

ЗАКОНОДАВЧЕ ВРЕГУЛЮВАННЯ ПРАВАЗАСТОСУВАННЯ

УДК 343.14:351.745.7:343.974

Грібов М. Л. — доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, професор кафедри оперативно-розшукової діяльності Національної академії внутрішніх справ, м. Київ

УДОСКОНАЛЕННЯ ТЕРМІНОЛОГІЧНОГО АПАРАТУ ГЛАВИ 21 КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Окреслено коло проблем, що постають у процесі реалізації слідчими й оперативними підрозділами положень глави 21 Кримінального процесуального кодексу України у зв'язку з недосконалістю її термінологічного апарату. Запропоновано шляхи розв'язання цих проблем. Визначено основні засади вдосконалення термінологічного апарату інституту негласних слідчих (розшукових) дій.

Ключові слова: терміни, поняття, негласні слідчі (розшукові) дії, оперативні підрозділи.

Аналіз норм глави 21 Кримінального процесуального кодексу (КПК) України «Негласні слідчі (розшукові) дії» та практики їх застосування дає підстави для висновку, що термінологічний апарат, який використано в законодавстві для унормування цього інституту, має суттєві недоліки. Це унеможлиблює адекватне правове врегулювання організації проведення негласних слідчих (розшукових) дій (НСРД) на рівні міжвідомчих і відомчих нормативно-правових актів. Їхні розробники, формулюючи положення наказів, інструкцій та настанов, змушені шукати шляхи уникнення недолугих формулювань законодавця й оптимізації роботи слідчих та (за їх дорученням) оперативних підрозділів з проведення НСРД. Усе це призводить до наявності в сторони захисту законних підстав вимагати від суду визнати всі докази, що були одержані внаслідок проведення НСРД, недопустимими.

Для розв'язання цієї проблеми необхідно вдосконалити термінологічний апарат глави 21 КПК України, що стосується як окремих НСРД, так і загальних понять («приватне спілкування», «втручання в приватне спілкування», «публічно недоступне місце», «публічно доступне місце» тощо).

Мета статті полягає у визначенні основних засад і конкретних шляхів удосконалення термінологічного апарату глави 21 КПК України.

Дослідження слід розпочати з конкретних НСРД, оскільки на підставі комплексного аналізу термінологічних недоліків правового регулювання їх можна дійти висновків щодо шляхів удосконалення законодавчого унормування цього інституту загалом.

Стаття 260 КПК України «Аудіо-, відеоконтроль особи» передбачає, що такий контроль є різновидом втручання у приватне спілкування, яке проводять без її відома на підставі ухвали слідчого судді, якщо є достатні підстави вважати, що розмови цієї особи або інші звуки, рухи, дії, пов'язані з її діяльністю або місцем перебування тощо, можуть містити відомості, які мають значення для досудового розслідування. Аналіз цієї норми засвідчує, що відповідна НСРД передбачає фіксацію (за допомогою аудіо- та/або відеотехніки) дій особи незалежно від її місця перебування: у квартирі, офісі, особистому чи громадському транспорті, на вулиці. Водночас технічно досягти цього неможливо. Аудіо-, відеоконтроль особи можливий лише в конкретному приміщенні або транспортному засобі, де ймовірно буде перебувати особа, щодо якої проводять НСРД. Саме так тлумачать зміст цієї НСРД 72 % опитаних нами слідчих, 69 % прокурорів та 93 % оперативних працівників (слід зауважити, що 19 % слідчих, 22 % прокурорів та 4 % оперативних працівників взагалі не усвідомлюють сутність НСРД, передбаченої ст. 260 КПК України). Аудіо-, відеоконтроль у приміщенні проводять не лише тоді, коли особа, яка є об'єктом НСРД, перебуває там сама, а й коли до неї долучаються інші особи чи коли вона відсутня, а в приміщенні (транспортному засобі) перебувають люди, які не є об'єктами НСРД.

Таким чином, те, що законодавець назвав аудіо-, відеоконтролем особи, у площині практичної діяльності фактично є аудіо-, відеоконтролем публічно недоступних місць. За конкретних слідчих ситуацій це становить одну з підстав для

подання стороною захисту клопотань про визнання доказів, зібраних під час НСРД, недопустимими.

