



Галина Борейко

кандидатка юридичних наук,
заступниця прокурора Львівської області,
асистентка кафедри кримінального процесу
та криміналістики
Львівського національного університету імені Івана Франка
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5592-4302>
gala7788@meta.ua

УДК 343.1

ВИКОРИСТАННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ ТА ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВИХ ЗАХОДІВ ЯК ЗАСОБІВ ЗЛОВЖИВАННЯ СТОРОНОЮ ОБВИНУВАЧЕННЯ ПРАВОМ ПІД ЧАС ЇХ ПРОВЕДЕННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Анотація. У статті висвітлено проблему, пов'язану з недосконалістю нормативно-правового регулювання застосування негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових засобів для одержання доказів у кримінальному провадженні, що на практиці створює умови для зловживань правом зі сторони обвинувачення (слідчого, прокурора) та обмеження (порушення), прав і свобод людини.

Мета статті полягає в дослідженні окремих аспектів розмежування підстав проведення негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів, а також інших пов'язаних із цим питань, що призводять до зловживання слідчим, прокурором своїм правом на ініціювання питання про проведення негласних слідчих (розшукових) дій за відсутності фактичних підстав для їх проведення.

У статті досліджено проблемні питання документування злочину, вчинення якого лише планується у межах кримінального провадження за допомогою негласних слідчих (розшукових) дій, а не в межах оперативно-розшукової справи через проведення оперативно-розшукових заходів. Акцентовано увагу на необхідності чіткого розмежування підстав проведення оперативно-розшукових заходів і негласних слідчих (розшукових) дій. Зазначено, що змішування оперативно-розшукової та кримінальної процесуальної діяльності створює передумови для зловживання слідчим, прокурором своїм правом на ініціювання питання про проведення негласних слідчих (розшукових) дій стосовно особи, щодо якої відсутні відомості (докази) про вчинення нею злочину. Такі дії призводять до невиправданого обмеження конституційних прав і свобод людини і, навіть, до їх порушення. Доведено, що механізм забезпечення прав і свобод людини під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій є неефективним, оскільки через особливості умов, в яких вони проводяться, та відсутність гарантій належного інформування особи про тимчасове обмеження її конституційних прав, запобігти недоцільному та необґрунтованому їх проведенню фактично неможливо.

З метою уникнення зловживань із боку слідчого, прокурора необхідно посилити гарантії отримання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій та удосконалити процедуру ознайомлення осіб, стосовно яких проводились такі дії, з рішеннями, на підставі яких вони проводились. Ефективним було б передбачити судовий контроль за виконанням прокурором положень ст. 253 Кримінального процесуального кодексу України через встановлення обов'язку останнього інформувати слідчого суддю про належне повідомлення осіб із долученням підтвердження такого повідомлення, оскільки, як показує практика, перевірити виконання цих положень не видається можливим. Одночасно й посилення відповідальності прокурора за невиконання або неналежне виконання обов'язку щодо забезпечення прав людини при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій сприяло б забезпеченню прав людини.

Ключові слова: зловживання правом; кримінальне провадження; оперативно-розшукова справа; негласні слідчі (розшукові) дії; оперативно-розшукові заходи.

Мета дослідження полягає в дослідженні окремих аспектів розмежування підстав проведення негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів, а також інших пов'язаних із цим питань, що призводять до зловживання слідчим, прокурором своїм правом на ініціювання питання про проведення негласних слідчих (розшукових) дій за відсутності фактичних підстав для їх проведення.

Розкриття злочинів забезпечується у межах двох різних видів діяльності – оперативно-розшукової та кримінальної процесуальної, кожна з яких здійснюється на підставі різного нормативно-правового регулювання. Так, правовою підставою для проведення оперативно-розшукових заходів є заведення оперативно-розшукової справи за наявності достатньої інформації щодо невстановлених осіб, які готують вчинення кримінального правопорушення та осіб, стосовно яких є дані про участь у підготовці до вчинення кримінального правопорушення (ст. 9¹ Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”¹). Підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій є внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) *про вже вчинене кримінальне правопорушення* (ст. 214 Кримінального процесуального кодексу України, далі – КПК України²), злочин є тяжким або особливо тяжким, та за умови, що відомості *про кримінальне правопорушення та особу, яка його вже вчинила*, неможливо отримати в інший спосіб (ч. 2 ст. 246 КПК України).

