

присутності цієї особи на попередньому (досудовому) слідстві або судовому розгляді на території запитуваної сторони; якщо передача може спричинити порушення встановлених національним законом строків тримання особи під вартою або призначеного покарання у виді позбавлення волі. Європейська конвенція про взаємну допомогу в кримінальних справах, крім того, передбачає, що у передачі особи може бути відмовлено і в разі, якщо є інші важливі обставини для того, щоб не передавати її на територію запитуючої держави (пп. d) п. 1 ст. 11). На переданих осіб, які тримаються під вартою або засуджені до позбавлення волі, поширюються ті ж гарантії, що й на викликаних для участі в процесуальних діях свідків, експертів, потерпілих.

Додержання встановленого міжнародними договорами порядку виклику та участі у процесуальних діях свідків, потерпілих, експертів та інших учасників кримінального процесу є необхідною передумовою визнання одержаної в ході проведених за їх участю процесуальних дій доказової інформації як допустимої. Недодержання цих правил, застосування щодо зазначених осіб заходів процесуального примусу, примусове доставлення їх до запитуючої держави для забезпечення участі у провадженні по кримінальній справі, на наш погляд, тягне за собою визнання одержаних доказів недопустимими «у зв'язку з порушенням порядку надання певній особі відповідного процесуального статусу чи несправедливого характеру засобів, що застосовуються...»¹

Надійшла до редколегії 20.07.02

С. Гриненко (НЮА України)

Особливості правового регулювання оперативно-розшукової діяльності

За порівняно невеликий період легітимізувався і представив себе широким колам раніше практично невідомий, невидимий

¹ *Пащковський М. І.* Проблема допустимості показань осіб (обвинувачених та підозрюваних), які були доставлені на територію України з порушенням національного та міжнародного права // *Актуальні проблеми держави та права.* – Одеса, 2001. – Вип. 10. – С. 100.

прошарок специфічної діяльності правоохоронних органів і спецслужб держави — оперативно-розшукова діяльність (далі — ОРД). Відразу ж з'явилися багато різних точок зору щодо того, що ж вона являє собою. Іншими словами, разом з легітимацією даного виду діяльності проявила себе необхідність її подальшої правової регламентації, а разом з нею і проблема визначення «належності» ОРД. КПК України включає в перелік джерел доказів протоколи оперативно-розшукових заходів. Оскільки матеріали ОРД можуть бути легалізовані в кримінальному процесі, то виникає питання про правову природу норм, що регулюють ОРД. Правильне вирішення цього питання обумовлює визначення правової природи матеріалів ОРД, що вводяться в кримінальне судочинство. Інакше кажучи, існує проблема, пов'язана з тим, чи утворюють дані норми галузь законодавства або вони є галуззю права, чи правовою підгалуззю.

Щодо цього існує багато думок. З усього цього розмаїття можна виділити дві основні полярно протилежні точки зору. Прихильники однієї з них вважають, що є об'єктивна необхідність і підстави для виділення самостійної галузі оперативно-розшукового права. Прихильники іншої стверджують, що існування такої галузі суперечить теорії права.

Так, О. Шумілов, погоджуючись з неможливістю виділення галузі оперативно-розшукового права, обґрунтовує існування галузі кримінально-розшукового права. Він визначає кримінально-пошукову діяльність як частину ОРД, так би мовити, «ОРД у вузькому розумінні». І ця галузь, хоча і тісно стикається з іншими галузями, все-таки має свій особливий предмет і метод правового регулювання¹.

Не можна категорично відкинути цю думку. Специфіка предмета і методу кримінально-розшукового права дійсно існує, однак оперативно-розшукове право, будучи комплексною галуззю, містить у собі кримінально-розшукове право і використовує ті ж методи, що й останнє. Якщо виділити кримінально-розшукове право як самостійну галузь, то неохопленим залишається дуже широкий масив правовідносин, які виникають у сфері розвідувальної і контррозвідувальної діяльності, що також використовує оперативні та оперативно-технічні засоби. Невже доведеться створювати ще одну чи дві галузі? Це нон-

¹ Див.: Шумілов А. Ю. Начала уголовно-розыского права. — М., 1998.

