

3. Загальна декларація прав людини, проголошена Організацією Об'єднаних Націй 10 грудня 1948 року // Права людини. Міжнародні договори України: декларації, документи / Упоряд. Ю.К. Качуренко. - К., 1992.
4. Збірник міжнародних договорів України про правову допомогу у кримінальних справах. Багатосторонні договори. - К., 2006.
5. Кодекс поведінки службових осіб по підтримці правопорядку від 1979 року.
6. Конвенція Співдружності Незалежних Держав про права та основні свободи людини // Дипломатический вестник. - 1995. - № 7.
7. Міжнародна поліцейська енциклопедія: у 10 т. / Відп. ред. Ю.І. Рижмаренко, Я.Ю. Кондратьєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко. - К., 2005. - Т. II: Права людини у контексті поліцейської діяльності.
8. Москалькова Т.Н. Етика уголовно-процессуального доказывания. - М., 1996. - 256 с.
9. Мульченко В. Проблеми охорони честі та гідності особи у кримінальному законі // Право України. - 2002. - № 10. - С.41-44.
10. Права человека: учеб. для вузов / Отв. ред. Е.А. Лукашева. - М.: НОРМА-ИНФА, 1999. - 573с.
11. Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 25 квітня 2003 року // www.scourt.gov.ua.
12. Рабинович П.М. Права людини і громадянина: навч. посіб. / П.М. Рабинович, М.І. Хавронюк. - К.: Атіка, 2004. - 464с.
13. Савчин М. Основні конституційні критерії обмеження прав людини й основоположних свобод / М. Савчин // Вибори та демократія. - № 2 - 2008. - С. 21-28.
14. Стан та шляхи гуманізації кримінального судочинства в Україні: Матеріали експертного дослідження / За заг. ред. О.В. Беци. - К., 2005.
15. Філатов В.М., Солоткий С.А. Застосування норм міжнародних договорів і рішень Європейського суду з прав людини у кримінальному судочинстві // Вісник Верховного суду України. - 2004. - № 7.

УДК 351.746.2:340.5

А.В. Шадлер

О ТЕРМИНОЛОГИЧЕСКИХ ОСНОВАХ МЕХАНИЗМА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

В статье критикуется терминологическая конструкция части 2 статьи 65 Уголовно-процессуального кодекса Украины. Обозначаются ее содержательные элементы, препятствующие разработке правового механизма использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. Предлагается новая редакция данной нормы.

Ключевые слова: *уголовное судопроизводство; оперативно-розыскная деятельность; оперативно-розыскные мероприятия; результаты оперативно-розыскных мероприятий; материалы оперативно-розыскных мероприятий; источник доказательств.*

У статті критикується термінологічна конструкція частини 2 статті 65 Кримінально-процесуального кодексу України. Визначаються її змістовні елементи, що є припонами у розробці правового механізму використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному судочинстві. Пропонується нова редакція цієї норми.

Ключові слова: кримінальне судочинство; оперативно-розшукова діяльність; результати оперативно-розшукової діяльності; матеріали оперативно-розшукових заходів; джерело доказів.

The article criticized the terminological structure of Part 2 of Article 65 of the Criminal Procedural Code of Ukraine. Represented by its substantial elements affecting the development of a legal mechanism to use the results of operational detection in criminal proceedings. New edition of the given norm is offered.

Key words: criminal proceedings; operational detection, results of s operational detection, materials of operational search activities, source of evidence.

Факт существования результатов оперативно-розыскной деятельности (далее – ОРД), имеющих отношение к расследуемым по уголовным делам событиям, общепризнан всеми юристами-учеными и практиками. При этом анализ правоприменительной практики и научных источников свидетельствует о том, что современная отечественная теория и практика ОРД мощно "инфицирована" идеей разработки действенного правового механизма введения ее результатов в уголовный процесс. И это вполне объяснимо, так как в условиях качественного изменения современной преступности становится всё более очевидным, что без использования иных информационно добывающих и перерабатывающих технологий получения сведений о событии преступлении и, в первую очередь, ОРД уголовному судопроизводству уже не под силу противостоять напору криминалитета¹.

