення норм КПК України. Але постає цілком логічне запитання: чи доцільним є тлумачення норм, коли стоїть питання тимчасового обмеження конституційних прав громадян?

Саме невизначеність цього питання призводить до численних клопотань сторони захисту про визнання недопустимими доказів, отриманих у результаті проведення НСРД із залученням громадян до конфіденційного співробітництва.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Тагієв С.Р., Пузирьов М.С., Івашко С.В. Негласні слідчі (розшукові) дії в умовах війни: окремі теоретичні та практичні аспекти (частина I). *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2023. № 1. С. 78–84.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88.
3. Про державну таємницю: Закон України від 21.01.1994 р. № 3855-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 16. Ст. 93.
4. Офіс Генерального прокурора. URL: <https://www.gp.gov.ua/> (дата звернення: 22.03.2023).
5. Постанова Верховного Суду у справі № 487/5684/19 від 22.10.2021 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100644236#> (дата звернення: 22.03.2023).
6. Постанова Верховного Суду у справі № 688/1415/19 від 10.08.2022 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105726356#> (дата звернення: 22.03.2023).
7. Ухвала колегії суддів Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду у справі № 991/722/21 від 13.01.2023 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108452606#> (дата звернення: 22.03.2023).
8. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду у справі № 991/3921/20

- від 31.05.2022 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104638707#> (дата звернення: 22.03.2023).
9. Вирок Жовтневого районного суду м. Запоріжжя у справі № 331/3157/18 від 22.06.2020 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89946459> (дата звернення: 22.03.2023).
10. Постанова Верховного Суду у справі № 700/361/17 від 05.08.2020 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90906016> (дата звернення: 22.03.2023).
11. Вирок Воловецького районного суду Закарпатської області у справі № 936/108/21 від 07.10.2022 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106651259> (дата звернення: 22.03.2023).