

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

УДК 343.1

БАЗІР С.С.

НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ В КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ ЩОДО ОДЕРЖАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ СУДДЯМИ

Проаналізовано негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальних провадженнях щодо одержання неправомірної вигоди судьями. Розглянуто етапи, що мають ключове значення для подальшого розслідування: факт отримання неправомірної вигоди судьями та його фіксація.

Ключові слова: склад кримінального правопорушення, реєстр досудових розслідувань, негласні слідчі (розшукові) дії, отримання неправомірної вигоди судьями, вчинення корупційного кримінального правопорушення, практика Європейського суду з прав людини.

Проанализированы негласные следственные (розыскные) действия в уголовном производстве по получению неправомерной выгоды судьями. Рассмотрены этапы, имеющие ключевое значение для дальнейшего расследования: факт получения неправомерной выгоды судьями и его фиксация.

Ключевые слова: состав уголовного преступления, реестр досудебных расследований, негласные следственные (розыскные) действия, получение неправомерной выгоды судьями, совершение коррупционного уголовного преступления, практика Европейского суда по правам человека.

Analyzed covert investigative (detective) of the criminal proceedings to obtain undue advantage judges. We consider several steps that are crucial for further investigation – a fact obtain undue advantage judges and its fixation.

Key words: composition of criminal offenses register pre-trial investigations, covert investigative detective), unjustified benefit judges, corrupt criminal offense European Court of Human Rights.

Вступ. Розвиток норм сучасної кримінальної юстиції коріниться в історії права, що надає сучасним дослідникам повчальні уроки, які потрібно знати й уміти використовувати. Дослідження пам'яток кримінальної юстиції надає можливість знайти відповіді на різноманітні питання, що виникають на практиці і в теорії.

Наразі в Україні не проведено спеціальних досліджень історії законодавства щодо одержання неправомірної вигоди судьями. Лише деякі аспекти цього питання досліджували у своїх роботах Д.І. Багалій, М.П. Василенко, О.О. Кваша, О.Ф. Кістяківський, О.М. Лазаревський, О.О. Маліновський, Д.П. Міллер, М.М. Музиченко, І.В. Теличенко, М.М. Ясинський та ін.

Постановка завдання. Метою статті є проаналізувати негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальних провадженнях щодо одержання неправомірної вигоди судьями.

Результати дослідження. Негласні слідчі (розшукові) дії – частина передбачених законодавством процесуальних дій, які є важливим засобом збирання, закріплення та перевірки доказів. Вони проводяться уповноваженими на те органами і посадовими особами в кримінальному провадженні в порядку, встановленому кримінальним процесуальним законодавством. Водночас кожна негласна слідча (розшукова) дія тісно чи іншою мірою стосується сфери охоронюваних законами України прав, свобод та інтересів громадян.

У зв'язку з цим кримінальним процесуальним законодавством передбачено вимогу щодо їх проведення, зокрема лише за наявності правових і фактичних підстав (ст. 246 КПК України). Виконання даної вимоги є однією з найважливіших гарантій дотримання законності в кримінальному судочинстві [6, с. 130].

Згідно зі ст. 223, 246 КПК України негласні слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів про злочин та особу, яка його вчинила, в конкретному кримінальному провадженні, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню за винятком випадків, передбачених цим Кодексом. Такі дії проводяться лише в разі, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб – шляхом проведення слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених КПК України. Для їх проведення слідчий, прокурор приймає рішення у формі постанови, слідчий суддя – ухвали [7].

Негласні слідчі (розшукові) дії в КПК України розподілені на 2 групи: перша – втручання в приватне спілкування, друга – інші види негласних слідчих (розшукових) дій. До першої групи включено дії, що передбачені ст. ст. 260-264 КПК України, до другої – дії, що передбачені ст. ст. 267-272, 274 КПК України.

Огляд і виїмка кореспонденції не є самостійним видом негласних слідчих (розшукових) дій, що випливає зі змісту ч. 4 ст. 258, ст. 261 та ст. 262 КПК України, і тому не потребує прийняття окремого рішення. Слідчий отримує право на здійснення огляду та виїмки кореспонденції після накладення на неї арешту відповідно до вимог ст. 261 КПК України. Про їх проведення складається протокол.