Настоятельную необходимость разрешения проблем борьбы с преступностью путем активного использования результатов ОРД в уголовном судопроизводстве по существу актуализировал отечественный законодатель, который 18 января 2001 года² существенным образом изменил содержание ч. 2 ст. 8 Закона Украины от 18 февраля 1993 года № 2135-XII "Об оперативно-розыскной деятельности"³ (далее – Закон об ОРД). Ее

¹ См.: Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Автореф. дис... докт. юрид. наук. Нижний Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2002. – С. 2.

² Закон України від 18 січня 2001 року №2246-III "Про внесення змін до Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність" // Відомості Верховної Ради України (ВВР). - 2001. - № 14. - Ст. 72.

³ Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992, № 22, ст.303.

новая редакция предусматривает обязательное составление протокола с соответствующими приложениями по результатам проведения обозначенных в этой статье оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ). Важно отметить, что по смыслу новеллы протокол "подлежит использованию как источник доказательств в уголовном судопроизводстве".

В дальнейшем Законом Украины от 21 августа 2001 года № 2533-III "О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Украины"¹ (далее – УПК) в ч.2 ст. 65 УПК был расширен перечень источников доказательств за счет включения в их систему протоколов с соответствующими приложениями, составленными уполномоченными органами по результатам оперативно-розыскных мероприятий.

В целом необходимо позитивно оценить появление в правовой сфере борьбы с преступностью такого рода законодательных новелл. Они не только прямо узаконили использование результатов ОРД при производстве по уголовным делам, но и в определенной степени определили процессуальную форму (протокол) их представления должностным субъектам, ведущим уголовный процесс (органу дознания, следователю, прокурору и суду). Вместе с тем результаты ОРД по-прежнему, если так можно выразиться, "со скрипом" проходят уголовное судопроизводство или не проходят его вовсе. Генеральная прокуратура Украины, анализируя состояние законности при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, прямо указывает, что использование результатов, полученных во время проведения оперативно-розыскных мероприятий, крайне неэффективно. Как доказательства они используются в каждом десятом случае². И этому есть объяснение.

С течением времени стало понятно, что обозначенные законодательные нововведения не только носили бессистемный характер, но и не получили дальнейшего логического продолжения. Они так и не разрешили проблему разработки нормативного механизма вовлечения в уголовный процесс сведений (данных), полученных оперативно-розыскным путем³. Будучи введенным в текст закона, термин "результаты ОРМ" не удостоился даже минимального законодательного объяснения. Какова их правовая природа, и в качестве чего они используются в доказывании, законодатель

¹ Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 34-35, ст. 187.

² См.: Інформація про стан законності в державі за 2009 рік (відповідно до статті 2 Закону України "Про прокуратуру") // Офіційний інтернет-портал Генеральної Прокуратури України. Розділ "Інформація". - Режим доступа: <http://www.gp.gov.ua/>

³ Не предлагали пути разрешения подобного рода проблем и модельные нормативно-правовые акты в сфере ОРД, разрабатываемые ведущими учеными государств-стран СНГ в период активного реформирования национальных правовых систем. См.: Модельный закон об оперативно-розыскной деятельности // Принят на десятом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ (Постановление 6 декабря 1997 года). - Режим доступа: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=997_a15

не поясняет. В этой связи нельзя не заметить, что в УПК не обозначен и перечень ОРМ, по результатам которых составляется протокол. Видимо законодатель посчитал, что при наличии Закона об ОРД и соответствующих требований УПК к доказательствам (глава 5) правоприменителю легко будет разобраться в содержании обозначенных правовых конструкций.