сенса. З таким же успіхом можна виділити прокурорське право, адвокатське, ревізорське і т. ін.

Подібної точки зору додержується й М. Погорецький. Він погоджується з О. Шуміловим у тому, що правовідносини, які виникають у процесі оперативно-розшукової діяльності, утворюють свій предмет правового регулювання, і визначає галузь оперативно-розшукового права як соціально обумовлену систему правових норм, що регулюють оперативно-розшукову діяльність різних її суб'єктів, яка полягає в застосуванні спеціальних сил, засобів і методів у здійсненні оперативно-розшукових заходів у зв'язку з пошуком і фіксацією фактичних даних про протиправну діяльність окремих осіб і груп, розвідувальної діяльності спеціальних служб іноземних держав і організацій з метою припинення правопорушень і в інтересах кримінального судочинства, а також одержання інформації в інтересах безпеки суспільства і держави.

На відміну від змісту кримінально-розшукового права, як його наводить О. Шумілов, оперативно-розшукове право, на думку М. Погорецького, охоплює більш широке коло правовідносин, включаючи розвідку, контррозвідку, кримінально-розшукову діяльність і перевірку особи в зв'язку з допуском до державної таємниці¹.

Так само, як і О. Чувільов, М. Погорецький називає предметом оперативно-розшукового права регулювання повноважень оперативно-розшукових органів, порядку здійснення оперативно-розшукових заходів і пов'язаних з ними правовідносин, а також питань співробітництва громадян з оперативно-розшуковими органами на конфіденційній основі, нормативне закріплення системи гарантій при проведенні оперативно-розшукових заходів².

На наш погляд, твердження про те, що предмет правового регулювання оперативно-розшукового права — самостійний елемент структури права, є помилковим.

У Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» остання визначається як система гласних і негласних пошуко-

¹ Див.: Погорецький Н.А. К вопросу о совершенствовании нормативно-правового регулирования оперативно-розыскной деятельности // Проблемы законности. — 2001. — № 49. — С. 157.

² Див.: Погорецький Н.А. Вказ. праця; Чувилёв А. А. Оперативно-розыскное право. — М., 1999.

вих, розвідувальних і контррозвідувальних заходів, здійснюваних із застосуванням оперативних і оперативно-технічних засобів. Дещо інше визначення дає Закон Російської Федерації «Про оперативно-розшукову діяльність». У ньому говориться, що ОРД — це вид діяльності, здійснюваний гласно і негласно оперативними підрозділами державних органів, уповноважених на те чинним Федеральним законом, у межах їх повноважень за допомогою проведення оперативно-розшукових заходів з метою захисту життя, здоров'я, прав, свобод людини і громадянина, власності, забезпечення безпеки суспільства і держави від злочинних посягань¹.

Вважаємо більш коректним визначення, яке дає російський закон. Мається на увазі те, що ОРД — це все-таки «вид діяльності», а не «система заходів». Останні є лише інструментарієм оперативно-розшукової діяльності і проявляють себе тільки в процесі їх застосування, що і зветься діяльністю. Таким чином, доцільніше говорити про ОРД як про специфічний вид діяльності уповноважених органів держави по застосуванню гласних і негласних пошукових, розвідувальних і контррозвідувальних заходів, здійснюваних з використанням оперативних і оперативно-технічних засобів.

Предметом правового регулювання є різноманітні суспільні відносини, що об'єктивно, за своєю природою піддаються нормативно-організаційному впливу й у даних соціально-політичних умовах потребують такого впливу, здійснюваного за допомогою юридичних норм і всіх інших юридичних засобів, що утворюють механізм правового регулювання². До структури предмета правового регулювання входять такі елементи: суб'єкти, їх поведінка, об'єкти правовідносин і соціальні факти (події та обставини)³.

До суб'єктів оперативно-розшукових правовідносин можна віднести спеціальні підрозділи, що згідно із Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» (ст. 5) здійснюють ОРД, а також слідчих, які мають право давати оперативно-розшуковим

¹ Див.: Шумилов А. Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С постатейным приложением нормативных актов и документов. — 2-е изд., испр. и доп. — М., 2000.

