

Погорецький М. А. –

в. о. першого заступника Керівника
Міжвідомчого НДЦ з проблем боротьби з
організованою злочинністю при РНБО,
доктор юридичних наук, доцент

Актуальні проблеми кримінального процесу[1]

Рецензована книга, як слушно пише в передмові до неї професор Ю.М. Грошевий, не є звичайною за назвою та змістом. Озаглавивши її “Ненаукові замітки про деякі наукові проблеми кримінального процесу”, автор хоча свідомо й опустив в ній деякі наукові канони, проте підняті проблеми проаналізував на цілком науковій основі, використовуючи сучасну методологію наукових досліджень, що дало йому можливість обґрунтувати низку нових положень, які мають теоретичне й практичне значення.

Маючи великий досвід практика і науковця, будучи людиною принциповою і небайдужою до перспектив розвитку держави, її правоохоронних і судових органів, кримінально-процесуальної теорії, законодавства та практики його застосування, Борис Григорович, як це видно зі змісту книги, не зміг залишитись осторонь від тих реформаторських процесів, які відбуваються сьогодні в Україні.

Незадовільний стан діяльності правоохоронних і судових органів, розпливчасті перспективи розвитку кримінально-процесуального права та законодавства спонукали його до участі в науковій дискусії з багатьох найактуальніших проблем кримінального процесу, основними серед яких є: мета кримінального процесу (с. 17–146); докази і доказування в кримінальному процесі (с. 147–216); правовий статус учасників кримінального судочинства (с. 217–330); функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності (далі – ОРД) в кримінальному процесі; використання досвіду зарубіжних країн у правотворчій діяльності та практиці (с. 423–550), презумпція невинуватості (с. 551–574).

Книгу пронизує основна ідея: мета кримінального процесу України – попередження, припинення й розкриття злочину, недопущення засудження невинного й призначення справедливого покарання винному, яка може бути досягнута лише при чіткому дотриманні конституційних прав і свобод громадян.

Автор цілком слушно зазначає, що некритичне запозичення нашими законодавцями окремих інститутів та норм західних країн без його критичного аналізу та неналежного осмислення власного досвіду призводять до неприпустимої еkleктики не лише в теорії, але й у законопроектних розробках. З цього приводу у книзі вдало використане образне порівняння: “... наша технологія законотворчості найчастіше може бути прирівняна до стилю запрошення до столу одним з героїв фільму “Джентльмени удачі”: “Їсти подано. Сідаєте жерти, будь ласка” зі збереженням переваги методів правового регулювання відповідно до знаменитого: “Пашу порву!”

Б.Г. Розовський, як пише професор Ю.М. Грошевий в передмові до рецензованої книги, їдко висміює аматорів, які відстоюють свої наукові позиції шляхом використання неприпустимих прийомів, тому хочеться вірити, що настане час, коли наукові проблеми будуть вирішувати люди, що мають достатній рівень знань і відповідний досвід.

Разом з цим, полеміка Б.Г. Розовського з багатьох проблемних та дискусійних питань, які викладаються ним в книзі, є, на наш погляд, коректною і доброзичливою. Вона відрізняється аргументованістю позиції автора, що ґрунтується на глибокому

знанні його історичних, загальнотеоретичних і правових аспектів досліджуваних проблем.

З кожного проблемного питання автор обґрунтовує не лише свої теоретичні положення, а й пропонує конкретні практичні шляхи їх вирішення.

Позитивно оцінюючи рецензовану працю, слід зазначити, що в ній, на наш погляд, є спірні та недостатньо висвітлені питання. Так, наприклад, критичного осмислення потребують пропозиції автора щодо визначення ролі ОРД в кримінальному процесі.

Вченим пропонується доповнити чинний КПК України новою статтею 853 “Протоколи процесуальних оперативно-розшукових дій” такого змісту: “У протоколі оперативно-розшукової дії щодо встановлення фактів, подій і обставин, які є доказами у кримінальній справі, фіксуються: місце і час її проведення; особи, які здійснювали проведення і брали участь у ньому; технічні та інші засоби, що застосовувалися; особи (якщо такі встановлені), які в силу запланованих чи непередбачених обставин могли стати свідками подій і обставин, що відслідковувалися шляхом проведення оперативно-розшукової дії.

