



й ознайомлення з ним учасників процесу при розгляді скарги на постанову про порушення кримінальної справи щодо певної особи (це стосується й інших випадків, зокрема протоколу судового засідання по розгляду подання слідчого про взяття під варту підозрюваного, обвинуваченого). Ведення протоколу судового засідання, своєчасне його виготовлення є суттєвою гарантією права на апеляційне оскарження рішення суду. Таке право належатиме прокурору, особі, щодо якої порушена кримінальна справа, її захиснику або законному представнику та може бути реалізоване протягом семи діб з моменту отримання копії постанови.

Література

1. Лазарева В. *Теория и практика судебной защиты в уголовном процессе*. – Самара, 2000. – С. 75; *Судебная власть / Под ред. И. Л. Петрухина*. – М.: Велби, 2003. – С. 162-163.
2. Маляренко В., Пилипчук П. *Межі судового контролю за дотриманням прав і свобод людини в стадії попереднього розслідування кримінальної справи // Право України*. – 2001. – № 4. – С. 43.
3. Маляренко В.Т. *Про оскарження дій (бездіяльності) та процесуальних рішень органів дізнання, слідчого і прокурора // Вісник Верховного Суду України*. – 2001. – № 6 (28). – С. 51.
4. Зеленецький В.С. *Возбуждение уголовного дела*. – Харьков: Крим Арт, 1998. – С. 173.
5. Петрухин И. *Можно ли обжаловать в суд постановление о возбуждении уголовного дела? // Российская юстиция*. – 2002. – № 1. – С. 49.
6. Зеленецький В.С. *Возбуждение уголовного дела*. – Харьков: Крим Арт, 1998. – С. 212.
7. Пилипчук П.П. *Розгляд судом скарги на постанову про порушення кримінальної справи // Вісник Верховного Суду України*. – 2003. – № 2 (36). – С. 59. *Вісник Верховного Суду України*. – 2003. – № 4 (38). – С. 6–9.



Вапнярчук В.В.,

*асистент кафедри кримінального процесу
Національної юридичної академії України
імені Ярослава Мудрого,
кандидат юридичних наук*

ПЕРЕВІРКА МОЖЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПРИ ПРОВАДЖЕННІ В КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ

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



Довгий час оперативно-розшукова діяльність здійснювалась за відсутності законодавчого регулювання, на підставі лише таємних відомчих циркулярів. Не було також і ніяких офіційних правил використання її результатів в доказуванні. Прийняття у 1992 році Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”¹ (надалі – Закону про ОРД), у якому вперше в історії держави в нормативному акті вищої юридичної сили були регламентовані принципи рішення багатьох питань із врахуванням специфіки ОРД, в тому числі й використання результатів цієї діяльності при провадженні в кримінальних справах, слід розцінювати як безсумнівне досягнення в цьому плані.

В законі передбачені і на практиці застосовуються дві основні форми використання при провадженні в кримінальних справах даних, отриманих в результаті ОРД:

- а) як інформаційна основа рішень, що приймаються в кримінальній справі для підготовки і здійснення слідчих і судових дій, вибору тактики їх проведення;
- б) для отримання відповідно до процесуального закону фактичних даних, які можуть бути доказами в кримінальній справі.

Разом з тим, визнання за результатами ОРД права бути використаними в кримінальному судочинстві, породило багато труднощів і питань, зв’язаних з їх реалізацією. Для того, щоб їх вирішити, на нашу думку, необхідно:

по-перше, закріпити в законі та підзаконних нормативних актах правила подання результатів ОРД до органів дізнання, слідчого і суду, а також забезпечити їх точне виконання;

по-друге, суворо і вимогливо перевіряти подані дані, насамперед, з точки зору законності їх одержання;

по-третє, розробити порядок використання поданих даних як орієнтуючої інформації, а також, при наявності підстав, порядок введення оперативних даних в кримінальний процес, формування на їх підставі процесуальних доказів.

Зрозуміло, що в одній статі неможливо належним чином розкрити всі висловлені вимоги, тому зупинимось лише на аналізі питання про перевірку результатів ОРД, які подані до органу дізнання, слідчого, суду та можливість їх використання при провадженні в кримінальних справах².