Слідчий, прокурор мають право приймати рішення про проведення таких видів негласних слідчих (розшукових) дій:

- здобуття відомостей з електронної інформаційної системи або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем або не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту (ч. 2 ст. 264 КПК України);
- спостереження за річчю або місцем (ст. 269 КПК України);
- виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК України) [6, с. 132].

В останньому випадку постанову слідчого погоджується з керівником органу досудового розслідування. Рішення про здійснення контролю за вчиненням злочину (ст. 271 КПК України) має право прийняти виключно прокурор.

Інші негласні слідчі (розшукові) дії проводяться за ухвалою слідчого судді, постановленою за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором. У виняткових невідкладних випадках, зазначених у ч. 1 ст. 250 КПК України, до винесення ухвали слідчого судді за постановою прокурора або слідчого, узгодженого з прокурором, може бути розпочато встановлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268 КПК України) та спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269 КПК України). Після початку таких негласних слідчих (розшукових) дій прокурор зобов'язаний невідкладно звернутися з відповідним клопотанням до слідчого судді.

Згідно зі ст. 246 КПК України відомості про факт та метод проведення такої слідчої (розшукової) дії не підлягають розголошенню. Згідно з п. 5.1 «Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні» фактично всі процесуальні документи щодо проведення негласної (розшукової) слідчої дії підлягають засекречуванню, що на практиці не завжди є доцільним. Зокрема, в разі прийняття рішення про засекречування таких матеріальних носіїв інформації з присвоєнням відповідного грифу таємності незрозумілим є вирішення питання щодо обов'язку слідчого стосовно складання протоколу в присутності особи, щодо якої проводились негласні слідчі (розшукові) дії, оскільки процедура розсекречення матеріалів сформульована в розділі 5 Інструкції та є досить тривалою, а особа, чій дії відкрито фіксувались, допуску до державної таємниці не має [7].

Таким чином, виконання вимог пункту 4 ст. 271 КПК України в разі, якщо контроль за вчиненням злочину закінчується відкритим фіксуванням, фактично призводить до порушення вимог Закону «Про державну таємницю» від 21 вересня 1999 р. [2].

Відповідно до ч. 1 ст. 214 КПК України слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань та розпочати розслідування. Слідчий, який здійснюватиме досудове розслідування, визначається керівником органу досудового розслідування.

Досудове розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей до Єдиного державного реєстру досудових розслідувань. Тобто рішення про початок досудового розслідування фактично прирівнюється до внесення реєстру відповідних відомостей, що «можуть свідчити про вчинене кримінальне правопорушення».

Факт внесення до Єдиного реєстру даних зобов'язує слідчого негайно розпочати досудове розслідування. Разом із тим виникає питання, який процесуальний документ, де розкривається вище-

зазначене рішення слідчого, повинен бути долучений до матеріалів кримінального провадження? А якщо є підстави, то яке необґрунтоване, незаконне процесуальне рішення може скасувати прокурор? Яке процесуальне рішення можна оскаржити до суду, і що саме скасовує за необхідності суд?

На думку В.Д. Берназа та Н.В. Неледзи, відповідей на ці питання немає в чинному КПК України. Вони вважають, що на практиці виконати такий припис дуже складно. Так, слідчий, який заступив на добове чергування і який виявив обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний не пізніше 24 годин після цього внести відомості до Єдиного реєстру. У зв'язку з цим виникає дуже багато питань, зокрема чи в змозі за такий короткий час слідчий одночасно з чергуванням якісно провести необхідні перевірочні дії, прийняти правильне рішення та винести відповідні відомості до реєстру? Чи можливо такі дії взагалі виконати слідчому в такій ситуації? Як це організувати в зазначені законом стислі терміни?