У протоколі описується все, що було виявлено, у тій послідовності, в якій відбувалося, і в тому ж вигляді, у якому спостерігалось під час провадження оперативно-розшукової дії. Протокол оперативно-розшукової дії підписується усіма, хто брав безпосередню участь у її проведенні. Їм надається право вносити до нього доповнення і зміни, засвідчені підписами.

З санкції керівника, відповідального за організацію проведення оперативно-розшукової дії, її учасники в протоколі можуть виступати під псевдонімами” (с. 386–387).

На наш погляд, така пропозиція потребує уточнень, оскільки її положення не повністю відповідають засадам ОРД (оперативності, конспіративності та конфіденційності) й засадам доказового права (допустимості використання фактичних даних та їх джерел, одержаних у ході ОРД, для отримання доказів у кримінальному процесі).

Слід звернути увагу на те, що у ч. 2 ст. 65 КПК України не випадково вказується на докази – протоколи, з відповідними додатками, складеними уповноваженими особами за результатами оперативно-розшукових заходів. Тобто, у цій статті прямо вказується на те, що такі протоколи складаються після проведення відповідного оперативно-розшукового заходу. І це є цілком логічно, адже в умовах непередбачливості, стрімкого розгортання подій, протидії, фізичного протистояння, в тому числі із застосуванням зброї, відсутня можливість скласти протокол.

Окрім того, наприклад, такі ОРЗ, як зняття інформації з каналів зв’язку, застосування інших технічних засобів отримання інформації (п. 9 ст. 8 Закону про ОРД), здійснюються не оперативним працівником, у провадженні якого перебуває оперативно-розшукова справа, а за його завданням оперативно-технічним підрозділом. Строк проведення цих заходів може збігатися зі строком ведення оперативно-розшукової справи – 6–18 місяців (ст. 91 Закону про ОРД). За період виконання цього ОРЗ до його проведення можуть залучатися десятки співробітників оперативно-технічного підрозділу, які виконують суто технічні функції, а саме: фіксацію розмов на магнітних носіях і перенесення їх на оперативно-розшуковий документ – зведення чи інші магнітні носії, які передаються оперативному працівнику, в провадженні якого перебуває оперативно-розшукова справа, для аналізу та прийняття відповідних рішень.

За своїм функціональним призначенням, режимом роботи, професійною підготовкою та з урахуванням принципів ОРД працівники оперативно-технічного підрозділу не обізнані з матеріалами оперативно-розшукової справи й, з огляду на умови режиму їх роботи, мають відношення лише до фрагментарних розмов об’єктів

оперативно-розшукових справ. Зазначена категорія оперативних працівників віднесена до негласного оперативного складу. Тому покласти на них обов'язок складання протоколу ОРЗ об'єктивно неможливо.

Не можна погодитися й із тим, що у протоколі ОРЗ “описується все, що було виявлено, у тій послідовності, у якій відбувалося, і в тому ж вигляді, у якому спостерігалось під час проведення оперативно-розшукової дії”.

Якщо, наприклад, взяти для аналізу такий ОРЗ, як зняття інформації з каналів зв'язку, застосування інших технічних засобів отримання інформації (п. 9 ст. 8 Закону про ОРД), то в шестимісячний, а в деяких випадках – у вісімнадцятимісячний строк (ст. 91 Закону про ОРД) об'єкт оперативно-розшукової справи може вести не лише розмови, що мають відношення до справи, а й розмови побутового характеру, окрім того, його телефоном користуються члени сім'ї, колеги по роботі, інші особи. Як свідчить практика, інколи за весь час слухового контролю відношення до справи мають лише кілька хвилин спілкування. Всі ці розмови докладно фіксуються на відповідні носії. Проте у протоколі ОРЗ, який використовується у кримінальному процесі, на наш погляд, не доцільно фіксувати всю інформацію, оскільки: по-перше, така інформація не відповідатиме принципу належності й не матиме доказового значення; по-друге, – якщо прийняти таку пропозицію, то це призведе до затягування досудового слідства й судового розгляду справи, оскільки органам досудового слідства та суду доведеться марно витратити час на прослуховування інформації, яка не має значення для справи; по-третє, ця пропозиція суперечить конституційним нормам, принципам кримінального судочинства й ОРД, адже до протоколу ОРЗ буде включена інформація особистого характеру, що стосується не лише об'єкта оперативно-розшукової справи, а й інших осіб, які не мають до неї ніякого відношення.

