

Деякі питання тактики захисту за умов використання слідством інформації, отриманої під час проведення оперативно-розшукових заходів

Не є таємницею, що достатньо великий за обсягом блок значущої для досудового слідства інформації слідчий отримує завдяки суб'єктам Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [3]. Зазначена інформація може бути результатом як цільової роботи органів, на які покладено її здійснення (спеціальні підрозділи МВС, СБУ та ін.) за дорученням слідчого (в порядку, визначеному ч. 3 ст. 114 КПК), так і проведення оперативно-розшукових заходів за ініціативою суб'єктів вказаного Закону, коли є «достатньо інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів, про злочини, що готуються або вчинені невідомими особами» (ч. 2 ст. 6 Закону).

Оперативно-розшукова діяльність (ОРД) – це система гласних і негласних пошукових розвідувальних і контррозвідувальних заходів, що здійснюються із застосуванням оперативних та оперативно-технічних засобів (ст. 2). Треба зазначити, що один з проектів КПК України (2007 р.) передбачає закріплення ряду негласних слідчих дій (аудіоконтроль особи, виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації – розділ III, глава 3 «Негласні слідчі дії») та негласних слідчих (розшукових) дій. Але навіть у разі прийняття цього проекту Кодексу потрібно буде створити відповідні нормативні акти, які б передбачали порядок (процедуру) проведення цих дій (аналогічно чинному законодавству, яке регулює зазначені відносини) [4].

До основних оперативно-розшукових дій можна віднести:

- негласне виявлення та фіксацію слідів тяжкого або особливо тяжкого злочину, в тому числі шляхом проникнення оперативного працівника в приміщення, транспортні засоби, на земельну ділянку (т. зв. «негласне проникнення»);
- здійснення проникнення у злочинну групу негласного працівника оперативного підрозділу або особи, яка співпрацює з суб'єктом зазначеного Закону;

- зняття інформації з каналів зв'язку;
- відбір за окремими ознаками телеграфно-поштових відправлень;
- здійснення візуального спостереження в громадських місцях;
- отримання інформації від гласних і негласних штатних та позаштатних працівників тощо (ст. 8).

До них можна віднести і т. зв. «оперативний експеримент» (або «оперативну комбінацію») – оперативно-розшуковий захід, пов'язаний з негласним спостереженням за ймовірним злочинцем, процесом вчинення ним злочину або готування до нього, коли штучно створюються деякі умови ініційованих ним дій, з обов'язковим здійсненням постійного контролю за їх ходом, з метою отримання даних, які підтверджують або спростовують інформацію про злочинну діяльність особи. Це широко застосовується, зокрема, у розслідуванні кримінальних справ про хабарництво.

Треба зазначити, що в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» немає як чітко визначеної системи оперативно-розшукових заходів (ОРЗ), так і регламентації їх проведення та оформлення результатів застосування. Саме це не дає можливості перевірити законність отриманих у ході здійснення ОРЗ фактичних даних засобами кримінального процесу на досудовому слідстві та під час судового розгляду справи. З цієї причини в окремих випадках виключається можливість визнання їх доказами (навіть попри їх доказову цінність) [7, 537].

Відповідно до ст. 9 вказаного Закону, громадяни України та інші особи мають право у встановленому законом порядку одержувати від органів, на які покладено здійснення оперативно-розшукової діяльності, письмові пояснення з приводу обмеження їх прав і свобод та оскаржувати ці дії. Але це не означає, що переліченого громадянина, учасника кримінального судочинства – підозрюваного, обвинуваченого або адвоката-захисника – офіційно повідомлять про застосування оперативно-розшукових заходів – цього чинне законодавство не передбачає. Взагалі, в теорії

оперативно-розшукової діяльності ustalено вважалось, що суспільні відносини із взаємними правами та обов'язками можуть виникати лише між офіційними органами (особами), що беруть участь в оперативних заходах, але ніколи – між ними й особами, чії дії є предметом негласної діяльності [5, 79].

Зазначимо, що в деяких країнах порядок, за якого після закінчення проведення певного комплексу оперативно-розшукових заходів стосовно громадянина законодавство вимагає його про це повідомити, все ж таки передбачений. Зокрема, за КПК Республіки Молдова, осіб, телефонні переговори яких прослуховувалися і записувалися, після закінчення прослуховування письмово повідомляють про це – в розумні строки, але не пізніше закінчення кримінального переслідування (ч. 6 ст. 135) [6, 69].