Буквальне тлумачення назви ст. 270 КПК України «Аудіо-, відеоконтроль місця» дає змогу дійти висновку, що її зміст полягає в контролі за допомогою засобів аудіо- та відеотехніки будь-якого місця – незалежно від його публічної доступності. Проте в тексті статті зазначено, що такий контроль полягає в здійсненні прихованої фіксації відомостей за допомогою аудіо-, відеозапису всередині публічно доступних місць, без відома їх власника, володільця або присутніх у цьому місці осіб. Отже, назва статті не відображає сутності відповідної НСРД, а відмінність змісту НСРД, передбачених ст. 260 та 270 КПК України, полягає в тому, що в першому випадку контроль проводять у публічно доступному місці, а в другому – у публічно недоступному. Тому доцільно змінити назви цих статей КПК України, урахувавши виявлені недоліки.

Недоречність убачаємо також у вживанні законодавцем у ст. 270 КПК України формулювання «всередині публічно доступних місць», з якого випливає, що відповідну НСРД можна проводити лише в певному приміщенні або транспортному засобі. Адже місце, яке потрібно контролювати, може знаходитися на відкритій місцевості (на вулиці, у сквері, лісі, на узбережжі водоймища тощо). У цьому разі не може йтися про проведення НСРД всередині публічно доступного місця.

Інша проблема, пов'язана з розумінням змісту НСРД, передбаченої ст. 270 КПК України, зокрема з її розмежуванням з одним із різновидів візуального спостереження, передбаченого ст. 269 КПК України. Ця стаття встановлює, що для пошуку, фіксації та перевірки під час досудового розслідування тяжкого чи особливо тяжкого злочину відомостей про особу, її поведінку або тих, із ким ця особа контактує, або певної речі чи місця в публічно доступних місцях можуть проводити візуальне спостереження за зазначеними об'єктами або візуальне спостереження з використанням відеозапису, фотографування, спеціальних технічних засобів для спостереження. За результатами спостереження складають протокол, до якого долучають отримані фотографії та/або відеозапис.

Аналіз норм ст. 269 КПК України надає можливість виокремити декілька підстав для класифікації цієї НСРД: 1) застосування фотографування, відеозапису та спеціальних технічних засобів для спостереження; 2) об'єкти, за якими

проводять візуальне спостереження (особа, річ, місце); 3) коло осіб, за якими можуть проводити візуальне спостереження (одна конкретна особа або ця особа та всі ті, хто з нею контактує).

Таким чином, з-поміж видів візуального спостереження виокремимо візуальне спостереження за місцем із застосуванням фотографування, відеозапису та спеціальних технічних засобів для спостереження.

Оскільки візуальне спостереження, відповідно до вимог ст. 269 КПК України, може бути проведено лише в публічно доступних місцях, то постає необхідність розмежування аудіо-, відеоконтролю місця та візуального спостереження за місцем із застосуванням фотографування, відеозапису та спеціальних технічних засобів для спостереження.

Очевидно, що визначена в ст. 269 КПК України НСРД не передбачає здійснення звукозапису. Однак під час відеозапису, що проводять у межах візуального спостереження за місцем, здебільшого фіксують і візуальну, і звукову інформацію.

На практиці НСРД, передбачені ст. 269 та 270 КПК України, розмежовують переважно за критерієм участі вповноважених посадових осіб у процесі документування. Якщо приховану фіксацію здійснюють за безпосередньої участі суб'єктів спостереження (оперативні працівники та слідчі особисто здійснюють зйомку з камер, що встановлені в їхньому одязі, речах, або проводять документування з транспортних засобів), то це кваліфікують як візуальне спостереження. Якщо документування здійснюють з прихованих камер і мікрофонів, що закріплені на нерухомих конструкціях або природних об'єктах (з можливістю дистанційного керування), то це вважають аудіо-, відеоконтролем місця. Ще один критерій, який застосовують на практиці для розмежування аналізованих НСРД, – суб'єкти їх виконання. За змістом проводять ті самі дії, проте до підрозділу, що спеціалізується на проведенні оперативно-технічних заходів, надсилають доручення на проведення аудіо-, відеоконтролю місця, а до підрозділу, який спеціалізується на проведенні візуального спостереження, – доручення на проведення візуального спостереження за місцем із використанням фотографування, відеозапису та спеціальних технічних засобів для спостереження.