Вказані положення свідчать про те, що дії, які спрямовані на збирання інформації про кримінальне правопорушення у межах оперативно-розшукової та кримінальної процесуальної діяльності проводяться з метою виконання кардинально відмінних завдань і мають різні підста-

¹ Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 р. № 2135-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text>> (дата звернення: 17.01.2023).

² Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>> (дата звернення: 17.01.2023).

ви їх проведення. Тому в кожному випадку потрібно визначати як діяти: заводити оперативно-розшукову справу чи вносити відомості до ЄРДР і розпочинати досудове розслідування.

Але слід відзначити, що нормативно-правове регулювання цих обох видів діяльності має ряд істотних недоліків, неузгодженостей, які не сприяють уповноваженим суб'єктам належно проводити відповідні заходи. Тому розмежування підстав проведення оперативно-розшукових заходів (далі – ОРЗ) і негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД) є важливим для забезпечення насамперед дотримання конституційних прав і свобод людини. Змішування ж ОРЗ і НСРД створює передумови для зловживання слідчим, прокурором своїм правом на ініціювання питання про проведення НСРД стосовно особи, щодо якої відсутні відомості (докази) про вчинення нею злочину, що, як наслідок, і призводить до невиправданого обмеження прав людини, а то і їх порушення.

Основна відмінність між цими заходами полягає у тому, що НСРД як різновид слідчих дій проводяться з метою збирання та перевірки доказів під час розслідування вже вчиненого тяжкого чи особливо тяжкого злочину, а ОРЗ – з метою запобігання тяжким та особливо тяжким злочинам, їх припинення і розкриття злочинів, що готується, до початку проведення досудового розслідування. Тож оперативно-розшукова діяльність проводиться лише щодо злочинів, які готуються, або осіб, які їх готують, що концептуально відрізняє її від кримінальної процесуальної діяльності уповноважених органів та їхніх посадових осіб, зокрема під час проведення НСРД³.

Незважаючи на це, аналіз роботи оперативних підрозділів свідчить, що для документування готування чи замаху на злочин перевага надається внесенню відомостей до ЄРДР із відповідною кваліфікацією злочину з посиланням на ст. 14 або ст. 15 Кримінального кодексу України (далі – КК України)⁴ на підставі рапорту оперативного працівника, ігноруючи заведення оперативно-розшукової справи. Таке ігнорування проведення ОРЗ відбувається через можливість настання низки негативних наслідків для оперативного працівника, який завів оперативно-розшукову справу. Так, оперативний працівник несе особисту відповідальність за підставність заведення, закриття оперативно-розшукової справи та ефективність організації проведених ОРЗ. За результатами нагляду за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку прокурор вживає заходів до притягнення осіб, винних у порушенні конституційних прав людини, заходів реагування, про що передбачений окремих

³ Кримінальний процесу України: академічний курс, т. 1: Загальна частина (Нор В, Бобечко Н заг ред, ЛНУ ім Івана Франка 2021) 514.

⁴ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 17.01.2023).

розділ у щоквартальному звіті форми № П “Про роботу прокурора”⁵. Натомість за результати досудового розслідування та дотримання прав людини в межах кримінального провадження відповідальність несе прокурор, а оперативний працівник лише виконує доручення щодо проведення НСРД на підставі вже отриманого прокурором дозволу слідчого судді. Поряд із цим у випадку проведення ОРЗ без отримання результату, для якого такі заходи проводились, після спливу строків ведення оперативно-розшукової справи, також вирішується питання притягнення оперативного працівника до дисциплінарної відповідності за необґрунтоване обмеження прав людини через безпідставність інформації, на підставі якої заведено названу справу.