Тому, не маючи на те відповідних знань, навичок та досвіду, адвокат, на жаль, може доволі довго перебувати в стані, коли йому нічого не відомо про факт та результати застосування відповідних заходів. І в подальшому, коли слідчий реалізує інформацію, отриману подібним чином, та визнає її доказове значення – захисникові часто вже запізно щось робити для виправлення становища, що склалося.

Вступаючи у справу як захисник свого клієнта, адвокат обирає відповідну тактику захисту, що передбачає застосування сукупності рекомендацій, створених на основі досягнень науки й досвіду адвокатської діяльності. Ці рекомендації спрямовані на розробку оптимального варіанту правового захисту та їх реалізації за конкретних умов і в найбільш ефективних способах здійснення адвокатом дій із захисту прав та законних інтересів свого підзахисного [1, 162].

Якщо адвокат раніше працював слідчим або оперативним працівником правоохоронних органів і обізнаний із оперативно-розшуковою діяльністю, то він вже автоматично враховує ці обставини при обранні відповідної тактики захисту на досудовому слідстві і зазвичай вчиняє зі свого боку «попереджувальні» дії – для мінімізації негативних для підзахисного наслідків можливого застосування зазначених заходів¹. В іншому ж разі на захисника чекає чимало проблем, які ускладнюють захист, до того ж це суттєво впливає і на рівність сторін, обмежуючи можливості захисту та, безумовно, надаючи відповідні переваги іншій стороні.

¹ Відсутність курсу з оперативно-розшукової діяльності у ВНЗ, де готують майбутніх юристів, на нашу думку, негативно впливає на загальний рівень їх професійної підготовки.

Тому на досудовому слідстві, особливо коли йдеться про тяжкі злочини, адвокат повинен враховувати можливі негативні наслідки застосування зазначених заходів. Не можна обійти увагою і можливість створення ситуації, коли безпосередньо сам захисник може опинитися в центрі уваги певних органів. По-перше, він має зв'язок з підзахисним та його оточенням, родичами та іншими особами, які входять до кола об'єктів, наприклад, візуального спостереження або прослуховування телефонних розмов. По-друге, надто пильну увагу до себе він може «заслужити» тією активною позицією, яку він обстоює, здійснюючи захист [2, 4–6].

З особистої практики та за результатами опитування адвокатів можемо навести приклади найбільш характерних ситуацій досудового слідства, в яких виявляється ризик застосування результатів оперативно-розшукових заходів.

По-перше, це можливо в разі затримання особи за підозрою у вчиненні тяжкого злочину з подальшим утриманням її в умовах ізолятора тимчасового тримання (ІТТ) або в разі застосування стосовно підзахисного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою у слідчому ізоляторі (СІЗО). Це також цілком вірогідно і під час застосування щодо підозрюваної особи адміністративного арешту, коли підзахисний утримується в умовах ІТТ. Під час тримання в зазначених установах він може стати об'єктом оперативних заходів з боку негласних працівників. Останні з метою отримання слідством доказів, які погіршують становище підзахисного, активно вдаються до т. зв. «внутрішньокамерної розробки», штучно створюючи умови, за яких обвинуваченого (підозрюваного) цілеспрямовано провокують на вчинення дій, що можуть призвести до отримання слідством необхідної для нього інформації.

Так, це може бути пропозиція передати записку «на волю» через особу, яка нібито звільняється із СІЗО (ІТТ). При цьому в записці містяться дані, які викривають обвинуваченого (наприклад, про місце збереження цінностей, документів, зброї та ін.). В разі вилучення (виїмки) такої записки працівниками СІЗО (ІТТ) слідчим (судом) відразу призначається почеркознавча експертиза, яка підтверджує, що текст виконаний підзахисним, а все викладене знаходить своє об'єктивне підтвердження (в результаті проведення обшуку, виїмки або огляду).

Застосування зазначеного заходу з боку оперативних працівників в цей період часто поєднується із штучним створенням умов, які обмежують або навіть унеможливають на певний час

особистий контакт адвоката з підзахисним в ІТТ (СІЗО) — раптове переведення до іншої подібної установи, оголошення карантину, проведення ремонту тощо.