Слідчі та прокурори, зазвичай, обирають саме останній варіант, оскільки для візуального спостереження за місцем не

потрібна ухвала слідчого судді, а для проведення аудіо-, відеоконтролю місця така ухвала є обов'язковою умовою.

Пошук шляхів розмежування зазначених НСРД доцільно спрямувати на виявлення помилок, яких припустився законодавець, формулюючи їх положення. Так, запровадження диференціації візуального спостереження залежно від об'єкта (особа, річ, місце) вважаємо невиправданим. Адже стеження за певними територіями, будівлями, приміщеннями, предметами (якщо його здійснюють у публічно доступних місцях) має на меті виявлення осіб, причетних до злочинної діяльності, й подальше вивчення їх дій. З моменту виявлення цих осіб спостереження проводять уже стосовно них. Тому коли винесено постанову про візуальне спостереження за місцем або річчю – немає формальних законних підстав стежити за особами, які будуть виявлені в такий спосіб. Отже, це спостереження має сенс лише в разі, якщо перебування особи в певному місці або її фізичний контакт із конкретним предметом може бути доказом її вини, а також із метою затримання підозрюваної (розшукуваної) особи. Проте спостереження за річчю або місцем, що проводять до виявлення таких осіб, не можна вважати втручанням в особисте життя громадян, обмеженням їхніх прав і свобод, оскільки носіями юридичних прав та учасниками правовідносин можуть бути лише особи. Речі та місця не є суб'єктами таких відносин. З огляду на зазначене візуальне спостереження за ними не потребує законодавчої регламентації.

У разі якщо візуальне спостереження проводять за особою та всіма тими, з ким вона контактує, виникає юридична колізія: для спостереження за цією особою (об'єктом) одержують ухвалу слідчого судді, а за її зв'язками – ні (це неможливо ні юридично, ні організаційно). З позицій кримінального процесуального права відбувається втручання в особисте життя контактів об'єкта, які не мають жодного процесуального статусу.

Отже, як в оперативно-розшуковій діяльності, так і в кримінальному процесі доцільно розмежовувати візуальне спостереження за відомими та невідомими (виявленими) особами. У КПК України необхідно запровадити положення, яке надавало б можливість проводити візуальне спостереження як за відомою (встановленою) особою, так і за невідомою (невстановленою).

Водночас у розмежуванні законодавцем візуального спостереження на стеження за особою, річчю та місцем є певна

логіка. Проте під час нормопроєктування не було враховано, що таке розмежування: а) має не юридичне, а організаційне значення; б) слід проводити не за сутнісними ознаками об'єкта, а за ознакою рухомості (рухоме чи стаціонарне).

Окреслений підхід дає підстави для чіткого розмежування НСПД, що передбачені ст. 269 та 270 КПК України.

Стаття 271 КПК України визначає, що за наявності достатніх підстав вважати, що готують учинення або вчиняють тяжкий чи особливо тяжкий злочин, можуть здійснювати контроль за вчиненням злочину, який має чотири форми – контрольована поставка, контрольована й оперативна закупка, спеціальний слідчий експеримент, імітування обстановки злочину. На жаль, законодавець не визначив ні контроль за вчиненням злочину загалом, ні жодну з його форм. Ця прогалина вкрай негативно позначається на виконанні завдань кримінального провадження, спричиняє термінологічну плутанину, а під час практичного застосування різних форм контролю за вчиненням злочину надає можливість стороні захисту об'ґрунтовано вимагати від суду визнати недопустимими докази, одержані під час контролю за вчиненням злочину.

Більшість науковців за прикладом законодавця виокремлюють і розглядають чотири форми контролю за вчиненням злочину, зазначені вище. Проте зводити зміст контролю за вчиненням злочину до цих чотирьох форм не слід. У прямому значенні «контроль за вчиненням злочину» є наданням можливості особі реалізувати свої злочинні наміри (під прихованим наглядом), аби задокументувати її дії та вчасно їх припинити.

