

ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ НС(Р)Д

Ігор Ростиславович ШИНКАРЕНКО,

*кандидат юридичних наук, професор,
професор кафедри права Національного
аерокосмічного університету
ім. М. Є. Жуковського
«Харківський авіаційний інститут»
<https://orcid.org/0000-0001-5524-2259>*

Василь Павлович ЗАХАРОВ,

*доктор юридичних наук, професор, професор
кафедри ОРД Львівського державного
університету внутрішніх справ*

Андрій Валерійович ФЕДОТЕНКО,

*кандидат юридичних наук, начальник відділу
Управління стратегічних розслідувань в
Запорізькій області ДСР НП України*

Реформа кримінального судочинства у значній кількості країн пострадянського простору наприкінці 1990-х років, що продовжувалася фактично до 2020-го року призвела до зміни співвідношення кримінального процесу і ОРД. Означене призвело до формування двох моделей негласного провадження: оперативно-розшукового та проведення негласних слідчих(розшукових) дій у межах кримінального провадження. Одночасно здійснювалося становлення особливих систем правового регулювання негласних-секретних дій: в одній групі країн регулювання здійснюється національними КПК в іншій окремими законодавчими актами у сфері кримінальної розвідки та негласного розслідування або оперативно-розшукової діяльності [1, с. 6].

Як наслідок термінологія у вказаних країнах істотно відрізняється. В Естонії це «розшукові дії», в Литві – «інші процесуальні заходи», в Латвії – «спеціальні слідчі дії», в Молдові – «спеціальна розшукова діяльність», а в Україні – «негласні слідчі (розшукові) дії» [2, с. 24].

Таке різноманіття не тільки на міждержавному рівні а й у межах національного кримінально-процесуального законодавства призводить до загрози створення системних загроз правам людини під час прийняття рішення, санкціонування та проведення НС(Р)Д.

Про це свідчить також, аналіз думок науковців та практикуючих адвокатів. Так аналіз публікацій за останні 5-ть років свідчить про наявність проблем щодо забезпечення прав і свобод людини під час проведення С(Р)Д та НС(Р)Д:

1. Порухення ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо права кожного на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції.

- спостерігається значний обсяг надання дозволів на проведення С(Р)Д, що обмежують права і свободи людини (наприклад: надання судами дозволів на тимчасовий доступ до речей і документів понад 200000- 270000 щорічно);

- аналогічною є ситуація у сфері проведення НС(Р)Д, щорічно судді надають більше 100 тисяч дозволів на їх проведення;

- незаконне проведення НС(Р)Д за відповідну грошову винагороду [3];

- практика ЄСПЛ дотримується стандарту, що обмеження прав і свобод людини під час проведення негласних ССМП-НС(Р)Д може бути виправданим за умови що обмеження повинні бути адекватні та мати ефективні гарантії проти зловживань[4].

2. При прийнятті рішення слідчим суддею про надання ухвали на проведення НС(Р)Д порушується процедурний стандарт запропонований ЄСПЛ для оцінки того, чи існують адекватні і ефективні гарантії від зловживань при проведенні негласних заходів, необхідно перевірити такі аспекти:

- характер, масштаби і тривалість можливих заходів,

- підстави, необхідні для дозволу на їх проведення;

- органи, уповноважені дозволяти, проводити і контролювати такі заходи;

- способи правового захисту, передбачені національним законодавством [5].

Окрім того значна кількість авторів звертає увагу на порушення процесуальних вимог щодо отримання ухвали слідчого судді на проведення С(Р)Д, НС(Р)Д та ОРЗ, що значно обмежують права і свободи людини [6].

Окрема група авторів акцентує увагу на недосконалості моделі та видів судового контролю у цій сфері [7].

Визначити підґрунтя означених проблем та напрямки їх подолання можливо тільки на ґрунті історико-системного підходу до проблеми злочинності та її загрози державі, найважливішими правам та свободам окремих громадян та всієї спільноти в цілому.

Другий підхід це ступінь небезпеки використання негласних та спеціальних заходів, що у значному ступені обмежують права і свободи людини та створюють на ґрунті своєї таємності основу для значних масових порушень прав і свобод людини.

Таким чином визначити реальні загрози правам і свободам людини можливо скрізь призму відповідності стану чинного законодавства та процедури проведення НС(Р)Д-ССМП-ОРЗ стандартам ЄСПЛ.