Інша ситуація — це застосування таких оперативно-розшукових заходів, як візуальне спостереження та прослуховування телефонних розмов. Адвокат повинен виходити з того, що зазначені заходи є досить складними в організаційному відношенні, потребують значних людських та фінансових ресурсів, а отже, не можуть застосовуватися протягом значного періоду часу². Для підвищення їхньої результативності заздалегідь, першою чергою — шляхом проведення окремих слідчих та інших процесуальних дій, створюється відповідна ситуація. Йдеться про слідчі дії, які суттєво активізують розслідування: на допит викликаються ключові свідки, проводяться раптові обшуки (в тому числі групові), очні ставки, виїмка документів, затримання підозрюваних та ін. — наступальність як така є одним з принципів оперативно-розшукової діяльності. Метою такої активізації є, перш за все, створення обстановки психологічної напруженості, провокування стресу у підзахисного, захисту та їх оточення — саме з очікуванням, що ті можуть через нервову перенавантаження припуститися помилки: «навести» на місце збереження документів, майна, коштів; випадково виявити зв'язки з деякими особами, про яких не було відомо слідству; тощо.

Саме в таких «кризових» ситуаціях (їх перелік не є вичерпним) захисник повинен передбачати дії суб'єктів Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» та вживати заходи з попередження їх негативних наслідків для підзахисного. Для цього треба обмежити за можливістю телефонні розмови, тимчасово перервати будь-які зв'язки з окремими особами, та взагалі — не дозволяти собі дій, які можуть призвести до отримання слідством (дізнанням) інформації, що може негативно позначитися на позиції захисту.

Окреме місце належить ситуаціям із застосування оперативно-розшукових заходів, пов'язаних з проведенням т. зв. «контрольованої» (інколи ще вживають термін «провокативна») передачі хабара. Останніми роками більшість кримінальних справ цієї категорії порушується саме на підставі матеріалів про проведення цього заходу. Таке «взяття із полиці» далеко не завжди проводиться «чисто», і на порушення, яких почасти припускаються працівники оперативних підрозділів, адвокат, вступивши у справу, зазвичай, вже

² Це, до речі, спростовує міф, якій існує серед деяких адвокатів, про нібито прослуховування «всіх і вся...».

після цього факту, обов'язково повинен реагувати, піддаючи сумніву законність отриманих доказів.

По-перше, щодо особи хабародавця. Інколи вона задіяна у кількох епізодах контрольованого давання хабара (різним службовим особам, в різних районах області), що може свідчити про її конфіденційні стосунки з суб'єктами Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» (негласне співробітництво). Також не виключено, що ця людина має проблеми з законом і тому зацікавлена у лояльності з боку оперативних працівників. Виявлення таких обставин дозволить зовсім в іншому світлі розглядати події, які є предметом розслідування, та піддати сумніву законність отриманих доказів.

По-друге, щодо грошей, які передаються як хабар. Часто під час контрольованої передачі хабара, коли йдеться про велику суму — це гроші, які хабародавець отримує від оперативних працівників. В такому випадку закономірним буде питання до такого свідка (наприклад, на очній ставці або під час допиту в суді): «А якщо б ці гроші Вам не передали (працівники оперативних підрозділів), чи дали б Ви хабара?». Відповідь є очевидною, і захисник в таких ситуаціях може стверджувати про наявність ознак провокації отримання хабара.

В цій частині ситуація може змінитися у разі внесення до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» відповідних змін. Зокрема, на розгляді у Верховній Раді перебуває законопроект (реєстровий № 5031 від 27 липня 2009 р.), де пропонується ч. 1 ст. 8 вказаного Закону доповнити п. 7, відповідно до якого оперативним підрозділам надаватиметься право проводити операції з контрольованого вчинення діянь, передбачених ст.ст. 368, 369, 369 КК (проте з положень законопроекту не ясно, що мається на увазі під самою такою «операцією»).

Великою проблемою для правоохоронних органів є питання отримання грошей у великих сумах (наприклад, кілька мільйонів гривень або доларів США), які потрібні для передачі посадовцеві як хабар. Ініціатори проведення зазначеного заходу звертаються, скажімо, до банку і отримують необхідну суму. Ці гроші, зрозуміло, треба згодом повернути, але оскільки на досудовому слідстві вони визнаються предметом хабара, тобто і речовим доказом, до вступу вироку у законну силу суд не повертає їх організаторам проведення такої операції. Саме через проблему отримання великих сум в справі можуть з'явитися т. зв. «сурогатні гроші» — коли частина грошей, що

передаються як хабар, фактично відсутня, а замість них передають «ляльку» (це досить широко практикується у справах про вимагання).