² Див.: Алексеев С. С. Теория права. — М., 1994. — С. 146.

³ Див.: Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права. Курс лекций. — М., 1997. — С. 353.

органам доручення, суд, який видає санкції на проведення оперативно-розшукових заходів, а також прокуратуру, що здійснює нагляд за проведенням ОРД і веденням справ оперативного обліку.

Правовою основою оперативно-розшукової діяльності є Конституція України, КК і КПК України, закони України «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», «Про прокуратуру», «Про Прикордонні війська», «Про державну охорону органів державної влади України і посадових осіб», «Про статус суддів», «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів», «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», «Про боротьбу з корупцією» та інші нормативно-правові акти, а також міжнародні угоди і договори, учасницею яких є Україна. Крім того, органи, які здійснюють ОРД, у межах своїх повноважень видають нормативні акти, що регламентують організацію і порядок проведення оперативно-розшукових заходів.

Як бачимо, масив нормативно-правових актів, які регламентують ОРД, дуже об'ємний, що обумовлює досить широке коло правовідносин, котрі виникають у процесі здійснення даної діяльності: кримінально-правові, кримінально-процесуальні, адміністративні та ін. Правове регулювання ОРД є комплексним, а відтак, не можна говорити про оперативно-розшукове право як про самостійну галузь. У праві немає і не може бути змішаних галузей. Змішаними можуть бути тільки галузі законодавства, які у своїй більшості є результатом штучних конструкцій законодавця і підсумком систематизації у формі міжгалузевої кодифікації законодавства¹.

ОРД, на наш погляд, найбільше пов'язана з кримінально-процесуальним правом, оскільки і кримінальне судочинство, і ОРД мають на меті захищати людину, суспільство і державу від злочинних посягань. Багато положень про ОРД міститься в КПК України. Крім того, ОРД багато в чому запозичує процесуальну форму, звичайно, з певною часткою специфіки.

Ще одним істотним моментом є те, що ОРД, крім відносин по регулюванню повноважень органів, що її здійснюють, порядку здійснення оперативно-розшукових заходів, питань співробітництва з оперативно-розшуковими органами на конфі-

¹ Див.: Колодій А. М. Принципи права України. – К., 1998. – С. 62.

денційній основі та інших правовідносин у цій сфері, безпосередньо пов'язана з інститутом легалізації результатів ОРД. Легалізація здійснюється на основі і з урахуванням правил і принципів кримінально-процесуального права. Про це прямо зазначено в п. 2 ст. 11 Закону Російської Федерації «Про оперативно-розшукову діяльність», в якій говориться, що результати ОРД можуть слугувати приводами і підставами для порушення кримінальної справи, надаватися в орган дізнання, слідчому чи у суд, у провадженні якого знаходиться кримінальна справа, а також використовуватися в доказуванні у кримінальних справах відповідно до положень кримінально-процесуального законодавства Російської Федерації, що регламентує збирання, перевірку та оцінку доказів¹. Це також вказує на тісний взаємозв'язок кримінально-процесуального права з ОРД і допоміжний характер останньої.

Зважаючи на викладене і враховуючи, з одного боку, специфічність і відносну відокремленість правовідносин, що виникають у зв'язку зі здійсненням ОРД, а з іншого — неможливість визнання оперативно-розшукового права самостійною галуззю права, необхідно, на наш погляд, віднести правові норми, що регулюють ОРД, до підгалузі кримінально-процесуального права.

Оперативно-розшукове право як підгалузь кримінально-процесуального права має відповідати базовим принципам кримінального судочинства. При побудові системи принципів оперативно-розшукового права необхідно враховувати як загальноправові, так і спеціальні принципи кримінального процесу. До них можна віднести: принцип утвердження і забезпечення державою прав і свобод людини, рівності громадян і держави перед законом і судом, принцип законності, відповідальності держави перед людиною, принцип забезпечення права на судовий захист, недоторканності особи, таємниці особистої кореспонденції і телефонних розмов та ін.