Перелічені заходи є доречними, оскільки спрямовані на запобігання невинуватому обмеженню прав людини під час здійснення таємної діяльності відповідних державних органів, адже особа, стосовно якої проводились заходи, не в змозі захистити свої права через непоінформованість про їх проведення. Одночасно такі жорсткі заходи змушують оперативних працівників обминати таку процедуру контролю, перекладаючи відповідальність на слідчого, прокурора через ініціювання питання про внесення відповідних відомостей про вчинення кримінального провадження до ЄРДР на підставі їх рапорту.

Оперативно-розшукова справа здебільшого заводиться для пошуку осіб, які переховуються від органів досудового розслідування, слідчого судді, суду чи ухиляються від відбування кримінального покарання (п. 1 ч. 1 ст. 9¹ Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”) або щодо осіб, зниклих безвісти (п. 3 ч. 1 ст. 9¹ вказаного Закону). При цьому підставою для заведення справи є не особиста ініціатива оперативного працівника, а, як правило, ухвала суду або постанова слідчого (прокурора) про розшук особи, а також подання органу пробації про ухилення засудженого від відбування покарання.

Для запобігання невинуватого обмеження прав людини під час проведення відповідних заходів в умовах таємності та гіпотетичним можливостям уповноважених суб’єктів зловживати своїм правом ініціювати питання про їх обмеження потрібно в законі чітко виділити підстави проведення НСРД. Власне, необхідною умовою проведення НСРД є наявність юридичної та фактичної підстав. Фактичною підставою проведення НСРД є наявність одночасно двох аспектів: 1) можливість отримання (перевірки) доказів у кримінальному провадженні (ст. 223 КПК України) та 2) неможливість отримати докази про кримінальне правопорушення та особу, яка його вже вчинила, в інший спосіб, окрім як через

⁵ Про введення в дію нової форми статистичного звіту про роботу прокурора і затвердження Інструкції до цієї звітності: Наказ Генерального прокурора України від 14 березня 2005 р. № 17 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0017900-05#Text>> (дата звернення: 17.01.2023).

проведення НСРД (ч. 2 ст. 246 КПК України). Останнє підкреслює винятковість цього способу збирання доказів із-поміж інших. У такому разі категорично не можемо погодитись з Д. Нескоромним, який стверджує, що фактичними підставами проведення НСРД є наявність інформації про злочин, що готується, та про осіб, які готують злочин⁶. Така позиція суперечить вимогам ст. 214 КПК України, оскільки НСРД як різновид слідчих дій може проводитись лише після внесення відомостей до ЄРДР (крім у невідкладних випадках, огляду місця події) про вже вчинене кримінальне правопорушення. Тому законодавець з метою запобігання змішування оперативно-розшукової та кримінально-процесуальної діяльності і, таким чином, запобігання зловживанням слідчим, прокурорам правом на ініціювання питання про невинуватого обмеження прав людини передбачає у ч. 2 ст. 246 КПК України виняткові підстави проведення НСРД.

У межах кримінального провадження слідчий, прокурор у відповідному клопотанні зобов'язаний обґрунтувати неможливість в інший спосіб отримання відомостей про злочин та особу, яка його вчинила, в інший спосіб окрім як через проведення НСРД (п. 7 ч. 2 ст. 258 КПК України). Такі обґрунтування завжди повинні мати достатній рівень конкретності, бути чіткими, факти й обставини повинні існувати реально в певному кримінальному провадженні. Слідчий, прокурор повинен зазначити, які заходи вже вжито для отримання (перевірки) доказів, однак їх проведення не дало необхідних результатів; яка інформація дає слідчому, прокуророві підстави вважати, що під час провадження саме ініційованої НСРД дійсно буде можливість отримати відомості, що мають значення для цієї справи. Не можуть використовуватись загальні припущення у вигляді стандартних фраз, на кшталт “оперативним шляхом встановлено”, “згідно з рапортом оперативного працівника”, “враховуючи те, що іншим шляхом одержати докази неможливо”, які слідчий, прокурор застосовують до всіх обґрунтувань такої необхідності.

