

Верховний Суд України  
Державна судова адміністрація України  
Академія суддів України  
Чернівецька обласна державна адміністрація  
Апеляційний суд Чернівецької області  
Чернівецька міська Рада  
Центр суддівських студій (Міжнародний фонд)  
Чернівецький національний університет ім Ю.Федьковича  
Інститут прикладних гуманітарних досліджень  
Західноукраїнський економіко-правничий університет

## **СУДОВО-ПРАВОВА РЕФОРМА В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ**

**МАТЕРІАЛИ МІЖНАРОДНОЇ НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ КОНФЕРЕНЦІЇ,  
ПРИСВЯЧЕНОЇ 200-РІЧЧЮ КРАЙОВОГО СУДУ БУКОВИНИ**

*26-28 травня 2004 р.*



**Чернівці  
2004**

*В.В. Ванярчук,*  
канд.юрид.наук, Національна юридична  
академія України ім. Ярослава Мудрого, м.Харків

## ПОРЯДОК ВИКОРИСТАННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПРИ ПРОВАДЖЕННІ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ

Використання результатів оперативно-розшукової діяльності (далі ОРД) при провадженні у кримінальних справах має важливе значення в боротьбі зі злочинністю, захисті від злочинних посягань прав і законних інтересів громадян, інтересів суспільства й держави. Разом із тим, не можна не враховувати реально існуючого ризику негативних побічних наслідків цієї діяльності. За своїм характером та особливостями (негласність більшості оперативно-розшукових заходів (ОРЗ); обмеженість прав осіб, щодо яких такі заходи провадяться; відсутність низки гарантій, що мають місце у кримінально-процесуальній сфері; закритість у певній мірі навіть від прокурорського нагляду й судового контролю тощо) ОРД може викликати небезпечні порушення прав і свобод людини. Тому використання оперативно-розшукових заходів (далі ОРЗ) потребує їх чіткої правової регламентації.

Довгий час ОРД здійснювалася за відсутності законодавчого регулювання, на підставі лише таємних відомчих циркулярів. Не було також і ніяких офіційних правил використання її результатів у доказуванні. Прийняття в 1992 р. Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність"[4], у якому вперше в історії держави в нормативному акті вищої юридичної сили були регламентовані принципові рішення багатьох питань з урахуванням специфіки ОРД, належить розцінювати як безсумнівне досягнення в цьому плані. Разом з тим, використання результатів ОРД у кримінальному судочинстві викликає багато труднощів і питань. Щоб їх вирішити, на нашу думку, необхідно:

а) закріпити в законі й підзаконних нормативних актах правила подання результатів ОРД до органів дізнання, слідчого й суду, а також забезпечити їх точне виконання;

б) суворо й вимогливо перевіряти подані дані насамперед з погляду законності їх одержання;

в) розробити *порядок використання* отриманих результатів як *орієнтуючої інформації*, а також (за наявності підстав до цього) введення оперативних даних у кримінальний процес і *формування на їх підставі процесуальних доказів*.

Зрозуміло, що в одній статті неможливо належно розкрити всі висловлені вимоги, тому зупинимось лише на аналізі третього питання, тобто порядку використання результатів ОРД як орієнтуючої інформації і формування на їх підставі процесуальних доказів. Два перших питання розглянуті нами в інших публікаціях [3; 4].

У науковій літературі домінує погляд, що результати, отримані в процесі ОРД, можуть і повинні використовуватися при доказуванні в кримінальній справі:

1) як орієнтуюча інформація (тобто, яка може бути основою для рішень, що приймаються в кримінальній справі);

2) для формування доказів.

1) За своїм змістом орієнтуюча інформація, яка отримується слідчим від оперативно-розшукових служб поділяється на таку, що містить відомості:

а) про джерела доказів у кримінальній справі (відомості про осіб, показання яких можуть мати значення для з'ясування обставин, що підлягають доказуванню, про наявність і місця знаходження знарядь злочину, викрадених цінностей і грошей, предметів, на яких збереглися сліди злочину тощо);

б) про обставини, що мають значення для правильної організації розслідування і тактики провадження слідчих дій (відомості про конфлікти в злочинній групі, індивідуальні особливості потерпілих, свідків, обвинувачених, їх уподобаннях, характері взаємовідносин, інших обставинах, які можуть не входити в предмет доказування по справі, але мати важливе значення для організації і планування розслідування, підвищення результатів слідчих дій та розслідування в цілому).