Одним із найбільш ефективних засобів забезпечення законності оперативно-розшукової діяльності (ОРД) є використання передбачених законом форм прокурорського нагляду (ст. 14 Закону про ОРД), а також заходи відомчого та судового контролю (ст.ст. 8, 9 названого закону). Однак незалежно від цього, перед тим як вирішити питання про використання в доказуванні інформації, поданої оперативними органами, необхідно ретельно перевірити законність її одержання. Якщо виявиться, що оперативно-розшукові заходи, в результаті яких отримані подані відомості, проведені з порушенням закону, вони не можуть використовуватися в доказуванні.

Що ж конкретно слід перевіряти?

Перше. Чи дотримані положення закону про те, з якою метою може провадитися ОРД?

Метою ОРД є: захист життя, здоров’я, прав і свобод людини і громадянина, власності, забезпечення безпеки суспільства і держави від злочинних посягань.

Вказані цілі конкретизуються в завданнях оперативно-розшукової діяльності, які наводяться в ст. 1 Закону про ОРД. Ними є: пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, розвідувально-підбивну діяльність спеціальних служб іноземних держав та організацій з метою

¹ Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 року // Відомості Верховної Ради України. – 1992. - № 22. – Ст. 303.

² Питання, пов’язані з поданням результатів ОРД до органу дізнання, слідчого, суду, а також з порядком їх використання будуть розглядатися в інших публікаціях, які готуються автором.



припинення правопорушень та в інтересах кримінального судочинства, а також отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави.

Специфічними завданнями ОРД в кримінальному процесі є:

- виявлення і розкриття злочинів, а також осіб, які їх готують, вчиняють або вчинили;
- попередження злочинів;
- припинення злочинів;
- здійснення розшуку осіб, які переховуються від органів дізнання, слідства і суду;
- здійснення розшуку осіб, які ухиляються від кримінального покарання;
- здійснення розшуку безвісти зниклих громадян³;
- захист життя, здоров'я, житла і майна працівників суду і правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві (ст.9 Закону про ОРД).

Не допускається здійснення ОРД для досягнення цілей і вирішення завдань, не передбачених законом, тобто в інтересах якої-небудь політичної партії, громадського об'єднання, в інтересах тих чи інших фізичних або юридичних осіб (наприклад, суб'єктів підприємницької діяльності, що конкурують між собою і т. п.).

Друге. Чи мали місце підстави для проведення ОРД (відповідно до ст. 6 Закону про ОРД) та для заведення оперативно-розшукових справ (відповідно до ст. 9 вказаного закону і ст. 12 Закону України "Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю"⁴).

Для вирішення питання про можливість використання оперативних даних в кримінально-процесуальному доказуванні необхідно встановити, чи мали місце для цього передбачені законом наступні підстави (далі мова піде тільки про ті підстави, які мають відношення до розслідування і розгляду справи):

наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про:

- злочини, що готуються або вчинені невстановленими особами;
- осіб, які готують або вчинили злочин;
- осіб, які переховуються від органів розслідування, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання;
- осіб безвісно відсутніх;
- реальну загрозу життю, здоров'ю, житлу, майну працівників суду і правоохоронних органів у зв'язку з їх службовою діяльністю, а також особам, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членам їх сімей та близьким родичам, з метою створення необхідних умов для належного відправлення правосуддя.

Зазначені підстави можуть міститися в заявах, повідомленнях громадян, посадових осіб, громадських організацій, засобів масової інформації, у письмових дорученнях і постановках слідчого, вказівках прокурора, ухвалах суду в кримінальних справах, що знаходяться в його провадженні, матеріалах органів дізнання, інших правоохоронних органів, у запитах оперативних підрозділів міжнародних правоохоронних органів та організацій інших держав.

Забороняється приймати рішення про проведення оперативно-розшукових заходів при відсутності вказаних вище підстав.

Третє. Чи проведені оперативно-розшукові заходи (ОРЗ) уповноваженим на те державним органом?

³ Сервецький І.В. Науково-практичний коментар Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». – К.: Парламентське вид-во, 2000. – С. 12.

⁴ Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю: Закон України від 30 червня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1993. - № 35. – Ст. 358.