Одночасно і судова практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) підкреслює серйозну необхідність уникати уповноваженим суб'єктам свавільного втручання та обмеження прав осіб з використання НСРД. Міжнародні стандарти вказують на обов'язок слідчого, прокурора та суду не лише вказати на неможливість встановити певні відомості в інший спосіб, а й підтвердити це належним обґрунтуванням. Так, у рішенні у справі “Матановіч проти Хорватії”⁷ ЄСПЛ зазначив, що в цій справі, як і в справі “Драгоевіч проти Хорватії”, рішення слідчого судді про застосування таємних заходів спостереження стосувалися зая-

⁶ Д. Нескоромний, “Негласні слідчі (розшукові) дії: юридичні та фактичні підстави їх проведення” (2015) 2 Вісник Львівського державного університету внутрішніх справ 306, 308.

⁷ *Matanović v. Croatia*. European Court of Human Rights. App. 2742/12. Judgment. 04.04.2017 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172466>> (accessed: 17.01.2023).

ви про використання таємного спостереження компетентною державною прокуратурою, і вказували на встановлені законом вислови – “розслідування не могло проводитись за допомогою інших засобів або це було б надзвичайно складно”. Проте таке формулювання не надавало відповідного обґрунтування щодо особливих обставин справи, а також не давало відповіді, чому слідство не могло бути проведене за допомогою інших менш суворих засобів. Тож у справі “Драгоєвіч проти Хорватії” ЄСПЛ встановив, що відсутність обґрунтування у рішенні слідчого судді, разом з обходом національними судами цієї відсутності обґрунтування за допомогою ретроспективного обґрунтування використання таємного спостереження, суперечило відповідному національному законодавству, і тому не забезпечувало на практиці належні гарантії проти різних можливих зловживань. ЄСПЛ наголосив, що відповідне національне законодавство, в аспекті його тлумачення та застосування компетентними судами, не надало достатньої чіткості щодо обсягу та способу здійснення дискреційних повноважень, наданих органам державної влади, і, зокрема, не забезпечило на практиці відповідних гарантій проти різних можливих зловживань.

Про винятковість застосування засобів негласної діяльності ЄСПЛ наголосив і у справі “Веселов та інші проти Росії”⁸. У ній він відзначив, що якщо доказ є результатом негласної операції, такої як оперативна закупівля наркотиків, органи влади повинні бути готові продемонструвати, що у них були обґрунтовані причини для організації негласної операції. Наявність конкретних та об’єктивних підстав є обов’язковою умовою для здійснення негласних операцій.

Таким чином, з урахуванням вказаних положень слідчий, прокурор повинен переконатися в неможливості отримати докази про вчинений злочин в інший спосіб, окрім як проведення НСРД, перед тим як ініціювати питання про отримання дозволу на їх проведення. Проте, як свідчить практика, у багатьох випадках вказана вимога не дотримується – відповідні клопотання є безпідставними через їхню необґрунтованість, про що й свідчать статистичні дані органів прокуратури. Так, у 2019 р. прокурорами розсекречено лише 20 % рішень (протоколів) за результатами проведення НСРД; у 2020 р. – 29 %; у 2021 р. – 34 %; у 2022 р. – 35 %⁹. Вказані дані підтверджують наші доводи про те, що механізм забезпечення прав і свобод людини під час проведення НСРД є недостатньо ефективним. Адже якщо у кримінальному провадженні використовуються результати лише кожної третьої чи навіть п’ятої проведеної НСРД, то закономірно постає запитання: чи обґрунтував прокурор у відповід-

⁸ Veselov and others v. Russia. European Court of Human Rights. App. 23200/10, 24009/07, 556/10. Judgment. 02.10.2012 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113289>> (accessed: 17.01.2023).

⁹ ‘Про роботу органів прокуратури’ (Офіс Генерального прокурора) <<https://new.gp.gov.ua/ua/posts/pro-robotu-organiv-prokuraturi-2>> (дата звернення: 17.01.2023).