Действительно общеизвестно, что УПК и Закон об ОРД как источники уголовно-процессуального права находятся между собой в закономерной связи. Учитывая их юридическую значимость и соподчиненность друг другу, нормы Закона об ОРД не должны вступать в противоречие с нормами УПК как базового кодифицированного уголовно-процессуального закона¹. Следовательно, в ч. 2 ст. 65 УПК должна идти речь о тех ОРМ, которые прямо закреплены в Законе об ОРД. Однако данный нормативно-правовой акт не устанавливает полный перечень таких мероприятий². Он предусматривает составление протокола применительно к негласному проникновению в жилище или иное владение лица, снятию информации с каналов связи, контролю над перепиской, телефонными разговорами, телеграфной и другой корреспонденцией, а также в случае использования других технических средств (ст. 8). В разрезе такой законодательной проблемы целесообразно отметить и то, что Закон об ОРД определяет направления использования в сфере уголовного судопроизводства не "результатов ОРМ", а "материалов ОРД" (ст. 10). Однако в этом случае законодатель также не раскрывает понятие данного термина, его содержание, не обозначает форму и виды материалов ОРД.

Следователи и органы дознания в условиях такой неразрешенности терминологической трактовки обозначенных законодательных понятий, раскрытия их сущности произвольно толкуют и применяют их. Это недопустимо с точки зрения оценочной лексики и объективности юридического текста³. Между тем, очевидно, что точность, ясность и доступность формулировок определений, четкое их языковое воплощение, правильное и единообразное употребление терминологии выполняют важные комму-

¹ Ножкина А. В. Система источников уголовно-процессуального права России: Автореф. дис... канд. юрид. наук. - М., 2003. - С. 17.

² Их система, содержание и порядок осуществления обозначен только в специальных ведомственных нормативно-правовых актах, например, МВД Украины. Они носят секретный характер, и данное обстоятельство является обоснованным, так как ряд мероприятий осуществляется при помощи именно негласных методов осуществления. См.: Инструкция об оперативно-розыскной деятельности оперативных подразделений органов внутренних дел. Утвержд. приказом МВД Украины от 17.07.2004 г.

³ Ивакина Н.Н. Профессиональная речь юриста. Учебное пособие. - М.: Издательство БЕК, 1997. - С. 24, 184-188.

никативные и познавательные функции¹. При таком состоянии закона вполне объяснимо, что 100% опрошенных следователей органов внутренних дел Украины², не знают о том, результаты каких конкретно ОРМ должны фиксироваться в протоколе, который "подлежит использования как источник доказательств в уголовном судопроизводстве". При этом 95% респондентов не имеют представлений о понятии термина "материалы ОРД" и его соотношении с термином "результаты ОРМ".

С нашей точки зрения, усугубляет такую неосведомленность и то обстоятельство, что ни УПК, ни Закон об ОРД, ни ведомственные нормативно-правовые акты Украины в сфере оперативно-розыскной деятельности не только не определяют форму упомянутого протокола - его структуру и содержание, но и механизм его вовлечения в сферу уголовного судопроизводства. Странно, но факт - законодатель с момента принятия известной новеллы по расширению перечня источников доказательств так и не внес в УПК (глава 5 "Доказательства") соответствующие дополнения, касающиеся системы правовых предписаний, всесторонне характеризующих такой источник доказательств как "протоколы с соответствующими приложениями, составленными уполномоченными органами по результатам ОРМ". Интересно отметить, что 100% опрошенных нами следователей и сотрудников секторов уголовного розыска³ не имеют какого-либо представления относительно формы такого протокола и порядка его вовлечения в сферу уголовного судопроизводства. Объясняя причину такой неосведомленности, они указали на отсутствие в Украине правовых предписаний надлежащего характера.

Анализ уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной практики⁴, также изучение специальной литературы свидетельствует о том, что такое состояние нормативного регулирования существенным образом и крайне негативно влияет на правоприменительную деятельность в сфере борьбы с преступностью. Такого рода проблема не позволяет достаточно активно использовать в уголовном процессе результаты ОРД. Она требует своего разрешения, прежде всего, на законодательном уровне. Это отмечают

¹ Дридзе Т.М. Язык и социальная психология. - М.: Высшая школа, 1980. - С. 59-61, 138, 201.