В таких ситуаціях адвокат-захисник повинен ставити питання про визнання предмета хабара (грошей) речовим доказом для подальшого їх огляду в судовому засіданні (в тому числі і для підтвердження наявності «сурогатних» грошей – тобто факту часткової відсутності при передачі хабара суми, задекларованої правоохоронцями).

По-третє, треба ретельно перевіряти правильність складання протоколу фіксації контрольованої передачі грошей (наявність підписів всіх учасників, зокрема), стенограми аудіо- і відеозапису цієї процесуальної дії, а також факт отримання відповідних дозволів на проведення такого заходу.

При застосуванні спеціальних порошків, аерозолів, чорнил, якими обробляють гроші перед передачею, на руках підозрюваного та його одязі можна знайти за допомогою хроматомаспектроскопії частки, які завдяки ультрафіолетовому

опроміненню можливо побачити неозброєним оком. Але у разі призначення судово-хімічної експертизи на предмет виявлення відповідної хімічної речовини в змивах з рук та одягу особи, яка підозрюється в одержанні хабара, висновок експерта не є категоричним – визначається лише групова належність або спільне джерело її походження.

Отже, вважаємо за доцільне під час підвищення кваліфікації адвокатів проведення лекцій із зазначених питань. Тільки знання оперативно-розшукової діяльності може надати адвокату можливість для перевірки інформації, отриманої слідчим в результаті проведення ОРД (перевірка деяких свідків, доведення факту провокації давання хабара та ін.).

Підсумовуючи вищевикладене, вважаємо, що адвокат-захисник при обранні тактики захисту у справах про тяжкі злочини повинен в обов'язковому порядку враховувати зазначений фактор.

ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА

1. Варфоломеева Т. В. Защита в уголовном судопроизводстве / Т. В. Варфоломеева – К.: Институт адвокатуры при Киевском университете имени Т. Шевченко, 1979. – 204 с.
2. Варфоломеева Т. В. Проблемы української адвокатури / Т. В. Варфоломеева // Адвокат. – № 12 (111). – 2009. – С. 4-6.
3. Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 22. – Ст. 303.
4. Кримінально-процесуальний кодекс України, проєкт. [Електронний ресурс]: режим доступу – <http://www.minjust.gov.ua/0/projectCriminalCodex>
5. Милицин С. Д. Предмет регулирования советского уголовно-процессуального права / С. Д. Милицин. – Свердловск, 1991.
6. Михайленко О. Р. Правове регулювання розслідування злочинів за чинним Кримінально-процесуальним кодексом Республіки Молдова (Загальні положення і досудове розслідування) / О. Р. Михайленко, В. І. Бояров // Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2005. – № 2 – С. 53-80.
7. Погорецький М. А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі: Монографія / М. А. Погорецький. – Харків: Арсис, ЛТД, 2007. – 576 с.

В. І. Бояров,

адвокат, кандидат юридичних наук, професор кафедри кримінального процесу та криміналістики Академії адвокатури України

О. П. Кучинська,

кандидат юридичних наук, доцент, проректор Академії адвокатури України

УДК 343.126

Бояров В. І., Кучинська О. П. Деякі питання тактики захисту за умов використання слідством інформації, отриманої під час проведення оперативно-розшукових заходів

У статті авторами розглянуто деякі питання тактики захисту за умов застосування слідчим інформації, одержаної в результаті здійснення органами дізнання оперативно-розшукових заходів.

Ключові слова: захист, оперативно-розшукові заходи

Бояров В. И., Кучинская О. П. Некоторые вопросы тактики защиты в условиях использования следствием информации, полученной в ходе проведения оперативно-разыскных мероприятий

В статье авторы рассматривают некоторые вопросы тактики защиты в условиях использования следователем информации, полученной в результате проведения органами дознания оперативно-разыскных мероприятий.

Ключевые слова: защита, оперативно-разыскные мероприятия.

Victor I. Boyarov., Oksana P. Kuchinska. Selected questions of tactic of defence in the conditions of the use of information, obtained as a result of realization of inquest of operatively-search measures by the investigator

In the article an author examines some questions of tactic of defence in the conditions of the use of information, obtained as a result of realization of inquest of operatively-search measures by the investigator.

Key-words: defense, operatively-search measures.