

ПАНОВА А. В.,

кандидат юридичних наук,
асистент кафедри кримінального
процесу та оперативно-розшукової
діяльності
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)

УДК 343.14

РОЗСЕКРЕЧУВАННЯ МАТЕРІАЛІВ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ: СУДОВА ПРАКТИКА ТА ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ

Стаття присвячена дослідженню процесуального порядку розсекречування матеріалів негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх у доказуванні. Проаналізовано практику Європейського суду з прав людини в частині вирішення цього питання, а також правові позиції Верховного суду України.

Ключові слова: негласні слідчі (розшукові) дії, розсекречування, право на справедливий суд, відкриття матеріалів іншій стороні, докази, допустимість доказів.

Статья посвящена исследованию процессуального порядка рассекречивания материалов негласных следственных (розыскных) действий и использованию их в доказывании. Проанализирована практика Европейского суда по правам человека, а также правовые позиции Верховного Суда Украины.

Ключевые слова: негласные следственные (розыскные) действия, рассекречивание, право на справедливый суд, открытие материалов другой стороне, доказательства, допустимость доказательств.

The article is devoted to the research of the procedural order of reveal the materials of covert investigative (search) actions and using them in proving. The practice of the European Court of Human Rights, as well as the legal positions of the Supreme Court of Ukraine, is analyzed.

Key words: covert investigative (search), reveal, right to a fair trial, opening of the materials to the other side, evidence, admissibility of evidence.

Вступ. Інститут відкриття матеріалів іншій стороні має комплексний характер щодо забезпечення прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого, серед яких право на оскарження процесуальних рішень, дії чи бездіяльності, презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини, право на захист, а також право на справедливий судовий розгляд.

У цьому контексті актуальним на сьогодні є питання надання доступу слідчим, прокурором до матеріалів негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НС(Р)Д) стороні захисту, що здійснюється під час завершення досудового розслідування перед зверненням до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру. Йдеться, зокрема, не тільки про протоколи НС(Р)Д та додатки до них, які можуть використовуватися в доказуванні на тих самих підставах, що і результати проведення інших слідчих (розшукових) дій, а також про матеріальні носії інформації, які є правовою підставою для проведення НС(Р)Д – клопотання, постанови, ухвали. Можливість ознайомлення зі змістом останніх, дає змогу перевірити допустимість результатів НС(Р)Д, а також є однією з гарантій забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого на захист.



На необхідність надання доступу до матеріалів НС(Р)Д, які стали правовою підставою їх проведення, неодноразово звертали увагу О. Амелін, М. Багрій, О. Полухович, Д. Філін та інші вчені.

Як свідчить правозастосовна практика, здебільшого ці процесуальні документи не надаються для ознайомлення учасникам кримінального провадження і суду, який розглядає кримінальну справу по суті, оскільки, відповідно до положень Інструкції про проведення НС(Р)Д, указаним документам надається гриф секретності. Відсутність можливості ознайомлення зі змістом процесуальних документів, що виступають правовою підставою проведення НС(Р)Д, призводить до фактичної неможливості оцінки судом і стороною захисту допустимості отриманих фактичних даних. У цьому контексті актуальним видається звернення до більш детального аналізу даного питання з урахуванням судової практики, яка з цієї проблеми не є одноманітною.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження процесуального порядку розсекречення матеріалів НС(Р)Д та використання їх у доказуванні.

Результати дослідження. Згідно з п. 5.1. Інструкції «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні», затвердженої наказом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України 114/1042/516/1199/936/1687/5 (далі – Інструкція про проведення НС(Р)Д) постановою слідчого, прокурора про проведення НС(Р)Д, клопотання про дозвіл на проведення НС(Р)Д, ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення НС(Р)Д та додатки до нього, протокол про проведення НС(Р)Д, які містять відомості про факт та методи проведення НС(Р)Д, 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. Також до відомостей, які становлять державну таємницю, належать відомості про факт або методи проведення НС(Р)Д, відомості, що дають змогу ідентифікувати особу, місце або річ, щодо якої проводиться чи планується проведення НС(Р)Д, розголошення яких створює загрозу національним інтересам і безпеці [1].