До таких загальних стандартів відноситься:

По-перше, у національному законодавстві повинен бути вичерпний список злочинів, підготовка або вчинення яких може привести до проведення окремих ССМП-НС(Р)Д [8].

По-друге, чітко визначений перелік суб'єктів, що можуть здійснювати ССМП-НС(Р)Д, що обмежують права та свободи людини.

По-третє, повинна бути конкретизація ССМП-НС(Р)Д стосовно відповідних кримінальних проступків, та тяжких та особливо тяжких злочинів на ґрунті принципу адекватності-пропорційності.

Здійснений нами аналіз чинного кримінального законодавства з урахуванням думок фахівців у галузі кримінального права, а також відповідних змін до чинного КК та КПК України та законодавства у сфері регулювання діяльності правоохоронних органів, що реалізують політику у сфері протидії злочинності проведенням ОРЗ та за дорученням слідчого та ухвали слідчого судді проведення НС(Р)Д, що обмежують права і свободи людини, можемо констатувати, що С(Р)Д, НС(Р)Д - ОРЗ з обмеження прав і свобод людини можуть використовуватися для попередження, виявлення та припинення наступних видів злочинів:

- злочини проти основ національної безпеки України (тяжкі та особливо тяжкі – 81,25%);
- тяжкі та особливо тяжкі злочини проти життя та здоров'я особи (13,33%);
- тяжкі та особливо тяжкі злочини проти волі, честі та гідності особи (42,86%);
- тяжкі та особливо тяжкі злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (35, 71%);
- тяжкі та особливо тяжкі злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина (тяжкі злочини 3%);
- тяжкі та особливо тяжкі злочини проти власності (32,65%);
- тяжкі та особливо тяжкі злочини у сфері господарської діяльності (16,65%);
- тяжкі та особливо тяжкі злочини проти довілля (тяжкі злочини 5%);
- тяжкі та особливо тяжкі злочини проти громадської безпеки (45,45%);
- тяжкі та особливо тяжкі злочини проти правосуддя (6,9%);
- тяжкі та особливо тяжкі злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) 53,25%);
- тяжкі та особливо тяжкі злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку (84,21%).

Таким чином, можемо констатувати, НС(Р)Д, що обмежують права і свободи людини, можуть використовуватися у кримінальних провадженнях майже за фактами вчинення кожного четвертого кримінального правопорушення передбаченого з КК України. Взагалі велась до липня 2020 року, та не ведеться й далі статистика про кількість НС(Р)Д щодо конкретного злочину, передбаченого КК України [9]. Це не повною мірою відповідає стандартам Євросоюзу, тому що:

До липня 2020 року у чинному Кримінальному Процесуальному Кодексі та України було визначено, що негласні слідчі (розшукові) дії, передбачені статтями 260, 261, 262, 263, 264 (в частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді), 267, 269, 269-1, 270, 271, 272, 274 КПК, проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів [10].

Відповідно до Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні? виокремлена група НС(Р)Д, які проводяться незалежно від тяжкості злочину, а саме: зняття інформації з електронних інформаційних систем або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем чи не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту (ч. 2 ст. 264 КПК України) та установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК України) [11]. Однак законодавець не конкретизував їх види.

Відповідно до змін у КК України запроваджено окремий вид кримінальних правопорушень – кримінальний проступок. У новітній редакції ст. 12 КК кримінальним проступком є діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або інше покарання, не пов'язане з позбавленням волі. Злочини поділяються на нетяжкі, тяжкі та особливо тяжкі.

Як наслідок вказаних новел, у КПК України запроваджено новітню ст. 40-1. Згідно змісту якої запроваджено інститут дізнавачів. Відповідно до Положення про організацію діяльності підрозділів дізнання органів Національної поліції України підрозділи дізнання органів Національної поліції України (далі - підрозділи дізнання) здійснюють досудове розслідування кримінальних проступків, віднесених до підслідності органів Національної поліції України, у порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України (далі - КПК України) [12].

У частині 2, ст. 40-1 передбачено, що дізнавач уповноважений проводити огляд місця події, обшук затриманої особи, опитувати осіб, вилучати знаряддя і засоби вчинення правопорушення, речі і документи, що є безпосереднім предметом кримінального проступку або виявлені під час затримання, а також проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії у випадках, установлених Кримінальним Процесуальним Кодексом. Окрім того на законодавець уповноважив дізнавачів звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді з клопотаннями про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій. В той же час ст. 246 КПК визначає, що негласні слідчі (розшукові) дії проводяться у випадках, якщо відомості про кримінальне правопорушення та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб.