В законі міститься вичерпний перелік органів, які вправі здійснювати ОРД. Згідно з ст. 5 Закону про ОРД, оперативно-розшукова діяльність здійснюється оперативними підрозділами:

Міністерства внутрішніх справ України – кримінальною, транспортною та спеціальною міліцією, спеціальними підрозділами по боротьбі з організованою злочинністю, судовою міліцією;

Служби безпеки України – розвідкою, контррозвідкою, військовою контррозвідкою, захисту національної державності, спеціальними підрозділами по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю, оперативно-технічними, внутрішньої безпеки, оперативного документування, боротьби з тероризмом і захисту учасників кримінального судочинства та працівників правоохоронних органів;

Державної прикордонної служби України – розвідувальним органом спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади у справах охорони державного кордону, підрозділами з охорони державного кордону органів охорони державного кордону та Морської охорони, забезпечення внутрішньої безпеки, забезпечення власної безпеки, оперативного документування та оперативно-технічними;

управління державної охорони – підрозділом оперативного забезпечення охорони виключно з метою забезпечення безпеки осіб та об'єктів, щодо яких здійснюється державна охорона;

органів державної податкової служби – оперативними підрозділами податкової міліції;

органів і установ Державного департаменту України з питань виконання покарань – оперативними підрозділами;

розвідувального органу Міністерства оборони України – оперативними, оперативно-технічними, власної безпеки.

Проведення оперативно-розшукової діяльності іншими підрозділами зазначених органів, підрозділами інших міністерств, відомств, громадськими, приватними організаціями та особами забороняється.

Однак, для виконання окремих доручень в ході проведення оперативно-розшукової діяльності можуть залучатись працівники інших підрозділів (ч. 4 ст. 8 Закону про ОРД).

Четверте. Чи відповідали заходи, які здійснювалися в процесі ОРД, в результаті яких одержана інформація, що подається, вимогам ст. 8 Закону про ОРД і ст.ст. 12, 15 Закону України “Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю”, ст.ст. 4, 5 Закону України “Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними”.

Іншими словами, чи передбачає закон можливість провадження тих чи інших ОРЗ.

П'яте. Чи дотримані додаткові умови для провадження окремих ОРЗ?

Так, згідно п. 8 ч. 1 ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” проникнення в злочинну групу негласного працівника оперативного підрозділу або особи, яка співробітничала з ним здійснюється тільки на підставі відповідної постанови, яка затверджується начальником відповідного органу.

Це правило має важливе значення, оскільки вказаний ОРЗ носить особливо гострий характер і потрібні особливі заходи застереження, щоб не допустити настання небажаних наслідків. Затвердження рішення начальником органу, який здійснює ОРД, – одна з таких гарантій.

Шосте. Чи дотриманий встановлений законом особливий порядок проведення ОРЗ, які зв'язані з обмеженням деяких конституційних прав громадян?

Згідно ст.ст. 30, 31 Конституції України обмеження таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, а також недоторканності житла допускається



тільки на підставі рішення суду.

До числа оперативно-розшукових заходів, які обмежують вказані права, згідно ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД, відносяться:

- негласне проникнення до житла чи іншого володіння особи (п. 7 ч. 1 ст. 8).

На наш погляд, тут мається на увазі не тільки фізичне проникнення, але й випадки, коли спостереження чи обстеження ведеться ззовні, за допомогою технічних засобів;

- зняття інформації з каналів зв'язку (п. 9 ч. 1 ст. 8);

- контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією (п. 10 ч. 1 ст. 8);

- застосування інших технічних засобів одержання інформації (п. 11 ч. 1 ст. 8).

Вказані ОРЗ проводяться за рішенням суду, прийнятим за поданням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника. Про отримання такого дозволу суду або про відмову в ньому зазначені особи повідомляють прокурору протягом доби. Застосування цих заходів проводиться виключно з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо.

Вказані обмеження прав і свобод людини та юридичних осіб під час здійснення оперативно-розшукової діяльності повинні носити винятковий і тимчасовий характер і можуть застосовуватись лише щодо особи, в діях якої є ознаки тяжкого або особливо тяжкого злочину, та з метою захисту прав і свобод інших осіб, безпеки суспільства.

У разі оперативної необхідності невідкладного здійснення цих заходів оперативно-розшуковий підрозділ зобов'язаний протягом 24 годин повідомити суд або прокурора про застосування та підстави для їх проведення (ст. 9 Закону про ОРД).

Сьоме. Чи дотримані передбачені гарантії законності під час здійснення оперативно-розшукової діяльності (ст. 9¹ Закону про ОРД)?