Так, контроль за вчиненням особою незаконного заволодіння автотранспортним засобом можна цілком здійснити за допомогою візуального спостереження за нею (з використанням фотографування та відеозапису). Якщо відомо конкретне публічно доступне місце та часу, де планують пограбування, диверсію, закладання тайника зі зброєю або наркотиками, то замах на вчинення цих злочинів можна цілком зафіксувати за допомогою відеоконтролю такого місця. Контроль за крадіжкою з квартири або приватного будинку може бути проведений за допомогою візуального спостереження за місцем (входом і вікнами) й аудіо-, відеоконтролю всередині приміщення.

Тож контроль за вчиненням злочину є поняттям ширшим, ніж комплекс форм контролю за вчиненням злочину, що передбачені

ст. 271 КПК України. Його не варто вважати окремою НСРД. Доцільно тлумачити його як проведення однієї або комплексу НСРД з метою фіксації факту вчинення особою або групою осіб готування та/або замаху на тяжкий чи особливо тяжкий злочин. Крім того, складовою контролю за вчиненням злочину є затримання особи «на гарячому» та невідкладне проведення відкритих СРД (огляд, обшук, освідкування, допит). Саме комплексність НСРД та СРД становлять зміст операцій, які мають бути юридично закріплені як контроль за вчиненням злочину.

Усі розглянуті вище НСРД (за винятком аудіо-, відеоконтролю особи), за визначенням законодавця, не є втручанням у приватне спілкування. Спілкуванням визнають передання інформації в будь-якій формі від однієї особи до іншої безпосередньо або за допомогою засобів зв'язку будь-якого типу. Спілкування є приватним, якщо інформацію передають і зберігають за таких фізичних чи юридичних умов, за яких учасники спілкування можуть розраховувати на захист інформації від втручання інших осіб. Втручанням у приватне спілкування є доступ до змісту спілкування за умов, якщо учасники спілкування мають достатні підстави вважати, що спілкування є приватним (ч. 3, 4 ст. 258 КПК України).

Досить дивним видається те, що для визначення суто юридичних характеристик процесуальних дій використовують психологічну категорію (спілкування), зміст якої досі є дискусійним у психологічній науці. Не зрозуміло, чому НСРД, під час яких цілком може мати місце втручання у приватне спілкування, не належать до цієї категорії. Зазначене, зокрема, стосується візуального спостереження за особою, річчю або місцем, аудіо-, відеоконтролю місця. Окремі науковці, досліджуючи питання втручання в приватне спілкування, пропонують доповнити цей інститут НСРД, що матиме назву «безпосереднє спостереження та технічне документування юридично значущих фактів», до якої належатимуть НСРД, передбачені ст. 260, 269 та 279 КПК України [1]. І якщо змістове наповнення пропонованої норми є дискусійним, то однозначне віднесення дій, що охоплені зазначеними статтями КПК України, до втручання у приватне спілкування ми цілком поділяємо.

Аналіз змісту НСРД, передбачених ст. 271, 272 КПК України, як за матеріалами практики, так і згідно з положеннями наукових праць [2–6], дає підстави стверджувати, що вони пов'язані з

втручанням у приватне спілкування. Ці дії передбачають участь у конфіденційному спілкуванні інших людей особи, яка без їх відома збирає щодо них інформацію, зокрема таку, що стосується їхнього особистого життя. Сторони спілкування при цьому розраховують на збереження в таємниці змісту спілкування, будучи введеними в оману з використанням неправдивих відомостей – дезінформації.

Водночас під час аудіо-, відеоконтролю особа може перебувати в контрольованому приміщенні сама й узагалі ні з ким не спілкуватися. Однак проведення НСРД не можна вважати недоцільним, оскільки за наведених обставин може бути зафіксовано, наприклад, процес одноосібного виготовлення наркотиків, фальшування грошей, збирання вибухового пристрою тощо.

Отже, використання категорії «приватне спілкування» як критерію для законодавчої класифікації НСРД є невиправданим. Натомість для такої класифікації доцільно застосовувати критерій публічної доступності фізичного й віртуального простору, а також радіоефіру. Частково цей критерій використав законодавець. Так, у ч. 2 ст. 267 КПК України «Обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи» запропоновано визначення публічно недоступного місця як місця, до якого неможливо ввійти або в якому неможливо перебувати на правових підставах без отримання на це згоди власника, користувача або вповноважених ними осіб.