² Опрос проводился на курсах повышения квалификации центра последипломной подготовки ЛГУВД имени Э.А. Дидоренко. Всего было опрошено 62 следователя органов внутренних дел со стажем работы от 2 до 5 лет.

³ Опрос проводился на курсах повышения квалификации центра последипломной подготовки ЛГУВД имени Э.А. Дидоренко. Всего было опрошено 65 оперуполномоченных и старших оперуполномоченных уголовного розыска со стажем работы от 2 до 5 лет.

⁴ См.: Інформація про стан законності в державі за 2009 рік (відповідно до статті 2 Закону України "Про прокуратуру") // Офіційний інтернет-портал Генеральної Прокуратури України. Розділ "Інформація". - Режим доступа: <http://www.gp.gov.ua/>

многие отечественные ученые¹.

Прежде всего, необходимо определиться с конструкцией ч. 2 ст. 65 УПК, которая формально увязывает возможность использования результатов ОРД, зафиксированных только в форме протоколов (и приложений к ним), составленных по результатам ОРМ. Вместе с тем с позиции анализа соответствия положений части 2 статьи 65 УПК сложившейся оперативно-розыскной практике в Украине обращает на себя внимание то обстоятельство, что протоколирование хода, содержания и результатов ОРМ является не единственной формой документирования ОРД². Так, органы, которые проводят оперативно-розыскную деятельность, могут составлять и иные документы. Например, справку и обобщенное официальное сообщение (справку-меморандум); рапорт; акт; объяснения лиц, участвовавших в ОРМ; сводку (при проведении наблюдения оперативно-поисковым подразделением органов внутренних дел); отчет; сообщения или записки конфиденентов; заявления граждан и т.д. В случае проведения в рамках ОРД оперативно-технических мероприятий результаты ОРД могут быть также зафиксированы на материальных (физических) носителях информации (фонограммах, видеограммах, кинолентах, фотошленках, фотоснимках, магнитных, лазерных дисках, слепках и т.п.).

Таким образом, с нашей точки зрения, обозначенная норма уголовно-процессуального закона не учитывает правовую природу ОРД, которая предполагает многообразие форм фиксации результатов ОРМ. Более того она не корреспондируется с положениями ч. 2 ст. 66 УПК Украины, согласно которым доказательства могут быть представлены любыми учреждениями, в том числе и органом дознания. При этом вполне очевидно, что данный источник доказательств законодатель рассматривается как разновидность документов в значении ст. 83 УПК. На это по существу указывает конструкция ч. 2 ст. 65 УПК Украины: "Эти данные... устанавливаются... протоколами с соответствующими приложениями, составленными уполномоченными органами по результатам оперативно-розыскных мероприятий, и иными документами". С точки зрения государственного стандарта

¹ Погорельский М.А. Функциональные назначения оперативно-розыскной деятельности у криминальному процесі: Монографія. - Х.: Арсіс, ЛТД, 2007. - С. 271, 306-307.

² Документирование включает в себя следующие элементы. Во-первых, процесс добывания информации, необходимой для решения задач ОРД. Во-вторых, "материализацию" этой информации, придание ей формы, пригодной для последующего использования в других антикриминальных технологиях, прежде всего, в форме документа. В-третьих, процедуру подготовки "материализованной" информации для последующего, в том числе и уголовно-процессуального использования. См.: Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Монография / Под научн. ред. проф. В.Т. Томина. - Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2001. - С. 105.