ному клопотанні до слідчого судді неможливість отримати відомості про кримінальне правопорушення та особу, яка його вчинила в інший спосіб; чи була необхідність в їх проведенні; чи належним чином суд перевірів вказані обґрунтування прокурора? При цьому слід мати на увазі, що й не кожне розсекречене прокурором рішення про результати проведення НСРД використовується як доказ у кримінальному провадженні.

Аналізуючи наведену ситуацію, коли, до прикладу, у 2019 р. у 80 % випадках проведення НСРД прокурор навіть не розсекретив результати їх проведення, доходимо висновку, що у цих 80 % випадках права людини невідповідно обмежувались. Наведені дані є результатом того, що при ініціюванні питання про проведення НСРД у слідчого, прокурора були відсутні реальні обґрунтування необхідності їх проведення взагалі, оскільки підставою для нерозсекречена результатів НСРД є те, що інформація, яка була здобута під час їх проведення, не містить відомостей, які підтверджують протиправну діяльність особи, стосовно якої проводились ці заходи, і взагалі не є важливою для розслідування злочину. Окрім цього, наведені факти тягнуть за собою ще й інші запитання: чи належним чином перевірено слідчим суддею обґрунтованість прокурора щодо неможливості отримати відомості про кримінальне правопорушення та особу, яка його вчинила, в інший спосіб, ніж як через проведення НСРД?; а чи під час їх проведення можуть бути отримані докази, які самостійно або в сукупності з іншими доказами можуть мати істотне значення для з'ясування обставин злочину або встановлення осіб, які його вчинили (статті 247–248 КПК України).

На практиці можна виявити непоодинокі випадки, коли навіть за наявності судового контролю з боку слідчого судді та постановленим відповідної ухвали про надання дозволу на втручання у приватне життя через провадження НСРД (ніби втручання є обґрунтованим), можуть траплятися випадки порушення прав на приватність і, відповідно, необґрунтованого втручання у нього. Так, апеляційний суд міста Києва у справі № 753/17908/16 дійшов висновку про те, що неправильним було визнання судом першої інстанції допустимим і використання як доказу винуватості особи – протоколів за результатами проведення НСРД, оскільки докази було одержано з порушенням вимог встановленого законом порядку, тобто у незаконний спосіб. Як свідчать дані цього кримінального провадження, слідчим внесено відомості до ЄРДР за ч. 3 ст. 368³ КК України, за якою проводилось досудове розслідування, та обвинувальний акт із кваліфікацією дій особи за вказаною статтею скеровано на розгляд до суду. Однак відповідно до ст. 12 КК України злочин, передбачений ч. 3 ст. 368³ КК України, віднесено до злочинів середньої тяжкості, а тому згідно з ч. 2 ст. 246 КПК України виключається можливість проведення НСРД, а ухвала слідчого судді про надання дозволу

на їхнє проведення була прийнята не відповідно до вимог статей 246–248 КПК України¹⁰.

Отже, повністю погоджуємось із позицією Ю. Мирошніченка, який зазначає, що процесуальне рішення щодо проведення НСРД буде обґрунтованим за умови, що в матеріалах кримінального провадження є достатні, з точки зору розсудливого та неупередженого спостерігача, докази, сукупність яких із великою вірогідністю підтверджують: 1) факт скоєння злочину відповідної тяжкості; 2) обставини, що дають підстави підозрювати особу у скоєнні злочину, якщо слідча дія проводиться щодо конкретної особи; 3) неможливість отримання відомостей про злочин та особу, яка його скоїла, в інший спосіб; 4) можливість досягнення мети НСРД – отримання доказів, які самостійно або в сукупності з іншими доказами можуть мати суттєве значення для з'ясування обставин злочину або встановлення осіб, які його скоїли¹¹.