Після завершення проведення НС(Р)Д грифи секретності матеріальних носіїв інформації щодо їх проведення підлягають розсекреченню на підставі рішення прокурора, який здійснює повноваження прокурора в конкретному кримінальному провадженні у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, зважаючи на обставини кримінального провадження та необхідність використання матеріалів негласних слідчих (розшукових) дій як доказів після проведення таких дій, якщо витік зазначених відомостей не завдасть шкоди національній безпеці України (п. 5.9). Отже, з буквального тлумачення положень Інструкції вбачається, що розсекреченню підлягають усі матеріальні носії інформації (клопотання, ухвала, постанова, протокол), у разі, якщо прокурор буде використовувати їх як докази у кримінальному провадженні.

До того ж, у вирішенні питання допустимості фактичних даних, отриманих у результаті НС(Р)Д, крім процесуальних документів, що виступають правовою підставою для проведення цих дій, оцінці підлягає також доручення слідчого, прокурора на проведення НС(Р)Д уповноваженим оперативним підрозділом, передбаченим ч. 6 ст. 246 КПК, що надається на підставі п. 3 ч. 1 ст. 40, п. 5 ч. 2 ст. 36 КПК. Не будучи правовою підставою проведення НС(Р)Д, доручення є умовою здійснення таких дій належним суб'єктом, а тому має істотне значення під час вирішення питання допустимості доказів.

Забезпечення такої можливості є гарантією справедливої процедури як компонента права на справедливий суд, закріпленого ст. 6 КЗПЛ. Так, потреба в розкритті матеріалів НС(Р)Д визнається Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) як один із найважливіших елементів права будь-якої особи на справедливий суд, що гарантується ст. 6 КЗПЛ, незважаючи на те, що в цій статті немає очевидного посилання на нього. Позиція ЄСПЛ полягає у тому, що таке розкриття є важливим для дійсно змагального судового процесу,



хоча іноді його також називають необхідним заходом для забезпечення рівноправності сторін. У справі «Едвардс і Льюїс проти Сполученого Королівства» від 27.10.2004 р. було також встановлене порушення ст. 6 КЗПЛ, пов'язане з не відкриттям матеріалів стороні захисту через потенційне завдання шкоди секретним методам розслідування, тоді як матеріали стосувались можливого провокування обвинуваченого до вчинення злочину. Ці матеріали безпосередньо стосувалися судового процесу над обвинуваченим, оскільки докази щодо провокування були підтверджені, обвинувачення мали бути зняті, отже, ЄСПЛ дійшов висновку щодо порушення права останнього на справедливий суд.

Однією з гарантій запобігання порушення права обвинуваченого на справедливий суд та його права на захист у зв'язку із невідкриттям матеріалів, є положення ч. 12 ст. 290 КПК, відповідно до якого суд не має права допустити відомості, що містяться в матеріалах, які не були відкриті стороною кримінального провадження як докази. Отже, зазначене, з урахуванням вищенаведеного, охоплює й випадки невідкриття слідчим, прокурором матеріалів, що стали правовою підставою для проведення НС(Р)Д, – клопотання слідчого, прокурора, постанови прокурора, ухвали слідчого судді.

На окрему увагу при розгляді цього питання заслуговує позиція Вінницького міського суду Вінницької області, яким було ухвалено виправдувальний вирок від 13.01.2017 р. (справа № 127/23772), у мотивувальній частині якого судом зазначено: «Незважаючи на клопотання сторони захисту про надання відповідного судового рішення, на підставі якого було здійснено зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, стороною обвинувачення відповідного рішення надано не було з тих підстав, що воно засекречене. Натомість, прокурор у судовому засіданні послався на наявність ухвали слідчого судді Апеляційного суду Хмельницької області. Відомостей, які б свідчили про виконання вимог ч. 1 ст. 251 КПК в частині вказівки початку, тривалості НС(Р)Д, а також вид НС(Р)Д, що проводиться, сторонами кримінального провадження суду надано не було, а тому, відповідно до ч. 12 ст. 290 та ч. 5 ст. 364 КПК, сторона обвинувачення не вправі здійснювати посилання на наявність даних документів у матеріалах кримінального провадження». Крім того, суд, пославшись на практику ЄСПЛ в частині вирішення цього питання, зазначив: «У даному випадку для оцінки допустимості доказів злочинної діяльності обвинуваченого, отриманих у процесі здійснення негласних слідчих (розшукових) дій, суд враховує, що ЄСПЛ у рішенні у справі «Мирилашвілі проти Росії» висловив абсолютно чітку позицію, відповідно до якої у змагальному процесі мають розглядатися не лише докази, які безпосередньо стосуються фактів справи, а й інші докази, які можуть стосуватися допустимості, достовірності та повноти останніх. Рішення про відмову у розкритті матеріалів, пов'язаних з операцією щодо прослуховування телефонних розмов, результатами якого було обґрунтовано обвинувальний вирок національного суду, не супроводжувалось адекватними процесуальними гарантіями і, крім цього, не було достатньо обґрунтованим (п. 200–203; 206–208, 209).