До числа рішень, які можуть бути прийняті на підставі оперативних даних, відносяться: рішення про порушення кримінальної справи, про затримання підозрюваного у вчиненні злочину та деякі інші.

На сьогодні не отримало однозначного вирішення і викликає найбільше суперечок питання про можливість затримання підозрюваного у вчиненні злочину на підставі оперативних

даних. Так, при визначенні підстав затримання не зовсім зрозуміло, в яких джерелах можуть бути закріплені підстави, передбачені в ч.1 ст.106 КПК України, а також залишається неясним, які відомості включаються в поняття “інші дані”, яким шляхом, ким і з яких джерел вони можуть бути отримані.

Одні учені вважають, що під ними належить розуміти лише докази [9, с.126-127; 10, с.30]. Основний аргумент на користь такого висновку – необхідність відображення в протоколі затримання підстав цього рішення, що припускає можливість контролю з боку всіх зацікавлених осіб за джерелом одержання цих даних. З цієї причини використання оперативної інформації неможливе, оскільки існує небезпека розголошення джерел її отримання. Крім того, відзначається небезпека свавілля з боку органів дізнання при прийнятті рішень про затримання на підставі оперативної інформації.

Цілком погодитись з цими аргументами не можна. По-перше, джерела такої інформації в окремих випадках можна й не приховувати, оскільки деякі з них проводяться гласно (опитування очевидців на місці пригоди). По-друге, існуюча процедура дачі дозволу суду на провадження найбільш “гострих” оперативних заходів здатна забезпечити об’єктивність отриманих даних і необхідні гарантії безпеки затриманого.

Протилежну позицію стосовно цього питання займає В.Т.Томін, який вважає, що цілком правомірним є прийняття рішення про затримання в умовах ризику, тобто на підставі тієї інформації, яка була і могла бути отримана уповноваженим суб’єктом на момент прийняття цього рішення, незалежно від її форми [15, с.8].

Думається, що така пропозиція неприйнятна, оскільки якраз саме при такому вирішенні цього питання може мати місце загроза свавілля з боку органів дізнання. Адже в такому разі можна затримати особу, наприклад, і на підставі анонімного повідомлення.

Існують думки, що підстави для затримання можуть бути отримані і з оперативних джерел [5, с.22]. З цією точкою зору можна погодитись з певними обмовками.

Часто процесуальному передуює “фізичне затримання” (“захоплення”, “доставлення”), в окремих випадках воно без нього і неможливе. Уже на цьому етапі суттєво обмежуються

права затриманого (провадиться його особистий огляд, огляд житла, в якому він затриманий і т.п.).

Не викликає сумнівів, що у формуванні підстав фізичного затримання суттєву роль відіграють результати попередньої ОРД. Наприклад, для того, щоб спіймати особу на місці вчинення злочину або безпосередньо після його вчинення (п.1.ч.1.ст.106 КПК), працівник органу дізнання повинен бути попередньо обізнаний про злочинний намір затриманого, а це може бути забезпечено й попередньою ОРД. Суттєва роль результатів оперативного розшуку і при формуванні підстав, вказаних у п.п.2 і 3 ч.1 ст.106 КПК. Так, інформація, яка отримана від очевидців (п.2 ч.1 ст.106 КПК) не є доказами, оскільки очевидець – це ще не свідок, а відомості, які одержані в результаті особистого огляду підозрюваного, його одягу, житла (в умовах невідкладності), коли вони провадяться без понятих, а їх результати не фіксуються в протоколі, на нашу думку, також можуть бути віднесені до оперативних даних.

Фізичне затримання не повинно вважатись адміністративною діяльністю, оскільки, в кінцевому рахунку воно направлене на вирішення завдань кримінального процесу, так як, особи, які його проводять, на підставі інформації, що є в них у розпорядженні, уже ідентифікували дії підозрюваного як злочинні по об'єктивній стороні. Тому його необхідно було б детально врегулювати в кримінально-процесуальному законі, а не в Законі “Про міліцію” [10, с.56-62]. В цьому випадку твердження про можливість використання результатів ОРД при прийнятті рішень про процесуальне затримання підозрюваного у вчиненні злочину, не викликало б сумнівів.

На даний же час, коли закон не містить запропонованих положень, можна погодитись з точкою зору Д.І.Беднякова, який вважає, що підставами застосування такого заходу процесуального примусу як затримання підозрюваного у вчиненні злочину можуть бути лише докази. “Інші дані, які дають підстави підозрювати особу у вчиненні злочину” також повинні бути закріплені в джерелах доказів. Але ці дані є підставою для затримання лише в поєднанні з однією із умов, зазначених у ч.2 ст.106 КПК, відомості про які можуть міститися і в результатах ОРД [1, с.56]. Така позиція, на наш погляд, заслуговує на підтримку.