ДСТУ 3017-95¹ документ - материальный объект с информацией, закреплённой созданным человеком способом для её передачи во времени и пространстве. Указанные свойства документа, на наш взгляд, и обуславливают многообразие способов и объектов фиксации оперативно-розыскной информации², которая может иметь значение доказательств (т.е. действий по запечатлению в установленных формах фактических данных, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела), а также условий, средств и методов её обнаружения и закрепления. Такой взгляд на процессуальную протоколов ОРМ не исключает, а предполагает возможность вовлечения в уголовный процесс не только протоколов ОРМ, но и иного рода документов, в которых зафиксированы результаты ОРД. В контексте изложенного нельзя забывать и о том, что к оперативно-служебным документам могут прилагаться полученные при проведении оперативно-розыскных мероприятий предметы и документы, которые в некоторых случаях могут быть признаны вещественными доказательствами по уголовному делу, если обладают признаками таковых (ст.ст. 78, 79 УПК)³.

Вполне очевидно, что под таким углом зрения результаты документирования не могут ассоциироваться только с таким понятием как "документы ОРД". По аргументированному мнению Н.А. Потгорецкого в большей степени к ним применим термин "материалы ОРД"⁴. Под ними он понимает "материально фиксированные источники, которые возникают в процессе осуществления оперативно-розыскных мероприятий и содержат сведения (информацию) о признаках преступления, лиц, причастных к его совершению, а также иные данные, которые содействуют его раскрытию"⁵.

Представляется, что обозначенный указанным автором термин более удачен, чем термин "материалы ОРМ", прежде всего, с той точки зрения, что фактически ОРД не ограничивается проведением ОРМ, несмотря на

¹ ДСТУ 2732-94. Діловодство й архівна справа. Терміни та визначення. - Чинний від 1995-07-01. - К.: Держстандарт України, 1994.

² Под ней понимаются сведения, полученные в результате осуществления оперативно-розыскной деятельности, могущие стать доказательствами или способствующие их получению и используемая в предупреждении преступлений, а также иные данные, используемые в организации и тактике деятельности оперативно-розыскных аппаратов. См.: Хомколов В.П. Организация управления оперативно-розыскной деятельностью: системный подход. - М.: Закон и право. ЮНИТИ, 1999. - С. 90.

³ См.: Бедняков Д. И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М., 1991. - С.84

⁴ Потгорецкий М.А. Функциональные назначения оперативно-розыскной деятельности у кримінальному процесі: Монографія. - Х.: Арсис. ЛТД, 2007. - С. 287.

⁵ Там же. - С. 275.

ее законодательное определение¹. ОРМ² являются структурным элементом оперативно-розыскной деятельности, состоящим из системы взаимосвязанных действий, направленных на решение конкретных тактических задач. На это по существу указывают многие авторы³. И с этим трудно спорить, ибо всякая познавательная деятельность является процедурной и процедурной одновременно⁴.

С позиции такого рода критики существующая конструкция ч.2 ст. 65 УПК не отражает правового значения ОРД и лишь затрудняет и запутывает основные понятия и без того сложных теорий оперативно-розыскного документирования и уголовно-процессуального доказывания. Оно в определенной мере дезориентирует практику. Необходима существенная корректировка ч. 2 ст. 65 УПК. Ее обновленная конструкция должна включать такие содержательные элементы, которые привели бы данную норму в соответствие со ст.10 Закона об ОРД, определяющей направления "материалов ОРД" в уголовном судопроизводстве.

С учетом высказанных суждений, предлагается внести коррективы в ч. 2 ст. 65 УПК, изложив ее в следующей редакции: "Эти данные устанавливаются: показаниями свидетеля, показаниями потерпевшего, показаниями подозреваемого, показаниями обвиняемого, заключением эксперта, вещественными доказательствами, протоколами следственных и судебных действий и иными документами, а также материалами оперативно-ро-

¹ Земскова А.В. Правовые проблемы использования результатов оперативно-розыскных мероприятий в уголовно-процессуальном доказывании: Монография. - Волгоград: ВЮИ МВД России, 2000. - С.20.