Доречно зазначити, що в Законі про ОРД (ч. 12 ст. 9) прямо вказується на те, що одержані внаслідок ОРД відомості, які стосуються особистого життя, честі, гідності людини, якщо вони не містять інформації про вчинення заборонених законом дій, зберіганню не підлягають і повинні бути знищеними. Тому у протоколі, на нашу думку, повинна фіксуватися лише інформація, що має відношення до протиправних дій об'єкта оперативно-розшукової справи чи інших осіб, протиправні дії яких зафіксовані в ході відповідного ОРЗ. При цьому до вирішення кримінальної справи по суті (закриття справи, набрання вироком чинності) повинні зберігатися й первинні носії інформації, на підставі яких був складений протокол відповідного ОРЗ, оскільки в ході як досудового слідства, так і судового розгляду справи може виникнути необхідність перевірки даних, які викладені у цьому протоколі.

Не відповідає засадам доказового права й пропозиція автора, щоб із санкції керівника, відповідального за організацію проведення оперативно-розшукової дії, її учасники в протоколі виступали під псевдонімами, з причин, які нами вже вище зазначалися.

Виходячи із засад кримінального процесу, не вбачається перешкод для оформлення будь-якого ОРЗ протоколом, який можуть складати як його учасники, так і за результатами проведення відповідного ОРЗ оперативний працівник, у провадженні якого перебуває оперативно-розшукова справа. Протокол може підписуватися особами, які проводили ОРЗ, особами, які брали в ньому участь, особою яка безпосередньо складала такий протокол, а також начальником оперативно-розшукового підрозділу.

До протоколу доцільно додавати матеріальні (фізичні) носії інформації (фотознімки, матеріали звукозапису, кінозйомок, відеозапису, плани, схеми, зліпки) та інші матеріали, які пояснюють його зміст.

При цьому слід враховувати, що відповідно до ст. 68 КПК України органами досудового слідства, прокурором та судом можуть бути допитані як свідки всі особи, які проводили ОРЗ, підписували протокол і щодо яких є дані, що їм відомі

обставини, які мають відношення до справи, а також витребувані технічні засоби, пристрої тощо, за допомогою яких фіксувалися ці фактичні дані, для проведення відповідних слідчих дій з метою отримання й перевірки доказів.

Виходячи з принципу безпосередності, обов'язковою умовою використання протоколів, складених уповноваженими органами за результатами ОРЗ, з відповідними додатками до них для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, є, на наш погляд, проведення особою, в провадженні якої перебуває кримінальна справа, огляду їх додатків для перевірки правильності відображення уповноваженою особою підрозділу, що здійснює ОРД, змісту фактичних даних, виявлених у ході відповідного ОРЗ, у цих протоколах.

Обов'язковість цієї норми обумовлюється й тим, що у практичній діяльності в силу різних обставин уповноважені особи не завжди правильно відображають у протоколах ОРЗ чи їх зведеннях зміст фонограм чи інших носіїв фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі. Прикладом цього може бути кримінальна справа за обвинуваченням Г. за ч. 2 ст. 17, ст. 70, ч. 2 ст. 80 КК України (у ред. 1960 р.), що перебувала в нашому провадженні, де у зведенні негласного прослуховування Г. з Р. оперативним підрозділом були відображені лише окремі фрагменти, які у своїй сукупності побічно вказували на вчинення окремих епізодів злочинів Г.