Необхідно зауважити, що внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄДРП може тягнути за собою і кримінальну відповідальність. Це може мати місце у випадках, коли в діях слідчого і прокурора як службових осіб є склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 365 КК України «Перевищення влади або службових повноважень», і ними заподіяна істотна шкода охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб. Істотною є шкода, котра полягає в приховуванні злочинів (кримінальних правопорушень) (пункт 6 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 грудня 2003 р. № 15 «Про судову практику в справах про перевищення влади або службових повноважень») [3].

Здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до Реєстру або без такого внесення може мати наслідком кримінальну відповідальність слідчого, прокурора за ст. 365 КК України, оскільки вони є службовими особами. Відповідальність за цією статтею КК України, як думає Лобойко Л., може наставати лише тоді, коли внаслідок дій слідчого, прокурора з досудового розслідування заподіяна істотна шкода охоронюваним законом правам та інтересам окремих громадян, або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб [4, с. 22–23].

Специфікою мети проведення негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів обумовлюються й особливості обґрунтування клопотання про проведення таких заходів та підстав для його задоволення слідчим суддею, використання їх результатів.

Згідно з КПК, із зарахуванням останніх змін до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», ОРС заводитьися за наявності достатньої інформації про готування до злочину – про злочини, що готуються, та осіб, які готують вчинення злочину (ст. 6, 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»). У разі надходження заяви, повідомлення або після самостійного виявлення слідчим, прокурором з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення корупційного кримінального правопорушення, відомості про це невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення або самостійного виявлення вносяться до Єдиного реєстру досудових розслідувань, і розпочинається розслідування. Тобто за наявності інформації про корупційні діяння треба здійснювати досудове розслідування, таким чином треба діяти і в разі замаху на обіцянку або одержання неправомірної вигоди, оскільки законодавець встановив, що лише інформація про готування до вчинення корупційного кримінального правопорушення перевіряється за допомогою оперативно-розшукових заходів.

Якщо виникає необхідність збирати докази про вчинене корупційне кримінальне правопорушення, які неможливо отримати іншим шляхом, проводяться негласні слідчі (розшукові) дії з додержанням вимог глави 21 КПК України.

Негласні дії в обох випадках проводяться згідно з положеннями глави 21 КПК (ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»). Закон не дозволяє проведення оперативно-розшукових заходів і негласних слідчих (розшукових) дій за фактами готування та вчинення кримінальних проступків. Під час підготовки та проведення оперативно-розшукових заходів і негласних слідчих (розшукових) дій забороняється провокувати (підбурювати) особу на вчинення корупційного злочину. Така заборона передбачена, зокрема, в ч. 3 ст. 271 КПК України (контроль за вчиненням злочину).

З метою недопущення помилок слід урахувати практику Європейського суду з прав людини, тим більше, що це – вимога КПК України (ч. 2 ст. 8, ч. 5 ст. 9), а також практику Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ.

Першим і головним чинником, який має значення для всього подальшого розслідування, є підготовка і сама «реалізація» факту отримання неправомірної вигоди. Саме в ході досудового розслідування необхідно належним чином зафіксувати факт домовленості між набувачем неправомірної вигоди і хабародавцем про предмет неправомірної вигоди, його розмір (матеріально виражений) та незаконні дії службової особи, які вона має вчинити або утриматись від їх вчинення для отримання неправомірної вигоди. Домовленість про вчинення певної дії за отримання винагороди повинна бути чіткою: дія/бездіяльність – винагорода. Обидві сторони мусять це чітко усвідомлювати. Існують випадки, коли умови одержання матеріальних цінностей або послуг, хоча спеціально і не обговорювались, але учасники злочину усвідомлювали, що особа дає неправомірну вигоду з метою задоволення

тих чи інших власних інтересів або інтересів третіх осіб. Такі випадки обов'язково необхідно кваліфікувати як давання та одержання неправомірної вигоди. У цьому разі ускладнюється процедура доказування наявності вини в отримувача винагороди, тож необхідно робити акцент на тому, що за наявності законних обставин дія або бездіяльність посадової особи не могла бути виконана. Крім того, необхідно довести, що вказані матеріальні цінності були прямо використані для задоволення власних матеріальних потреб отримувача винагороди або третіх осіб, в інтересах яких він діяв [5, с. 116].