У рішенні ЄСПЛ у справі «Волохи проти України» (п. 59) суд зауважив, що з наданих Урядом зауважень не вбачається, що законодавство України забезпечує особу, щодо якої живаються заходи спостереження, належними гарантіями захисту.

Таким чином, аналізуючи надані суду докази у сукупності, суд приходять до переконання, що доказ, отриманий внаслідок проведення НСРД, за відсутності ухвали слідчого судді чи постанови прокурора у разі проведення такої НСРД, як контроль за вчиненням злочину, є очевидним недопустимим.

Відповідно до ч. 3 ст. 62 Конституції України, обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях; усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь. Аналогічна правова конструкція закріплена й у ч. 4 ст. 17 КПК України. Зі змісту ч. 2 ст. 8 та ч. 5 ст. 9 КПК України випливає, що принцип верховенства права у кримінальному провадженні та кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

Зі змісту рішення Європейського суду з прав людини у справі «Бочаров проти України» (п. 45) зрозуміло, що суд, оцінюючи докази, керується критерієм доведення «поза розум-



ним сумнівом». Таке доведення може походити зі співіснування достатньо вагомих, чітких і узгоджених між собою висновків або подібних неспростованих презумпцій щодо фактів.

Таким чином, здійснюючи судовий розгляд даного кримінального провадження відповідно до вимог ч. 6 ст. 22, ч. 3 ст. 26, ч. 1 ст. 337 КПК України, оцінюючи досліджені у справі докази з точки зору належності, допустимості та достовірності, а сукупність зібраних доказів з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення, суд дійшов висновку, що стороною обвинувачення не доведено винуватість особи у вчиненні інкримінованих їй злочинів. Як наслідок, на переконання суду, обвинувачений відповідно до ч. 1 ст. 373 КПК України підлягає виправданню» [2].

Наведений приклад із судової практики демонструє концептуальну позицію суду щодо необхідності розсекречування процесуальних документів, які були правовою підставою для проведення НС(Р)Д, і надання їх для ознайомлення стороні захисту і суду з метою забезпечення можливості оцінки допустимості отриманих фактичних даних як докази. Ця позиція поділяється і в науці кримінального процесу та видається цілком обґрунтованою [3, с. 239]. На це неодноразово зверталася увага й автором цієї статті [4, с. 6].