Чинний КПК України не передбачає можливості оскарження рішення слідчого судді про надання дозволу на проведення відповідного виду НСРД, оскільки особі, стосовно якої ініціюється питання про їх проведення, нічого не відомо про факт прийняття такого рішення, а уповноважені суб'єкти, які звертаються з клопотання про надання дозволу на їх проведення, зацікавлені в отриманні такого дозволу. Єдиною гарантією захисту прав особи є встановлений у ст. 253 КПК України обов'язок прокурора або за його дорученням слідчого повідомити осіб, щодо яких проводилися НСРД, про тимчасове обмеження їхніх прав через скерування письмового повідомлення, час скерування якого визначається ними з урахуванням певних обставин кримінального провадження. Проте на практиці такий обов'язок прокурор не завжди виконує, а перевірити порядок дотримання вказаних вимог не є можливим через закріплений формальний механізм його виконання. Тож таке явище стає можливим через те, що законодавець не зміг правильно закріпити баланс інтересів учасників кримінального провадження, чим і користується уповноважений суб'єкт для приховування невинуватого обмеження прав людини.

Наведені нами вище статистичні дані роботи органів прокуратури щодо проведення НСРД засвідчують, що у більшості їхні результати не мають значення для доказування у кримінальному провадженні. Така особливість результатів полягає у тому, що уповноважений суб'єкт реалізує надане йому право (прав тимчасово обмежувати конституційні права особи), всупереч виконанню завдання кримінального провадження – охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження (ст. 2 КПК України).

¹⁰ Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 1 березня 2016 р. у справі № 753/17908/16-к <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/56579770>> (дата звернення: 17.01.2023).

¹¹ Ю. Мирошніченко, 'Фактичні підстави негласних слідчих (розшукових) дій: проблема достатності' [2019] 1 (26) Прикарпатський юридичний вісник 219.

Видається, що для забезпечення гарантій охорони прав людини під час проведення негласних дій у межах кримінального провадження заслуговує на увагу досвід Данії. За законодавством цієї країни рішення суду про надання дозволу на проведення негласних дій підлягають оскарженню адвокатом. Такий адвокат не є захисником, а призначається судом виключно для його участі при вирішенні судом питання про надання дозволу на її проведення для захисту інтересів особи, чії права обмежуються під час такої негласної дії. Адвокат має доступ до матеріалів кримінального провадження і має право оскаржувати способи розслідування, які застосовуються працівниками поліції¹².

З урахуванням наведеного, НСРД як спосіб збирання доказів не можуть використовуватись при розслідуванні кожного тяжкого чи особливо тяжкого злочину, а лише у випадку, коли відомості про кримінальне провадження чи особу, яка його вчинила, можна отримати лише за допомогою проведення НСРД. В іншому разі відбувається не виправдане обмеження прав і свобод людини, що не кореспондується із завданнями кримінального провадження.

Для документування тяжкого чи особливо тяжкого злочину, вчинення якого лише готується, законодавець передбачив кардинально інший порядок – проведення ОРЗ у межах оперативно-розшукової діяльності, а не кримінально-процесуальної. Таке розмежування необхідне для забезпечення неможливості зловживати слідчим, прокурором правом на ініціювання питання про обмеження прав і свобод людини, адже результати проведенням негласних методів роботи в межах оперативно-розшукової діяльності перебувають під більш жорстким контролем уповноважених осіб і застосовуються радикальніші заходи реагування у випадку необґрунтованого обмеження прав людини.

Порівняльний аналіз статистичних даних щодо кількості розглянутих прокурорами клопотань про проведення НСРД і кількість розглянутих прокурором клопотань про проведення ОРЗ дає змогу зробити висновок про прерогативу використання саме НСРД. Так, впродовж 2020 р. розглянуто 85 455 клопотань про проведення НСРД, у 2021 р. – 84 159, у 2022 р. – 53 902. Натомість, до прикладу, у 2021 р. розглянуто лише 15 074 клопотань про проведення ОРЗ, у 2022 р. – 6 814¹³. З врахуванням наведеного, варто погодитись із В. Трепаком щодо того, що на сьогодні очевидним стало те, що НСРД не можуть стати засобом, який би міг повноцінно замінити ОРЗ оперативно-розшукової діяльності, оскільки

¹² М Багрій, В Луцик, *Процесуальні аспекти негласного отримання інформації: вітчизняний та зарубіжний досвід* (Право 2017) 304.

¹³ 'Про роботу органів прокуратури' (н 9).