В той же час не надання переліку конкретних видів кримінальних правопорушень, а саме конкретних кримінальних проступків під час розслідування яких можуть використовуватися конкретні НС(Р)Д може стати підставою порушення основних прав і свобод людини.

Загалом у країнах Європи та Америки, використовувати ССМП-НС(Р)Д, що обмежують права і свободи людини, можливо для попередження та виявлення наступних злочинів:

- злочини проти світу і державна зрада;
- підривання демократичного ладу і законності;
- шпигунство або загроза міжнародної безпеки;
- злочини проти національної обороноздатності;

- вбивство, геноцид, викрадення людей з метою викупу;
- захоплення заручників;
- знищення майна шляхом підпалу або вибухів в транспортних засобах і отруєння;
- тероризм;
- проти основних політичних і економічних інтересів Держави;
- виготовлення або міжнародної торгівлі деякими забороненими виробами і підкупу офіційних осіб;
- крадіжка зброї, боєприпасів, вибухових і радіоактивних речовин, токсичних або бактеріологічних матеріалів і торгівля ними;
- контрабанда зброї і наркотиків;
- незаконне поширення виробів і технологій, що знаходяться під міжнародним контролем;
- грабежі при обтяжливих обставинах;
- професійна скупка краденого;
- викраденні літака, диверсії проти повітряного судна;
- фальшивомонетництво при обтяжливих обставинах;
- злочини пов'язані з незаконним обігом наркотичних засобів;
- злочини при обтяжливих обставинах;
- вимагання при обтяжливих обставинах.

Наступним протиріччям, що може стати підґрунтям правопорушень при проведенні НС(Р)Д є невизначеність того хто може конкретно здійснювати НС(Р)Д. Виходячи з проведеного нами чинного кримінально-процесуального законодавства здійснювати НС(Р)Д, узгоджують та надають ухвалу на проведення:

- рішення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій приймає слідчий, прокурор, а у випадках, передбачених КПК, - слідчий суддя за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором. Слідчий зобов'язаний повідомити прокурора про прийняття рішення щодо проведення певних негласних слідчих (розшукових) дій та отримані результати. Прокурор має право заборонити проведення або припинити подальше проведення негласних слідчих (розшукових) дій [10, ст 246 КПК];

- виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину [10, ст 246 КПК];

- проводити негласні слідчі (розшукові) дії має право слідчий, який здійснює досудове розслідування кримінального правопорушення, або за його дорученням - уповноважені оперативні підрозділи Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів, установ виконання покарань та слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, органів Державної прикордонної служби України. За рішенням слідчого чи прокурора до проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть залучатися також інші особи та відповідно ст. 40-1 дізнавач може проводити негласні слідчі (розшукові) дії під час здійснення досудового розслідування кримінальних проступків, що віднесені до його підслідності.

Таким чином аналіз чинного законодавства та думок науковців дозволяє поділити суб'єкти НС(Р)Д на ті, що можуть їх ініціювати, та тих, хто їх здійснює [13, С. 118-120; 14, с. 44]. Відповідно до ст.232 КПК Республіки Казахстан негласні слідчі дії, за винятком негласного контролю поштових та інших відправлень, виробляються за дорученням органу досудового розслідування уповноваженим підрозділом правоохоронного або спеціального державного органу з використанням форм і методів оперативно-розшукової діяльності [15, ст. 232].

Підсумуючи здійснений нами аналіз стану відповідності національного законодавства у сфері негласного кримінального провадження можемо констатувати, що у галузі регулювання здійснення НС(Р)Д, дозволяє констатувати, що воно загалом відповідає вимогами ЄСПЛ до національних систем законодавства з використання ССМП-НС(Р)Д, що обмежують права та свободи людини. Однак потребує актуалізації норми щодо конкретизації об'єктивних та суб'єктивних складових негласного провадження, а саме:

1. Запровадження норм з конкретним переліком:

- тяжких та особливо тяжких злочинів за фактами вчинення яких можливо здійснювати НС(Р)Д, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді);

- кримінальних проступків, не тяжких злочинів за фактами вчинення яких можливо здійснювати НС(Р)Д, що які проводяться незалежно від тяжкості злочину : зняття інформації з електронних інформаційних систем або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем чи не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту (ч. 2 ст. 264 КПК України) та установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК України).