Одним з основних у кримінальному судочинстві є принцип забезпечення всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин справи. Це положення обов'язково повинно враховуватися при здійсненні ОРД. Зокрема, це стосується оформлення матеріалів оперативно-розшукових заходів. Названий принцип є основою для висування вимог до процесуальних доказів: належ-

¹ Див.: Шумилов А. Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности».

ності і допустимості. Одним з найважливіших елементів вимоги допустимості є можливість перевірити одержану інформацію.

Протоколи оперативно-розшукових заходів, зазначені в ст. 65 КПК України як джерела доказів, повинні відповідати основним вимогам, що ставляться до протоколів процесуальних дій (ст. 85 КПК).

Тут, однак, виникає проблема, пов'язана зі специфікою ОРД. Йдеться про спеціальні принципи ОРД, що впливають з негласного характеру цієї діяльності. Оскільки вони діють паралельно з загальноправовими¹, то протоколи оперативно-розшукових дій також повинні відповідати їм. Отже, основою оформлення результатів ОРД буде сплав загальноправових, кримінально-процесуальних принципів і спеціальних принципів ОРД. Спеціальні принципи відображають сутність ОРД як негласної і конспіративної діяльності, а загальноправові і кримінально-процесуальні — забезпечують допустимість результатів ОРД як доказів і відповідність конституційним основам.

Безумовно, протокол оперативно-розшукової дії буде істотно відрізнятися від слідчих протоколів відсутністю понять і підпису особи, щодо якої ця дія проводиться. Але ці атрибути відсутні й у висновку експерта (фахівця), документах, одержуваних від установ і організацій, і ніхто не заперечує їх процесуальний статус доказу². Ю. Гришин, наприклад, пропонує оформлювати протоколи оперативного документування за аналогією з протоколом огляду місця події. З поданих матеріалів ОРД і додатків до них повинно бути зрозуміло таке: звідки, за чиєю ініціативою чи вимогою, куди і коли надійшли документи. Останнє твердження потребує особливої уваги, оскільки наявність реквізитів офіційних документів, що виходять від установ і посадових осіб, є однією з умов допустимості матеріалів документування³.

¹ Див.: *Зажичкий В. И.* Проблемы принципов оперативно-розыскной деятельности // Государство и право. — 2001. — № 7. — С. 71.

² Див.: *Кириченко С. А.* О придании процессуального статуса оперативно-розыскной деятельности // Вісник Луганського інституту внутрішніх справ. — 2000. — № 3. — С. 168.

³ Див.: *Гришин Ю. А.* О проблемах использования следователем результатов общественного документирования при возбуждении уголовных дел // Проблемы оперативно-розшукової діяльності й забезпечення прокурорського нагляду за її законністю: Міжнарод. наук.-практ. конф., 21–22 лютого 2000 р. — Луганськ, 2000. — С. 108.

Важливим є принцип забезпечення можливості оскаржити дії органів, що здійснюють ОРД, та їх посадових осіб. Право оскаржити дії органів державної влади закріплено в Конституції України (ст. 55) і має конкретизуватися в галузевому законодавстві.

У ч. 9 ст. 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» сказано, що громадяни України та інші особи мають право в установленому законом порядку одержати від органів, на які покладено здійснення оперативно-розшукової діяльності, письмове пояснення з приводу обмеження їх прав і свобод і оскаржити ці дії. Не ясно, що являє собою «установлений законом порядок», куди можна звернутися зі скаргою і в якому випадку. Більш досконалим, на наш погляд, є положення ч. 3 ст. 5 Закону Російської Федерації «Про оперативно-розшукову діяльність» про те, що особа, яка вважає, що дії органів, котрі здійснюють оперативно-розшукову діяльність, призвели до порушення її прав і свобод, має право оскаржити ці дії у вищий орган, що здійснює ОРД, прокурору або до суду.

На наш погляд, необхідно замінити ч. 9 ст. 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» нормою, аналогічною ч. 3 ст. 5 російського Закону «Про оперативно-розшукову діяльність».

У цілому вся система принципів ОРД є недосконалою і потребує «якісної доробки»¹.

Надійшла до редколегії 10.07.02

¹ Див.: Шумилов А. Ю. Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в России. – М., 1997.