вони мають не лише різний статус і суб'єктний склад, а й відрізняються своїми завданнями та спрямованістю¹⁴.

Як бачимо, законодавець встановлює певний контроль з боку держави за процедурою проведення НСРД, адже у процесі їх проведення суттєво обмежуються права і свободи людини. Вся процедура їх проведення, від прийняття слідчим, прокурором рішення про ініціювання питання про проведення до складання протоколу за результатами НСРД, є секретною інформацією, яка формується в умовах таємності. У таких умовах перевірити законність їх здійснення неможливо, а захистити свої права і свободи, які були невинно обмежені або навіть порушені особою, відносно якої такі заходи проводяться – нереально. Але негласність проведення під час здійснення кримінального провадження окремих процесуальних дій ніяким чином не повинна створювати можливостей для зловживань несумлінними працівниками органів досудового розслідування, оперативними працівниками чи іншими особами, а надто тих зловживань, результатом яких може стати порушення прав і свобод особи¹⁵. Про це наголошує ЄСПЛ у рішеннях у справах “Раманаускас проти Литви”¹⁶, “Баннікова проти Росії”¹⁷, “Мілінієне проти Литви”¹⁸ та ін. У них ЄСПЛ зазначив, що застосування “операції під прикриттям”, зокрема імітації давання хабара, є допустимим лише за умов наявності адекватних і достатніх гарантій проти зловживань, зокрема чітких і передбачуваних процедур щодо надання дозволу, здійснення та нагляду за такими оперативними заходами.

Такими гарантіями забезпечення конституційних прав і свобод людини під час проведення НСРД є конкретні умови, за яких вони можуть бути проведені – це неможливість отримати докази в інший спосіб і можливість їх провадження лише стосовно особи, яка вчинила злочин або є достатні дані підозрювати її у вчиненні цього злочину, а не стосовно будь-якої особи.

Висновки. Підсумовуючи викладене вище, можна зробити висновок, що механізм забезпечення прав і свобод людини під час проведення НСРД є неефективним, оскільки через особливості умов, в яких вони проводяться та відсутність гарантій належного інформування особи про тимчасове обмеження її конституційних прав, запобігти недоцільному та необґрунтованому їх проведенню фактично неможливо. Для уник-

¹⁴ В Трепак, ‘Теоретико-прикладні проблеми запобігання та протидії корупції в Україні’ (дис д-ра юрид наук, 2020) 299.

¹⁵ Ю Колесник, ‘Забезпечення прав і свобод людини під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій в кримінальному провадженні’ [2015] (12) 3 (34) Вісник Академії адвокатури України 81.

¹⁶ Ramanauskas v. Lithuania. European Court of Human Rights. App. 74420/01. Judgment. 05.02.2008 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84935>> (accessed: 17.01.2023).

¹⁷ Bannikova v. Russia. European Court of Human Rights. App. 18757/06. Judgment. 04.11.2010 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101589>> (accessed: 17.01.2023).

¹⁸ Miliniene v. Lithuania. European Court of Human Rights. App. 74355/01. Judgment. 24.06.2008 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87142>> (accessed: 17.01.2023).

нення зловживань із боку слідчого, прокурора необхідним удосконалити процедуру ознайомлення осіб, стосовно яких проводились НСРД, із рішеннями на підставі яких вони проводилися. З цією метою необхідно посилити гарантії отримання дозволу на проведення НСРД. У цьому випадку ефективним було б передбачити судовий контроль за виконанням прокурором положень ст. 253 КПК України через встановлення обов'язку останнього інформувати слідчого суддю про належне повідомлення осіб із долученням підтвердження такого повідомлення, оскільки, як показує практика, перевірити виконання цих положень не видається можливим. Одночасно й посилення відповідальності прокурора за невиконання або неналежне виконання обов'язку щодо забезпечення прав людини при проведенні НСРД сприяло б забезпеченню прав людини.

REFERENCES

Bibliography

Authored book

1. Bahrii M, Lutsyk V, *Protsesualni aspekty nehlasnoho otrymannia informatsii: vitchyznianiya ta zarubizhnyi dosvid* (Pravo 2017) (in Ukrainian).