2. Конкретно які особисто НС(Р)Д можуть проводити слідчі, дізнавачі, а які тільки за їх дорученням уповноважені оперативні підрозділи.

Список використаних джерел:

1. Експрес-аналіз ефективності використання негласних слідчих (розшукових) дій: аналітичний огляд / С. В. Албул, М. П. Водько, О. Є Користін та ін. Одеса : ОДУВС, 2015. 36 с.

2. Правовое регулирование специальных (тайных) следственных действий в постсоветских странах: аналитический обзор / подготовлен А. Банчуком. Бишкек: ООН, 2014. 84 с.

3. Баганець О. В. Порухення прав громадян під час незаконного тримання під вартою, обшуків, арешту майна та НСРД. URL: https://protocol.ua/ru/porushennya_prav_gromadyan_pid_chas_nezakonnogo_trimannya_pid_vartoyu_obshukiv_areshtu_mayna_ta_nsrtd/(2.12.2020-, 8:10).

4. Дроздов О., Дроздова О. ЄСПЛ визнав порушення Конвенції у справі «Хамбардзумян проти Вірменії» щодо незаконного використання даних НСРД URL: <https://unba.org.ua/publications/print/5131-espl-viznav-porushennya-konvencii-u-spravi-hambardzumyan-proti-vmirnenii-shodo-nezakonno-go-vikoristannya-danih-nsrtd.html> (02.12.2020, 8:20).

5. Слюсар А. Практика Європейського суду з прав людини. URL: <https://vkr.ua/publication/yak-z-bukv-nstrd-sklasti-slovo-pravomirnist-praktika-ievropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini> (2.12.2020 – 9:00).

6. Ємельянов В. Про обов'язковість процесуальної форми під час НС(Р)Д URL: <http://kdkako.com.ua/pro-obov%CA%BAyazkovist%CA%B9-protsesual%CA% B9noyi-formy-pid-chas-nstrd/> (01.06.2020, 23:45).

7. Павлюковець Т. Судовий контроль за НПСД <https://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/uvaga-vas-znimaє-prihovana-kamera.html> (2.12.2020 – 9:00)

8 Справочное руководство по уголовному судопроизводству. URL: http://polis.osce.org/library/f/3071/1897/OSCE-AUS-SPM-3071-RU-Справочное_руководство_по_уголовному_процессу.pdf.

9. Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. №25. Ст.31. З наступними змінами і доповненнями № 805-IX від 16.07.2020, ВВР, 2020, № 36, ст.273.

10. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012. *Голос України*. 2012. 19 травня (№№ 90–91) (із змінами та доповненнями, № 2581-VIII від 02.10.2018, *Відомості Верховної Ради*, 2018, № 46, ст.371№ 2599-VIII від 18.10.2018, ВВР, 2018, № 46, ст.374

11. Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: Наказ № 114/1042/516/1199/936/1687/5 від 16.11.2012 ГП України, МВС України, СБ України, ДПС України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12#text\(02.12.2020, 23:20\)](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12#text(02.12.2020, 23:20)).

12. Про затвердження Положення про організацію діяльності підрозділів дізнання органів Національної поліції України: НАКАЗ МВС України 20.05.2020 № 405. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0491-20#Text\(06.12.2020, 17:32\)](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0491-20#Text(06.12.2020, 17:32)).

13. Білічак О. А. Негласні слідчі (розшукові) дії: система і класифікація. *Юридичні науки: історія, сучасний стан та перспективи досліджень: матеріали міжнародної науково-практичної конференції* (Київ, 2014). К.: Центр правових досліджень, 2014. С. 118-120.

14. Вязмікін С. А. Організація проведення негласних слідчих (розшукових) дій. *Оперативно-розшукова діяльність органів внутрішніх справ: проблеми теорії та практики: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф.* (Дніпропетровськ, 25-26 верес. 2014 р.). Д.: Дніпроп. ДУВС, 2014. С. 43-45.

15. Уголовно-процесуальний кодекс Республики Казахстан. *Кодекс Республики Казахстан* от 4 июля 2014 года № 231-V ЗРК. URL: <https://zakon.uchet.kz/rus/docs/K1400000231>.