Як приклад підготовки до фіксації факту дачі неправомірної вигоди візьмімо найпростіший випадок – безпосередню передачу неправомірної вигоди (грошової винагороди) хабародавцем набувачу такої вигоди. У ході переговорів, як правило, хабародавець та набувач неправомірної вигоди досягають домовленості про предмет і розмір неправомірної вигоди, незаконні дії посадової особи, які та має виконати. Для розслідування і доказування вини злочинця важливо, щоб указана домовленість була зафіксована на електронному носії в момент фіксації, як правило, на аудіоносій (який в подальшому долучається до матеріалів кримінального провадження та направляється на фотоскопічну експертизу). Сторони домовляються про предмет неправомірної вигоди та час і місце його передачі тощо. Надалі в ході підготовки до передачі неправомірної вигоди працівники органу дізнання складають протокол огляду грошових коштів. Вказаний протокол має бути складений процесуально грамотно в присутності двох понять. Обов'язковою умовою є здійснення опису предмета неправомірної вигоди – всіх грошових коштів (серія, номер купюри, номінальна вартість) та приєднання фотокопій усіх купюр до протоколу огляду [8, с. 204].

Після огляду грошових коштів у присутності двох понять експерт повинен помітити грошові кошти хімічною речовиною. Зразок хімічної речовини обов'язково долучається до матеріалів кримінального провадження та в подальшому підлягає направленню на експертне дослідження. Також важливо спорядити заявника (хабародавця) предметом прихованої відеофіксації (аудіофіксації), який також необхідно попередньо оглянути з фіксацією в протоколі огляду.

Наступний етап, і він має ключове значення для подальшого розслідування, – це факт отримання неправомірної вигоди та його фіксація. Отже, заявник, споряджений спеціальною відео-, аудіоапаратурою, зустрічається з набувачем вигоди. Важливо зазначити, що перед передачею предмета неправомірної вигоди або одразу після цього хабародавець та набувач вигоди повинні проговорити, і це необхідно зафіксувати, за яку незаконну дію або бездіяльність посадова особа отримує неправомірну вигоду. Правильна фіксація цього «зажене в кут» сторону захисту і не дасть їй можливості заперечувати факт злочину або наполягати на перекваліфікації злочинного діяння за ст. 368 на інші статті КК України, схожі за складом злочину, але за вчинення яких буде передбачена менша кримінальна відповідальність [5, с. 120].

Під час затримання осіб, підозрюваних у вчиненні злочинів, пов'язаних із корупцією, необхідно також враховувати особливості цієї процесуальної дії щодо окремої категорії осіб, до яких віднесено: народних депутатів України; суддів Конституційного Суду України, професійних суддів, а також присяжних і народних засідателів на час здійснення ними правосуддя; кандидатів у Президенти України; Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини; Голову Рахункової палати, його першого заступника, заступника, головного контролера та секретаря Рахункової палати; депутатів місцевої ради; адвокатів; Генерального прокурора України, його заступників. Всі перелічені особи відносяться до суб'єктів корупційних злочинів, визначених ст. 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції».

Досить дискусійним, на нашу думку, є питання щодо поведінки прокурора та слідчого у випадку відмови підозрюваного від давання показань. З тактичної точки зору в більшості випадків доцільним є роз'яснення перед початком допиту особі, що допитується, не лише положень, визнаних КПК України обов'язковими, а також інших правових норм (наприклад, обставин, що пом'якшують покарання: щире каяття, активне сприяння розкриттю злочину тощо). Однак у ході допиту, в разі відмови підозрюваного відповідати на запитання чи давати показання, вдаватись до таких роз'яснень чи «умовлянь» категорично заборонено.

У складних проблемно-конфліктних ситуаціях, які виникають під час розслідування корупційних злочинів, основними прийомами допиту підозрюваних є пред'явлення доказів (передусім, різних документів), виявлення і вказівка допитуваному на логічні суперечності в його свідченнях, припинення брехні, нейтралізація мотивів протидії. Вибір і реалізація прийомів допиту підозрюваних обумовлюється змістом реальної слідчої ситуації, властивостями особистості допитуваних. Слідчому, незважаючи на обмеженість у часі під час розслідування корупційних злочинів, необхідно ретельно готуватись до допиту підозрюваного та враховувати кожний можливий варіант захисту.