Так, О. Полухович слушно зауважує, що за п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК під час вирішення питання щодо допустимості доказового матеріалу суд зобов'язаний встановити не лише наявність самого судового дозволу, а й з'ясувати дотримання його суттєвих умов під час проведення слідчої дії. І хоча закон не дає роз'яснення, які саме умови судового дозволу слід вважати суттєвими, на думку автора, до їх переліку варто віднести відомості про особу (осіб), місце або річ, щодо яких необхідно провести НС(Р)Д; вид НС(Р)Д та відомості залежно від виду НС(Р)Д про ідентифікаційні ознаки, які дадуть змогу унікально ідентифікувати абонента спостереження, телекомунікаційну мережу, кінцеве обладнання тощо; строк дії ухвали (п.п. 3, 4, 5 ч. 3 ст. 248 КПК) та інші положення ухвали слідчого судді, які є принциповими для оцінки законності та обґрунтованості проведення НС(Р)Д. При цьому цю інформацію не можна отримати з довідки апеляційного суду, оскільки нею лише підтверджується факт постановлення відповідної ухвали без конкретизації змісту. Окрім цього, для встановлення допустимості отриманого в рамках НС(Р)Д доказового матеріалу має значення мотивованість та обґрунтованість судового рішення, на підставі якого було проведено НС(Р)Д, що дає можливість оцінити виправданість застосування таких правообмежувальних процедур у кожному конкретному випадку. Доречно також згадати, що КПК передбачає отримання інформації із застосуванням НС(Р)Д лише за умови, що така інформація не може бути отримана іншим шляхом (ч. 2 ст. 246), а ЄСПЛ наголошує, що правообмеження, які мають місце під час здійснення таємних слідчих дій, допустимі лише у виняткових випадках та з підстав, передбачених чинним законодавством, що має бути перевірено в рамках судово-контрольних процедур. Викладене дає можливість сформулювати таке твердження: переконатись у тому, що проведення НС(Р)Д було єдиним можливим шляхом отримати інформацію, а також перевірити, чи не було під час проведення НС(Р)Д порушено суттєві умови судового дозволу, можна, лише ознайомившись із текстом ухвали слідчого судді, якою відповідний дозвіл було надано [5, с. 100–101]. Зважаючи на це, заслуговує на увагу пропозиція О. Амеліна щодо законодавчого закріплення обов'язку надання на запит суду, в якому здійснюється розгляд кримінального провадження, ухвал слідчих суддів апеляційних судів про надання дозволів на проведення НС(Р)Д у зв'язку із необхідністю встановлення законності та допустимості зібраних доказів у справі та проведення НС(Р)Д. Також обґрунтовано наголошується на необхідності запровадження на рівні законодавства процедури розсекречення постанов прокурора та ухвал слідчих суддів, якими санкціоновано здійснення НС(Р)Д на стадії судового розгляду кримінального провадження (із відповідними змінами до ст. 290 КПК) [6, 6].

Буквальне тлумачення положень вищевказаної Інструкції та гл. 21 КПК дає підстави дійти висновку про те, що у випадках, коли розсекречування матеріалів НС(Р)Д не створює загрози національним інтересам і безпеці України, сторона обвинувачення зобов'язана надати їх учасникам кримінального провадження і суду для ознайомлення з метою забезпечення реальної можливості оцінки допустимості фактичних даних, отриманих у їх результаті, як докази.



Верховним Судом України 16 березня 2017 р. було остаточно поставлено крапку у питанні, що розглядається. Так, у своїй постанові від 16 березня 2017 р. № 5-364кп16 Верховний Суд України зазначив: «Невідкриття матеріалів сторонами в порядку ст. 290 КПК є окремою підставою для визнання таких матеріалів недопустимими як докази. При цьому, відкриттю, окрім протоколів, в яких зафіксовано хід та результати проведення певних дій, в обов'язковому порядку підлягають і матеріали, які є правовою підставою проведення таких дій (ухвали, постанови, клопотання), що забезпечить можливість перевірки стороною захисту та судом допустимості результатів таких дій як доказів. Суд також зауважив, що чинний КПК не містить заборони для сторін кримінального провадження представляти в суді матеріали, не відкриті одна одній. Заборона адресована суду, який згідно з ч. 12 ст. 290 КПК, не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази. Надання стороною обвинувачення у суді матеріалів, до яких не було надано доступ стороні захисту, і долучення їх як доказів на стадіях судового розгляду порушує право обвинуваченого на захист, оскільки змушує його захищатися від так званих нових доказів без надання достатніх можливостей і часу для їх спростування. Отже, факт ознайомлення з матеріалами справи після закінчення розслідування не є достатнім для відстоювання стороною захисту своєї позиції у кримінальному процесуальному змаганні. За таких умов, коли стороні обвинувачення відомі всі докази, а сторона захисту не володіє інформацією про них до завершення розслідування, порушується баланс інтересів у кримінальному процесі.