Edited book

2. *Kryminalnyi protsesu Ukrainy: akademichniy kurs, t 1: Zahalna chastyna* (Nor V, Bobechko N ed, LNU im Ivana Franka 2021) (in Ukrainian).

Journal articles

3. Kolesnyk Yu, 'Zabezpechennia prav i svobod liudyny pid chas provedennia nehlasnykh slidchykh (rozshukovykh) dii v kryminalnomu provadzhenni' [2015] (12) 3 (34) *Visnyk Akademii advokatury Ukrainy* 78–82 (in Ukrainian).
4. Myroshnychenko Yu, 'Faktychni pidstavy nehlasnykh slidchykh (rozshukovykh) dii: problema dostatnosti' [2019] 1 (26) *Prykarpatskyi yurydychnyi visnyk* 217–20 (in Ukrainian).
5. Neskorumnyi D, 'Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii: yurydychni ta faktychni pidstavy yikh provedennia' (2015) 2 *Visnyk Lvivskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav* 303–12 (in Ukrainian).

Theses

6. Trepak V, 'Teoretyko-prykladni problemy zapobihannia ta protydii koruptsii v Ukraini' (dys d-ra yuryd nauk, 2020) (in Ukrainian).

Halyna Boreiko

THE USE OF COVERT INVESTIGATIVE (DETECTIVE) ACTIONS
AND OPERATIVE SEARCH MEASURES AS MEANS OF ABUSE
OF THE RIGHT BY THE PROSECUTING PARTY DURING
THEIR CONDUCT IN CRIMINAL PROCEEDINGS

ABSTRACT. The article highlights the problem related to the imperfection of the normative and legal regulation of the use of covert investigative (detective) actions and operational search measures for obtaining evidence in criminal proceedings, which in practice creates conditions for abuse of the right by the prosecution (investigator, prosecutor) and restrictions (violations) of human rights and freedoms.

The purpose of the article is to study certain aspects of distinguishing the grounds for conducting covert investigative (detective) actions and operational search measures, as well as other related issues that lead to abuse by the investigator, the prosecutor of his right to initiate of conducting covert investigators (detective) actions in the absence of actual grounds for their implementation.

The article examines the problematic of documenting a crime, the commission of which is only planned within the framework of criminal proceedings with the help of covert investigative (detective) actions, and not within the scope of an operational search case by conducting operational search measures. Attention is focused on the need for a clear distinction between the grounds for operational search measures and covert investigative (detective) actions. It is noted that the mixing of investigative and criminal procedural activities creates prerequisites for abuse by investigators and prosecutors of their right to initiate of conducting covert investigative (detective) actions against a person for whom there is no information (evidence) about the commission of a crime. Such actions lead to an unjustified restriction of the constitutional rights and freedoms of a person and even to their violation. It has been proven that the mechanism for ensuring the rights and freedoms of a person during the conduct of covert investigative (detective) actions is ineffective, because due to the peculiarities of the conditions in which they are conducted and the lack of guarantees of proper informing of a person about the temporary restriction of his constitutional rights, to prevent their inappropriate and unfounded conduct, actually impossible.

In order to avoid abuses on the part of the investigator, the prosecutor needs to strengthen the guarantees of obtaining a permit to conduct covert investigative (detective) actions and to improve the procedure for acquainting the persons against whom such actions were conducted with the decisions on the basis of which they were conducted. It would be effective to provide for judicial control over the implementation by the prosecutor of the provisions of Art. 253 of the Criminal Procedure Code of Ukraine by establishing the duty of the latter to inform the investigating judge about the proper notification of persons with the attachment of confirmation of such notification, since, as practice shows, it does not seem possible to check the implementation of these provisions. At the same time, increasing the responsibility of the prosecutor for non-fulfillment or improper fulfillment of the duty to ensure human rights during the covert investigative (detective) actions would contribute to ensuring human rights.

KEYWORDS: abuse of the right; criminal proceeding; operational search case; covert investigative (detective) actions; operational search measures.