Підводячи підсумок у цій частині, хотілося б відзначити, що в даний час, не дивлячись на серйозні позитивні зрушення в правовому регулюванні ОРД та використанні її результатів, становище з інформованістю слідчих про результати ОРД вимагає поліпшення. На жаль, багато слідчих не знають про можливості оперативно-розшукових підрозділів по встановленню орієнтуючих їх в процесі збирання та перевірки доказів відомостей, а оперативні співробітники в силу недостатньої компетенції в питаннях специфіки кримінально-процесуальної діяльності слідчого, конкуренції інтересів різних відомств і посадових осіб, а також надмірної конспірації своєї діяльності, необгрунтовано обмежують обсяг орієнтуючої інформації, яка подається слідчому, до того ж дають її із запізненням.

Тому, думається, цілком обгрунтовано порушується питання про необхідність надання слідчому законом права на ознайомлення з оперативно-службовими документами, які містять орієнтуючу інформацію, що стосується кримінальної справи, яка знаходиться в його провадженні, зрозуміло з певними обмеженнями (наприклад, стосовно відомостей про негласних співробітників оперативних підрозділів).

2) Можливість і необхідність реалізації оперативних даних для формування доказів обгрунтовували окремі учені [1; 2; 14; 16]. Основний аргумент на користь цієї точки зору – неможливість одними лише слідчими діями забезпечити вирішення завдань кримінального процесу.

Іншого погляду дотримуються М.С.Алексєєв, Є.А.Доля, В.І.Зажицький, В.М.Савицький, С.А.Шейфер [13; 6; 8; 12; 17]. Якщо підсумувати їх аргументи, то вони такі: вказаний спосіб реалізації оперативної інформації не відповідає основним принципам вітчизняної теорії доказування; містить в собі потенційну загрозу прямого використання результатів розшуку як доказів, тобто створює пільговий режим їх реалізації; веде до змішування кримінально-процесуальної й оперативно-розшукової діяльності, що є недопустимим.

Крім того, Є.А.Доля вказує, що по-перше, докази, які одержуються таким шляхом, не містять гарантій доброякісності, оскільки із процесу доказування випадає така важлива складова, як “збирання”, з якою, як правило,

пов'язується ціла система таких гарантій. По-друге, результати ОРД ні при яких обставинах не можуть розглядатись і використовуватись як докази в кримінальній справі, навіть якщо буде проведена їх перевірка у відповідності з кримінально-процесуальним законодавством, так як перевірці в кримінальному процесі підлягають докази, а не результати ОРД. І по-третє, відомості, які містяться в результатах ОРД, щоб стати доказами, повинні бути отримані із передбачених законом джерел (ч.2 ст.65 КПК) і у встановленому законом порядку – через слідчі і судові дії [7, с.42-44].

В.М.Савицький виходить ще й і з моральних міркувань. На його думку, надання статусу доказів результатам негласної діяльності органів дізнання призведе до створення в суспільстві атмосфери підозри, правової незахищеності.

А оскільки в ієрархії цінностей моральне здоров'я суспільства набагато важливіше, чим сумнівне вирішення сьогочасних, хоча і гострих проблем, вказаний варіант не може бути сприйнятливим [12, с.38].

Всі ці аргументи заслуговують на увагу, однак, в усіх них присутня велика доля апріорної недовіри до вітчизняних спецслужб, що історично може й виправдано, але в умовах правової держави, на наш погляд, не доречно.

Крім того, потрібно врахувати, що змістом і оперативних матеріалів, і доказів може бути інформація про один і той же факт, подію чи особу. Результати ОРД в окремих ситуаціях взагалі можуть бути єдиним “відображенням” досліджуваних відомостей у силу неповторності події злочину і навмисного знищення злочинцями слідів своєї діяльності.

Дані обставини з урахуванням єдності завдань кримінально-процесуальних і розшукових дій об'єктивно зумовлюють необхідність і можливість перетворення результатів оперативного розшуку в докази.

Викликає сумнів і той аргумент, що з процесу перетворення оперативної інформації в докази виключається такий обов'язковий елемент доказування, як “збирання”.