У зв'язку з тим, що дані зведення не узгоджувалися з наявними доказами у кримінальній справі, а також враховуючи те, що із 12 годин розмов Г. з Р. протягом 5-ти місяців у зведенні було відображено лише 4, які, на думку оперативних працівників, відбивали обставини, що мали значення для кримінальної справи, виникла необхідність дослідження всієї інформації, знятої з каналів зв'язку. І лише в ході комплексного дослідження цих фактичних даних і наявних доказів у кримінальній справі вдалося встановити неточність фіксування цих даних у зведенні та їх невідповідність фактичним даним, що було підтверджено й обвинувальним вироком Г. Харківського обласного суду^[2].

Попри те, що ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД та ч. 2 ст. 65 КПК передбачено використання протоколів, складених уповноваженими органами за результатами ОРЗ, з відповідними додатками до них для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, ні Закон про ОРД, ні чинний КПК України не містять норми права, яка б визначала суб'єктів, що складають протоколи ОРЗ, процесуальну форму таких протоколів, їх зміст, порядок складання та долучення їх до кримінальної справи, перевірки та оцінки з урахуванням специфіки ОРД та засад доказового права.

Виходячи з необхідності встановлення кола суб'єктів, що уповноважені на складання протоколів ОРЗ, процесуальної форми таких протоколів, їх змісту, порядку складання та долучення їх до кримінальної справи, а також того, що всі оперативно-розшукові заходи за своєю природою, суб'єктами та порядком здійснення є різними, нами пропонується доповнити чинний КПК України статтею 853 "Протоколи оперативно-розшукових заходів з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів" такого змісту:

"У протоколі оперативно-розшукового заходу, що надається органу дізнання, слідчому, прокурору та суду для використання в інтересах кримінального судочинства, фіксуються хід та результати цього заходу, які входять до предмета доказування у кримінальній справі, а також інші обставини, що мають до неї відношення, без розкриття форм та методів оперативно-розшукової діяльності, якщо вони становлять державну таємницю або можуть завдати шкоду третім особам.

Протокол складається особою, в провадженні якої перебуває оперативно-розшукова справа.

У протоколі зазначаються: місце й дата проведення оперативно-розшукового заходу; час його початку і закінчення; зміст проведеного оперативно-розшукового заходу та всі суттєві обставини, виявлені в ході його проведення; посади, прізвища осіб, які брали участь у його проведенні; оперативно-технічні засоби, якими фіксувався хід його проведення та отримані результати.

Якщо особи, які проводили оперативно-розшуковий захід, належать до негласного складу оперативно-розшукових підрозділів органів, що уповноважені на здійснення ОРД, замість прізвища таких осіб може бути вказаний їх псевдонім.

Протокол підписується особою, яка його склала і затверджується начальником оперативно-розшукового підрозділу. До протоколу долучаються предмети й документи, отримані в ході проведення оперативно-розшукового заходу, а також засоби, в яких зафіксовані його результати.

Додатки до протоколів, складених уповноваженими особами за результатами оперативно-розшукових заходів, підлягають огляду особою, в провадженні якої перебуває кримінальна справа, про що відповідно до цього Кодексу складається протокол огляду.

Якщо додатки до протоколу оперативно-розшукового заходу мають ознаки речового доказу, їх процесуальне оформлення здійснюється відповідно до статей 78–81 цього Кодексу.

При необхідності особа, яка складала протокол, а також особи, які здійснювали оперативно-розшуковий захід та брали у ньому участь, можуть бути допитані з обставин отримання ними результатів оперативно-розшукового заходу та їх фіксації у порядку, визначеному Законом”.

Запропоновану норму доцільно, на наш погляд, внести й до нового КПК України.

У чинному КПК України та його новому проекті, на нашу думку, доцільно закріпити окрему норму, яка б визначала загальні засади використання матеріалів ОРД для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі, в якій повинні бути такі положення.

1. Матеріали ОРД, отримані у визначеному кримінально-процесуальним законом порядку, можуть бути використані в доказуванні у кримінальних справах відповідно до положень кримінально-процесуального закону, що регламентує порядок, дослідження й оцінку доказів з дотриманням вимог, передбачених цим Законом, з урахуванням застосування заходів безпеки до учасників кримінального судочинства та нерозголошення форм та методів ОРД.