² ОРМ необходимо рассматривать как "предусмотренное законом и подзаконными нормативными актами разведывательно-поисковое действие, проводимое уполномоченным на то субъектом преимущественно негласными средствами и методами при наличии определенных оснований и в соответствии с установленным порядком, направленное на получение, фиксацию и проверку фактических данных, имеющих значение для решения задач оперативно-розыскной деятельности". См.: Пардилов, Р. Х. Институт оперативно-розыскных мероприятий в оперативно-розыском законодательстве: Теоретический и правовой аспекты: Автореф. . канд. юрид. наук. - М., 2007. - С. 9.

³ См.: Безлепкин Б.Т. Проблемы уголовно-процессуального доказывания // Советское государство и право. - 1991. - № 8. - С. 98; Комментарий к Федеральному закону "Об оперативно-розыскной деятельности" / Отв. Ред. И рук. Авт. кол-ва А.Ю. Шумилов. - М., 1997. - С. 109; Комментарий к Федеральному закону "Об оперативно-розыскной деятельности". С постатейным приложением нормативных актов и документов. / Авт. - сост. А.Ю. Шумилов. - М., 2002. - С. 142; Потгорецкий М.А. Функциональные назначения оперативно-розыскной деятельности у криминальному процесі: Монографія. - Х.: Арсис, ЛТД, 2007. - С. 290 и др.

⁴ Шумилов А.Ю. О понятии и содержании уголовно-розыскного права // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (актуальные вопросы обнаружения преступлений с помощью негласных возможностей). Выпуск 3. - М., 2000. - С. 6.

зыскной деятельности".

Для создания выверенной системы взаимосвязанных норм, определяющих порядок использования в доказывании по уголовным делам материалов ОРД, необходимо будет ввести в УПК Украины новую статью, определяющей порядок использования не материалов ОРД, а именно результатов ОРД в уголовно-процессуальном доказывании. И в этом есть вполне определенная логика. Термин "материалы ОРД" не может согласоваться с нормами УПК Украины, определяющими в качестве доказательств по уголовному делу "любые фактические данные" (ч. 1 ст. 65 УПК). В теории уголовного процесса общепризнанно, что доказательственное значение имеют не сами источники доказательств (материалы ОРД), а содержащиеся в них фактические данные¹.

По существу такую позицию занимают авторы действующего проекта УПК Украины, которые в ч.2 ст.146 прямо указали, что "доказами є також фактичні дані, зібрані органом дізнання в результаті оперативно-розшукових заходів відповідно до вимог законів України, якщо вони перевірені особою, яка здійснює дізнання, слідчим чи судом у порядку, передбаченому цим Кодексом"².

Кстати, с точки зрения рационального использования в разрешении рассматриваемых проблем опыта тех стран, которые имеют с Украиной одинаковую систему права, целесообразно отметить следующее.

В оперативно-розыском и уголовно-процессуальном законодательстве абсолютного большинства стран, входящих в Содружество Независимых Государств, применительно к использованию нового источника доказательств по уголовному делу "материалы ОРД" принимаются одинаковые операционные выражения - "результаты оперативно-розыскной деятельности"³. С нашей точки зрения это вполне оправдано по приведенным выше аргументам.

¹ Зажицкий В.И. Понятие использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Проблемы формирования уголовно-розыского права (актуальные вопросы обнаружения преступлений с помощью негласных возможностей). - М., 2000. - С. 66. Он же. Оперативно-розыскная деятельность и уголовное судопроизводство // Российская юстиция. - 2001. - № 3. - С. 45-46.

² Кримінально-процесуальний кодекс України //Проект №1233 від 13.12.2007 р., підготовлений народними депутатами Мойсиком В.Р., Вернидубовим І.В. Ківаловим С.В., Кармазіним Ю.А.

³ Бачила В.В. Законодательное регулирование использования материалов оперативно-розыскной деятельности // Эффективность уголовной юстиции в контексте верховенства права: Материалы международной научной конференции (Минск, 17 октября 2003 г.). - Минск: БГУ, 2003. - С. 226; Погорельский М.А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: Монографія. - Х.: Арсис, ЛТД, 2007. - С. 126-148.