Ч. 12 ст. 290 КПК фактично передбачає кримінальну процесуальну санкцію стосовно сторін кримінального провадження, яка реалізується в разі невиконання сторонами обов'язку щодо відкриття матеріалів, яка полягає у тому, що в майбутньому суд не має права допустити відомості як докази у невідкритих матеріалах. Так, невідкриття сторонами кримінального провадження одна одній матеріалів суттєво зменшує їх доказову базу, що, в свою чергу, може негативно вплинути на законність та обґрунтованість прийнятого судом рішення» [7].

У контексті питання, що розглядається, вважаємо за доцільне також акцентувати на тому, що по-перше, відкриття матеріалів є обов'язком сторони обвинувачення, навіть у тому випадку, коли сторона захисту не заявляє клопотання про надання доступу до них. По-друге, прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до всіх матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, зокрема будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості, або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання (ч. 2 ст. 290 КПК), зокрема, і тих матеріалів, які є у розпорядженні сторони обвинувачення, але не будуть використовуватися нею під час судового розгляду. А тому ненадання доступу до клопотання, постанови, ухвали про проведення НС(Р)Д або, наприклад, до одного з додатків до протоколу про проведення НС(Р)Д, не викликає необхідності подання клопотання стороною захисту про надання доступу до них. Сторона обвинувачення зобов'язана створити необхідні умови для реалізації стороною захисту її права на справедливий суд та права на захист, одним з елементів якого є право на відкриття всіх матеріалів, зібраних стороною обвинувачення.

У разі, якщо слідчий, прокурор не забезпечить можливості реалізації цього права стороні захисту, суд не має допускати такі відомості як докази, відповідно до положень ч. 12 ст. 290 КПК.

Разом з тим зазначимо, що буквальне тлумачення положень КПК у частині порядку ознайомлення з матеріалами кримінального провадження на всіх його стадіях, зокрема, ст.ст. 221, 317 КПК, дало змогу дійти висновку, що в усіх інших випадках таке ознайомлення є правом учасників кримінального провадження, яке може бути реалізоване лише у разі подання ними відповідного клопотання.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 221 КПК слідчий прокурор «зобов'язаний за клопотанням сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, надати їм матеріали досудового розслідування для ознайомлення». Згідно



з ч. 2 ст. 317 КПК після призначення справи до судового розгляду головуючий має забезпечити учасникам судового провадження можливість ознайомитися з матеріалами кримінального провадження, якщо вони про це заявлять клопотання.

Висновки. Таким чином, аналіз положень вищевказаної Інструкції, гл. 21 КПК, практики ЄСПЛ та правових позицій Верховного Суду України в частині вирішення цього питання дає підстави дійти висновку про те, що у випадках, коли розсекречування матеріалів НС(Р)Д не створює загрози національним інтересам і безпеці України, сторона обвинувачення зобов'язана надати їх учасникам кримінального провадження і суду для ознайомлення з метою забезпечення реальної можливості оцінки допустимості фактичних даних, отриманих у їх результаті, як докази, а також забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого на справедливий суд.

Список використаних джерел:

1. Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю : Наказ СБ України від 12.08.2005 р. № 440 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 34. – Ст. 2089.
2. Ухвала Вінницького міського суду Вінницької області від 13.01.2017 р.: справа № 127/23772 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64105773>.
3. Філін Д.В. Негласні слідчі (розшукові) дії у системі засобів доказування у кримінальному провадженні. Правове забезпечення оперативно-службової діяльності: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення: матеріали пост. діючого наук.-практ. семінару, м. Харків, 29 травня 2015 р. – Вип. 6. – С. 344.
4. Панова А.В. Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / А.В. Панова ; Нац. юрид. ун-т імені Я. Мудрого. – Харків, 2016. – 20 с.
5. Полухович О. До питання використання як доказів матеріалів, отриманих за результатами проведення негласних слідчих (розшукових) дій: (за матеріалами судової практики) / О. Полухович // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2016. – № 3. – С. 100–101.
6. Амелін О. Проблеми розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним перешкодженням мирним акціям протесту, зборам та мітингам // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. – 2015. – № 4. – С. 6 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.chasopysnapu.gp.gov.ua/ua/pdf/8-2015/amelin.pdf>.
7. Постанова Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 16 березня 2017 р. № 5-364кс16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/46445E8A79A386EFC225810D00532653](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/46445E8A79A386EFC225810D00532653).