Оскільки по ряду злочинів оперативно-розшукові дії є складовою частиною доказування. Зокрема – одним зі способів їх виявлення. Адже зібрати можна лише те, що уже знайдено. І крім того, потрібно не забувати, що способами

збирання доказів поряд із проведенням слідчих і судових дій ще є “витребування” їх у підприємств, установ, організацій, громадян та “подання” їх до компетентних органів будь-якими учасниками кримінального процесу. А оперативно-розшукові методи в поєднанні з поданням їх (як ініціативним, так і після їх витребування) в порядку ч.2 ст.66 КПК України утворюють самостійний спосіб збирання доказів.

Однак механізм реалізації оперативних даних у формуванні доказів потребує більш детальнішого розгляду.

Всі дані, отримані в результаті провадження ОРД, можуть набути статусу доказів тільки після введення їх в кримінальний процес у відповідності з положеннями кримінально-процесуального законодавства, яке регламентує збирання, перевірку і оцінку доказів.

Аналіз положень Закону “Про ОРД”, КПК, вивчення практики приводить до висновку, що такі одержані оперативним шляхом результати можуть служити основою для формування наступних видів доказів: 1) показань свідка (в окремих випадках – показань підозрюваного чи обвинуваченого); 2) речових доказів; 3) протоколів з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів; 4) інших документів.

1) У ході оперативно-розшукових заходів оперативний співробітник або особа, яка йому допомагає, може особисто, безпосередньо спостерігати ті чи інші факти, події, дії, що мають значення для справи. Це може відбуватися в ході контрольної закупки (зброї, наркотичних засобів), коли вони виступають у ролі покупця; в процесі спостереження за діями запідозрених у вчиненні злочину осіб; у процесі оперативного експерименту тощо.

Одержані в такий спосіб відомості можуть бути введені у кримінальний процес через допит особи, якій ці відомості стали відомі, в якості свідка, підозрюваного чи обвинуваченого. Однак коли в матеріалах, що подаються оперативними службами, не вказується джерело отримання, воно не може використовуватися в доказуванні. Це впливає зі ст.257 КПК, згідно з якою суд повинен безпосередньо допитати свідка – особу, якій що-небудь відомо у справі, та із ст.68 КПК, яка виключає з числа доказів показання свідка, якщо він не може вказати джерело своєї



проінформованості. Тому, коли інтереси збереження таємниці не дозволяють назвати осіб, які отримали інформацію у зв'язку з участю в ОРД, і обставини її одержання; коли не можна забезпечити безпеку вказаних осіб, така інформація не повинна надаватися для використання в доказуванні.

2) Другий варіант формування доказів на основі результатів ОРД – коли оперативний співробітник або особа, яка надає йому допомогу, при проведенні оперативно-розшукових заходів виявляють ті чи інші предмети або документи, які можуть мати значення для справи. Наприклад, в результаті контрольної закупки в руках оперативного співробітника виявляються наркотичні речовини, зброя; при обстеженні приміщень, транспортних засобів виявлено вкрадене майно, боєприпаси тощо.

Такі виявлені предмети чи документи можуть бути вилучені, якщо це: а) не призведе до порушення правил конспірації оперативно-розшукових заходів, що провадяться; б) не вплине на використання їх у доказуванні, оскільки воно відбудуватиметься поза рамками процесуальних дій, за відсутності встановлених процесуальним законом гарантій.

Як же діяти, коли має місце одна з цих загроз? В таких випадках, думається, перед вилученням доцільно зафіксувати предмети і документи в місці їх виявлення шляхом фотографування, відеозапису чи кінозйомки. Отримане відображення являє собою по суті копію виявленого предмета чи документа, який володіє ознаками речового доказу і може використовуватися як похідний речовий доказ, у випадку коли на момент порушення кримінальної справи чи досудового розслідування вилучити оригінали вже не вдасться.

Виявлені і вилучені предмети та документи набудуть статусу речового доказу тільки, коли будуть представлені у встановленому порядку і залучені до справи згідно з вимогами ст. 79 КПК, та коли у справі буде інформація про їх походження й обставини виявлення. Тому і тут, як правило, необхідний є допит особи, яка виявила вказаний предмет (документ).

3) Окрім показань осіб, які брали участь в проведенні ОРД, виявлених в ході оперативно-розшукових заходів предметів і документів (або їх відображень), у доказуванні часто використовуються результати фіксації значимих для справи обставин

з допомогою оперативно-технічних засобів. Отримані в результаті цього матеріали (наприклад, аудіозапис телефонних переговорів, відеозаписи або фотографії зроблені в ході спостереження, і т.п.) можуть допомогти перевірити і правильно оцінити відомості, що містяться в протоколі, який складається за результатами окремих з них, показання учасників оперативно-розшукових заходів, які допитуються у справі.