У ст. 269 та 270 КПК України зазначено, що унормовані в них НСРД проводять у публічно доступних місцях, хоча визначення публічно доступного місця не запропоновано. Отже, з огляду на логіку законодавця, усі місця, які не належать до категорії публічно недоступних, слід вважати публічно доступними.

Таким чином, простір розмежовано на публічно доступні та публічно недоступні місця, проте цього явно недостатньо. Тому ми поділяємо позицію дослідників, які пропонують переформатувати структуру глави 21 КПК України, визначивши основними критеріями класифікації НСРД публічність і приватність конкретних явищ та процесів, що підлягають документуванню. Зокрема, це стосується місць, де проводять НСРД, і розмежування їх на публічно доступні, публічні місця з обмеженим доступом та публічно недоступні місця. Відповідно до категорії місця суб'єктами дозволу на проведення НСРД є керівник органу досудового розслідування, прокурор і слідчий

суддя. Коли йдеться про реальний (фізичний) простір, то місцем проведення НСРД слід вважати розміщення суб'єктів цих дій і використовуваних ними засобів. Під час проведення НСРД у віртуальному (кібернетичному) просторі, радіоефірі та в мережах дротового зв'язку критерієм публічності має бути можливість загального доступу до інформації, що там міститься (зберігається, передається) [7, с. 187].

Статтю 273 КПК України присвячено засобам, які використовують під час проведення НСРД. До їх переліку належать лише «заздалегідь ідентифіковані (помічені) засоби або несправжні (імітаційні) засоби» (з тексту статті не цілком зрозуміло, чи це різні терміни, що вжиті для позначення однієї категорії, чи різні за змістом поняття). Аналіз змісту норм ст. 273 КПК України та практики їх застосування засвідчує, що вони не охоплюють засобів, використовуваних під час проведення НСРД, а їх реалізація часто виявляється неможливою. Тому постає необхідність перегляду переліку, змісту та правового регулювання використання засобів НСРД. Убачаємо за доцільне додати до цього переліку технічні засоби, засоби забезпечення негласності (конспірації), попередньо ідентифіковані (помічені) засоби, комп'ютерні й інші бази даних, розвідувальні комп'ютерні засоби тощо.

Також слід акцентувати увагу законодавця на термінах, які є нетрадиційними для вітчизняної практики правотворення та правозастосування, а подеколи є наслідком недбалого перекладу норм законодавства США та західноєвропейських країн з використанням спеціальних програм-перекладачів. Це, зокрема, стосується таких термінів:

а) «транспортні телекомунікаційні мережі» (по-перше, слово «транспортні» є зайвим і перевантажує назву; по-друге, керуючись здоровим глуздом і нормами ст. 1 Закону України «Про телекомунікації», те саме можна називати традиційним для України терміном «канали електрозв'язку»);

б) «несправжні (імітаційні) засоби» (цей термін доцільно замінити на низку вітчизняних, що мають конкретніше значення – документи прикриття, засоби маскування, засоби імітації (бутафорія), легендоване підприємство тощо, установивши для кожного певний порядок застосування);

в) «заздалегідь ідентифіковані (помічені) засоби» (цей термін також має бути замінено низкою інших, що надасть можливість унормувати на законодавчому рівні застосування спеціальних хімічних речовин для маркування різноманітних об'єктів).

Загалом назви конкретних НСРД потрібно узгодити з їхнім змістом, використовуючи традиційні для вітчизняної практики правотворення та правозастосування терміни. Законодавча класифікація НСРД має ґрунтуватися не на психологічних поняттях (недоречно намагатися дати психологічним термінам юридичне визначення), а на власне юридичних критеріях, якими є публічність і приватність (конкретних місць у фізичному просторі, діапазонів у радіоефірі та сегментів у віртуальному інформаційному просторі).