За наявності істотних протиріч у показаннях раніше допитаних під час розслідування корупційних злочинів осіб проводиться одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб для з'ясування причин розбіжностей в їхніх показаннях. Метою цієї слідчої дії є подолання установки раніше допитаної особи на дачу завідомо неправдивих свідчень і отримання правдивих показань щодо учасників окремих епізодів, часу і місця зустрічей корумпованих осіб або інших учасників різноманітних

проявів корупції, зокрема передачі предмета неправомірної вигоди або підкупу. У подальшому, під час розслідування корупційних злочинів можуть призначатися різні види судових експертиз, зокрема: судово-економічна – для перевірки фінансових і господарських операцій підприємства, організації або окремих посадових осіб; для перевірки промислового, товарного, фінансового планування, відповідності звіту установи дійсності; судово-товарознавча – встановлення якості готових промислових і продовольчих товарів, їхня сортність, вартість; судово-технічна – для з'ясування причин порушень технологічних процесів, термінів будівництва тощо; криміналістична (техніко-криміналістична) – дослідження документів; а також почеркознавча, авторознавча, фоноскопична та інші спеціалізовані експертизи. У разі необхідності під час розслідування корупційних злочинів проводиться слідчий експеримент, пред'явлення особи чи речей для впізнання та інші слідчі дії. Забезпечення використання тактичних прийомів забезпечить можливість закінчити досудове розслідування складанням обвинувального акту та належний процес розгляду провадження в суді.

Висновки. З метою приведення законодавства нашої країни у відповідність з рекомендаціями, наданими Україні за результатами оцінювання Групою держав Ради Європи проти корупції (GRECO) 18 квітня 2013 р. було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією».

Згідно з цим законом таке кримінально-правове поняття, як «хабар», було замінено поняттям «неправомірна вигода». У зв'язку з цим набрала чинності нова редакція ст.ст. 368 та 369 КК України і внесено зміни до ст.ст. 368-2, 368-3, 369-2, 370 КК України. При цьому кримінальна відповідальність встановлюється не тільки за давання або отримання, а й за пропозицію чи обіцянку неправомірної вигоди, а також за пропозицію чи обіцянку надання неправомірної вигоди не тільки службовій особі, а й будь-якому працівнику державного підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК України).

При цьому під неправомірною вигодою згідно з приміткою до ст. 364-1 КК України слід розуміти грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які пропонують, обіцяють, надають або одержують без законних на те підстав. Тобто поняття «хабар» та «неправомірна вигода» відрізняються між собою тим, що хабар – це незаконна винагорода, яка має виключно матеріальний характер (гроші, матеріальні цінності, документи, які надають право отримати майно, будь-які дії майнового характеру та ін.), а неправомірна вигода може бути як матеріальною, так і нематеріальною (переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи тощо).

Список використаних джерел:

1. Конституція України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.
2. Закон України «Про державну таємницю» (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1994, N 16, ст.93) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3855-12>.
3. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26.12.2003 N 15 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0015700-03>.
4. Лобойко Л. Реалізація норм чинного КПК України щодо досудового провадження: окремі аспекти / Л. Лобойко // Право України. – 2013. – № 11. – С. 22–31.
5. Криміналістика : [підручник] // Мін-во освіти і науки України. Нац. юрид. акад. України ім. Я.Мудрого; [За ред. В.Ю.Шепітько]. – Харків: Право, 2010 р. – 462 с.
6. Молдован А.В. Кримінальний процес : Україна, ФРН, США : [навчальний посібник] / [А.В. Молдован, В.А. Савченко, Т.В. Садова]. – К. : Алерта, 2014. – 334 с.
7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид. переробл. та допов. – К. : Юрид. думка, 2012. – 1316 с.
8. Криміналістика. Академічний курс : [підручник] / [Т.В. Варфоломєєва, В.Г. Гончаренко, В.І. Бояров та ін.]. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – 504 с.