Це, зокрема, такі:

- чи було заведено оперативно-розшукову справу. Про її заведення виносить постанову, яка затверджується начальником або уповноваженим заступником начальника органу, якому надано право проводити ОРД;

- чи не були порушені права і свободи людини та юридичних осіб, за виключенням випадків і в порядку передбаченому законом;

- чи отримано дозвіл керівника відповідного оперативного підрозділу за наявності достатніх підстав для проведення ОРД;

- чи врахована відповідність ОРЗ ступеню суспільної небезпеки злочинних посягань та загрози інтересам суспільства і держави;

- чи не були з метою одержання інформації застосовані технічні засоби, психотропі, хімічні та інші речовини, які пригнічують волю або завдають шкоди здоров'ю людей та навколишньому середовищу.

Восьме. Чи дотримані встановлені законом (ст. 9¹ Закону про ОРД) строки здійснення оперативно-розшукової діяльності, законності їх продовження, припинення і поновлення обчислення строків ведення оперативно-розшукової справи?

Дев'яте. Чи дотримані положення закону про недоторканність окремих посадових осіб? Згідно з Конституцією України [6] до числа таких осіб відносяться:

- народні депутати (ст. 80);

- Президент України (ст. 105);

- судді (ст. 126).

Так, наприклад, згідно ч. 2 ст. 27 Закону України "Про статус народного депутата України", порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та



застосування інших заходів, що відповідно до закону обмежують права і свободи народного депутата, допускаються лише у разі, коли Верховною Радою України надано згоду на притягнення його до кримінальної відповідальності, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо.

При перевірці законності проведення оперативно-розшукових заходів, результати яких подані для використання в доказуванні, може виникнути питання якою мірою допущені порушення впливають на можливість використання отриманих даних. В юридичній літературі має місце думка, що закон не передбачає визнання результатів ОРЗ, проведених з порушенням закону, нікчемними. Санкції нікчемності не виводяться і шляхом логічного аналізу нормативних приписів Закону про ОРД⁵. На нашу думку, таке твердження суперечить ст. 4 Закону України про ОРД (а також і ст. 3 Закону РФ про ОРД), що визначає принципи оперативно-розшукової діяльності, згідно з якою дана діяльність “ґрунтується на принципах законності, дотримання прав і свобод людини”.

Згідно п. 9 ст. 14 Закону України про ОРД, а також наказу Генерального прокурора України №4/1 від 28 жовтня 2002 року “Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність” прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення ОРД, вживає заходів щодо усунення порушень законності під час її проведення і щодо притягнення винних до встановленої законом відповідальності. Було б досить дивно, якби в таких випадках в доказуванні у кримінальній справі використовувалися б незаконно отримані дані.

Автори вищевказаного коментарю вказують, що порушення закону, яке допущено, скажімо, при отриманні оперативним шляхом матеріального предмета “знаходиться поза рамками кримінального процесу і не означає порушення передбаченої кримінально-процесуальним законом процедури формування речових доказів”⁶. Але ж передбачене в ст. 62 Конституції України положення, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, на наш погляд, поширюється і на допроцесуальні способи отримання інформації, яка може потім використовуватися при формуванні доказів. Згідно ч. 2 ст. 66 КПК учасники процесу вправі подавати докази. Пошук, виявлення “майбутніх” доказів знаходиться за межами процесу. Але ж звідси не випливає, що названа діяльність може здійснюватися протизаконними способами, наприклад шляхом підкупу або залякування майбутнього свідка, вилучення яких-небудь предметів в результаті незаконного проникнення в житло і т.п.?

Так само й не можна використовувати в доказуванні дані, одержані особами, які неправомочні здійснювати ОРД; шляхом проведення ОРЗ, не передбачених законом або за відсутності передбачених законом підстав (скажімо, шляхом прослуховування телефонних розмов або проникнення в житло без судового рішення і т.п.).

Використання в доказуванні будь-якої протизаконно добутої інформації (в тому числі й отриманої оперативним шляхом) означало б явний відступ від одного з основних принципів судочинства, що можна розцінювати як заохочення свавілля.

*Стаття рекомендована до друку кафедрою кримінального процесу
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого
(протокол № 3 від 13 листопада 2003 р.)*



⁵ «Об оперативно-розыскной деятельности» Комментарий к Федеральному закону / Под ред. А.Ю. Шумилова. – М., 1997. – С. 120.

⁶ Там само.