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Уваров В. Г. Інститут втручання у приватне життя шляхом аудіо-, відеоконтролю [Електронний ресурс] / В. Г. Уваров // *Право і безпека*. – 2012. – № 5. – С. 190–194.
2. Венедіктов А. А. Виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації в оперативно-розшуковій діяльності та кримінальному процесі / А. А. Венедіктов // *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. – 2014. – № 2. – С. 74–77.
3. Багрій М. В. Спеціальний слідчий експеримент як форма контролю за вчиненням злочину / М. В. Багрій // *Актуальні проблеми держави і права*. – 2014. – Вип. 74. – С. 386–391.
4. Білічак О. А. Контроль за вчиненням злочину: поняття та форми / О. А. Білічак // *Ученые записки Таврийского национального университета им. В. И. Вернадского*. – 2014. – № 2 (66). – Т. 27. – С. 129–135. – (Серия «Юридические науки»).
5. Комашко В. В. Контрольована поставка як форма контролю за вчиненням злочину / В. В. Комашко // *Вісник Запорізького юридичного інституту Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. – 2012. – № 3 (60). – С. 219–229.
6. Суворова Р. В. Контроль за вчиненням злочину як ефективний захід отримання доказів у кримінальному провадженні / Р. В. Суворова // *Наше право*. – 2015. – № 2. – С. 117–121.
7. Бабошин А. М. Прокурорський нагляд за документуванням злочинів у сфері банківського кредитування оперативними підрозділами України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Бабошин Арсеній Миколайович. – Київ, 2016. – 299 с.

REFERENCES

1. Uvarov, V.H. (2012). Instytut vtruchannia u pryvatne zhyttia shliakhom audio-, videokontroliu [Institute for Interference in Privacy through Audio and Video Monitoring]. *Pravo i bezpeka, Law and Security*, 5, 190-194 [in Ukrainian].
2. Venediktov, A.A. (2014). Vykonannia spetsialnogo zavdannia z rozkryttia zlochyynnoi diialnosti orhanizovanoi hrupy chy zlochyynnoi orhanizatsii v operatyvno-rozshukovij diialnosti ta kryminalnomu protsesi [Performing a special task to disclose the criminal activities of an organized group or a criminal organization in the operational and investigative activities and the criminal process]. *Borotba z orhanizovanoi zlochyynnistiu i koruptsiieiu (teoria i praktyka), Combating Organized Crime and Corruption (Theory and Practice)*, 2, 74-77 [in Ukrainian].
3. Bahrii, M.V. (2014). Spetsialnyi slidchyi eksperyment iak forma kontroliu za vchynenniam zlochyynu [Special investigative experiment as a form of control over the commission of crime]. *Aktualni problemy derzhavy i prava, Actual problems of the state and law*, 74, 386-391 [in Ukrainian].
4. Bilichak, O.A. (2014). Kontrol za vchynenniam zlochyynu: poniattia ta formy [Control over the crime of concept and form]. *Uchenye zapysky Tavryiskoho natsyonalnogo unyversyteta im. V.Y. Vernadskoho, Scientific notes of the Taurida National University named after V.I. Vernadsky*, 2, 129-135 [in Russian].
5. Komashko, V.V. (2012). Kontrolovana postavka iak forma kontroliu za vchynenniam zlochyynu [Controlled delivery as a form of control over the commission of a crime]. *Visnyk Zaporizkoho yurydychnoho instytutu Dnipropetrovskoho derzhavnogo universytetu vnutrishnikh sprav, Bulletin of the Zaporizhzhya Law Institute of the Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs*, 3, 219-229 [in Ukrainian].
6. Suvorova, R.V. (2015). Kontrol za vchynenniam zlochyynu iak efektyvnyi zakhid otrymannia dokaziv u kryminalnomu provadzhenni [Control over the crime as an effective measure of obtaining evidence in criminal proceedings]. *Nashe pravo, Our law*, 2, 117-121 [in Ukrainian].
7. Baboshyn, A.M. (2016). Prokurorskyi nahliad za dokumentuvanniam zlochyyniv u sferi bankivskoho kredytuvannia operatyvnymy pidrozdilamy Ukrainy [Prosecutor's supervision of documenting crimes in the field of bank lending by the operational divisions of Ukraine]. *Candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].

Стаття надійшла до редакції 14.03.2017