2. Фактичні дані, безпосередньо сприйняті при проведенні оперативно-розшукових заходів працівником органу, що здійснює ОРД, можуть бути використані як докази після допиту зазначеного працівника як свідка. Фактичні дані, безпосередньо сприйняті особою, яка перебуває у конфіденційних відносинах з підрозділом, що здійснює ОРД, можуть бути використані як докази після допиту зазначеної особи як свідка, потерпілого, підозрюваного (обвинуваченого).

3. За необхідності й можливості безпосереднього сприйняття органом слідства та дізнання фактичних даних про ознаки злочину, виявлених у результаті дослідження матеріалів ОРД, вони фіксуються в протоколах слідчої дії, проведеної у порядку, передбаченому кримінально-процесуальним законом.

4. Використання предметів і документів, отриманих у ході ОРД, які можуть бути визнані речовими доказами чи документами, здійснюється відповідно до правил, передбачених кримінально-процесуальним законом для цих видів доказів. Долучення матеріалів ОРД як речових доказів і документів здійснюється лише за наявності достовірних даних про їхнє походження з дотриманням вимог конфіденційності та забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства.

5. Начальник органу дізнання, ухвалюючи рішення щодо подання матеріалів оперативно-розшукової діяльності на вимогу органу слідства, в провадженні якого

перебуває кримінальна справа, або з власної ініціативи виносить відповідну постанову, у якій вказується орган, у провадженні якого перебуває кримінальна справа, на вимогу якого надаються матеріали ОРД; матеріали ОРД та їх обсяг; ОРЗ, на підставі якого вони отримані; технічні засоби, використані для отримання зазначених матеріалів ОРД; предмети й документи, що направляються для долучення до матеріалів кримінальної справи; заходи, які рекомендуються застосувати по забезпеченню безпеки осіб, що беруть участь у кримінальному процесі, а також заходи забезпечення охорони державної таємниці. У випадку подання начальником органу дізнання матеріалів ОРД органу слідства з власної ініціативи в постанові наводиться обґрунтування необхідності використання матеріалів ОРД у доказуванні у кримінальній справі чи для прийняття інших процесуальних рішень.

6. Матеріали ОРД, що надаються слідчому для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі, повинні бути надані в обсязі та формі, що дозволяють оцінити фактичні дані, які становлять їх зміст, з точки зору їх належності до кримінальної справи, допустимості й вірогідності.

На нашу думку, роль ОРД в доказуванні полягає в тому, що вона розширює пізнавальні можливості кримінального процесу. Специфічними формами та методами ОРД дозволяє встановити недоступні для кримінального процесу фактичні дані та їх джерела, які можуть бути використані в кримінально-процесуальному доказуванні для отримання певних доказів у кримінальній справі, що створює передумови для швидкого і повного розкриття злочинів, викриття винних і правильного застосування Закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до кримінальної відповідальності і жоден невинний не був покараний.

За існуючою моделлю вітчизняного кримінального процесу будь-які матеріали ОРД можуть бути використані для отримання доказів у кримінальній справі за умов включення їх до кримінального процесу у порядку, встановленому для певного виду доказу, передбаченого ч. 2 ст. 65 КПК України, що дозволяє оцінити їх з точки зору допустимості, та належності їх змісту до кримінальної справи.

Викладені зауваження в жодному разі не впливають на загальну високу оцінку рецензованої праці. Поза сумнівів, книга Б.Г. Розовського сприяє розвитку вітчизняної правової науки: теорії й історії оперативно-розшукової діяльності, кримінального процесу й криміналістики, законодавства й практики. Багато положень, викладених в книзі, можуть бути використані при розробці проєктів нового КПК України та Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”.

[1] Рецензія на книгу: *Розовский Б.Г.* Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: Эссе. – Луганск: РИО ЛАВД, 2004.– 600 с.

[2] Кримінальна справа № 1–23/90 за обвинуваченням Г. за ч. 2 ст. 17, ст. 70, ч. 2 ст. 80 КК України (у ред. 1960 р.)
// Архів Апеляційного суду Харківської обл.