Так, згідно зі ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”: 1) негласне проникнення до житла чи іншого володіння особи; 2) зняття інформації з каналів зв’язку; 3) контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією; 4) застосування інших технічних засобів одержання інформації проводяться за рішенням суду. За результатами їх здійснення складається протокол з відповідними додатками, який, після належного представлення слідчому, може відразу використовуватися в якості самостійного джерела доказів у кримінальному судочинстві (ч.2 ст.65 КПК) й не потребує якоїсь додаткової перевірки. Тобто, на нього можна посилатися, як і на інші джерела доказів (показання свідка, документи, речові докази, протоколи слідчих дій та ін.), при прийнятті конкретних рішень у кримінальній справі.

Розглядувані ж нами документи (аудіозапис, відеозапис тощо), які є додатками до такого протоколу, можуть також набути статусу самостійного доказу після того, як будуть залучені до справи у відповідності з вимогами ст.79 КПК (тобто, докладно описані в протоколі огляду і залучені до справи постановою особи, в провадженні якої знаходиться справа). У випадках необхідності, доцільним буде проведення їх експертного дослідження, допит особи, яка здійснювала застосування технічних засобів, як правило, не викликається необхідністю і на практиці не проводиться. Фоноскопічна (фонографічна) експертиза, яка може бути призначена – досить складна, трудомістка і дорога справа, її провадження потребує достатньо тривалого часу, і до того ж провадиться не всіма експертними установами. Тому до їх призначення потрібно звертатися лише в тих випадках, коли інакше без цього не обійтись, коли ідентифікація мови й голосу набуває справді істотного значення.

4) Згідно з п.п.4, 17 ч.1 ст.8 Закону України “Про ОРД “ підрозділи, які її здійснюють вправі витребовувати, збирати і вивчати документи та дані, що характеризують діяльність підприємств, установ, організацій, а також спосіб життя окремих осіб, підозрюваних у підготовці або вчиненні злочину, джерело та розміри їх доходів; використовувати дані автоматизованих інформаційних систем. Отримані в результаті цього документи, якщо вони мають значення для справи (наприклад, дані про походження вилученої зброї, про судимість підозрюваного тощо), можуть бути без будь-яких перешкод залучені до справи в якості документів.

### Література

1. Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. – М.: Юрид. лит., 1991.
2. Безлепкин Б.Т. Проблемы уголовно-процессуального доказывания // Сов. государство и право. – 1991. - №8.
3. Вапнярчук В.В. Належне подання результатів оперативно-розшукової діяльності до органу дізнання, слідчого, суду як одна з умов їх використання при провадженні у кримінальних справах // Проблеми законності: Респ. Міжвід. Наук. зб. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 2004. – Вип.67.
4. Вапнярчук В.В. Перевірка можливості використання результатів оперативно-розшукової діяльності при провадженні в кримінальних справах // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права: Науковий часопис. – Хмельницький, 2003. - №3-4
5. Галкин И.С., Кочетков В.Г. Процессуальное положение подозреваемого. – М.: Юрид. лит., 1968.
6. Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. – М.: СПАРК, 1996.
7. Доля Е.А. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Рос. Юстиция. – 1993. - №6.
8. Зажицкий В.И. Закон об оперативно-розыскной деятельности не идеален // Сов. юстиция. – 1993. - №5.
9. Михайленко А.Р. Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе. – Саратов: Саратов. ун-т, 1975.
10. Петрухин И.Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. – М.: Наука, 1989.
11. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 р., №2135-12 // Відом. Верхов. Ради України. – 1992. - №22.
12. Савицкий В.М. И все же – суд присяжных // Новое время. – 1990. - №22.

13. Советский уголовный процесс / Под ред. Н.С.Алесеева, В.З.Лукишевича. – Л.: ЛГУ, 1989.
14. Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. – М.: Юрид. лит., 1991.
15. Томин В.Т. Противоречие уголовного судопроизводства и некоторые практические следствия из него в условиях правовой реформы // Предварительное следствие в условиях правовой реформы. Сб. науч. тр. – Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1991.
16. Фаткулин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. Казань: Казан. ун-т, 1973.
17. Шейфер С.А. Доказательственные аспекты закона об оперативно-розыскной деятельности // Государство и право. – 1994. - №1.