

Черниш Роман Федорович —
аспірант Національної академії СБ України

Використання протоколів, складених за результатами оперативно-розшукових заходів, як доказів у кримінальному процесі

У статті досліджено проблемні питання використання протоколів, якими оформляються оперативно-розшукові заходи, як доказів у кримінальному процесі, і та запропоновані шляхи їх вирішення.

Ключові слова: кримінальний процес, протоколи, складені за результатами оперативно-розшукових заходів, докази, оперативно-розшукова діяльність, кримінальне судочинство, організована злочинність.

Сьогодні боротьба з організованою злочинністю, яка застосовує сучасні засоби протидії правоохоронним і судовим органам, не може бути успішною без застосування оперативно-розшукових заходів та використання їх результатів у кримінальному судочинстві.

Враховуючи зазначене, Закон України від 21 червня 2001 року “Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України” доповнив ч. 2 ст. 65 КПК України новим видом доказів — протоколами з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів. Хоча з моменту прийняття вказаного нормативно-правового акту пройшло вже понад вісім років, однак до цього часу не було законодавчо закріплено вимоги до форми та змісту вказаних протоколів, не сформульовано порядку їх складання, перевірки та залучення до кримінального процесу.

Особливостям використання протоколів, якими оформляються оперативно-розшукові заходи, як доказів у кримінальному процесі, присвячені дослідження українських та зарубіжних криміналістів і процесуалістів, зокрема, Д. І. Біднякова, Е. А. Доля, Л. М. Корнеєвої, А. Р. Михайленка, І. Л. Петрухіна, М. А. Погорецького, А. Ф. Робозерова, М. Є. Шумила та інших. Однак, незважаючи на це, до цього часу науковці не дійшли однозначної думки щодо того чи є можливим у реаліях сьогодення використання вищевказаних протоколів. Так, одні автори роблять висновки про недопустимість використання результатів оперативно-розшукової діяльності як доказів у кримінальних справах (Е. А. Доля), інші — зазначають, що

оперативно-розшукові методи можуть використовуватися як один із способів одержання доказів (А. Р. Михайленко, І. Л. Петрухін, М. А. Погорецький та ін.).

Метою статті є аналіз норм чинного законодавства, що регулює порядок використання протоколів, складених за результатами оперативно-розшукових заходів, як доказів у кримінальному процесі та вироблення за результатами проведеної роботи вимог, яким повинні відповідати останні, для того, щоб їх можна було повноцінно використовувати в якості доказів.

У ст. 65 чинного КПК України законодавець закріпив вичерпний перелік видів доказів. До них віднесено: показання свідка, показання потерпілого, показання підозрюваного, показання обвинуваченого, висновок експерта, речові докази, протоколи слідчих і судових дій, протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів (далі — ОРЗ), інші документи.

Для кожного з перелічених видів доказів у КПК України та чинних нормативно-правових актах встановлено як загальний процесуальний порядок їх отримання під час документування протиправної діяльності в межах кримінальної справи, так і спеціальний правовий режим для кожного виду з урахуванням їх специфіки. Однак, це не стосується протоколів з відповідними додатками, складених уповноваженими органами за результатами ОРЗ.

Адже зі змісту статті не можна зрозуміти:

— хто має право, чи на кого Законом покладено обов'язок по складанню протоколу відповідного ОРЗ;

— яку інформацію та в якому обсязі необхідно занести до протоколу для того, щоб вказаний документ у подальшому можна було використовувати як доказ у кримінальній справі;

— яким чином протоколи ОРЗ і додатки до них мають залучатися до кримінальної справи;

— ким та на підставі якого процесуального документа вони можуть визнаватися доказами у кримінальній справі;

— у якій спосіб здійснюється їх процесуальна оцінка та перевірка законності формування як доказів.

У ст. 8 Закону про ОРД лише в загальній формі закріплено окремі види оперативно-розшукових заходів, а повний їх перелік вказаний у закритих відомчих нормативно-правових актах, які є недоступними для всіх суб'єктів кримінального судочинства (слідчих, прокурорів, суддів, обвинувачуваних та ін.), що значно ускладнює використання можливостей ОРД під час документування протиправної діяльності й негативно позначається на ефективності боротьби зі злочинністю та захисті прав і законних інтересів учасників кримінального процесу.

Аналізуючи положення ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”, вважається за можливе виділити такі оперативно-розшукові заходи: опитування; контрольна закупка та поставка; збір та дослідження предметів і документів, приміщень, споруд, транспортних засобів, земельних ділянок; негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи; негласне проникнення в злочинну групу; зняття інформації з каналу зв’язку; контроль за листуванням, телеграфною та іншою кореспонденцією; здійснення візуального спостереження в громадських місцях із застосуванням фото-, кіно- і відеозйомки, оптичних та радіоприладів, інших технічних засобів.

Виходячи зі змісту вищезазначеної статті, за результатами здійснення таких оперативно-розшукових заходів, як негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв’язку, застосування інших технічних засобів отримання інформації, контролювання шляхом відбору за окремими ознаками телеграфно-поштових відправлень, складається протокол з відповідними додатками, який підлягає використанню як джерело доказів у кримінальному судочинстві. Для інших оперативно-розшукових заходів, наприклад, контрольної та оперативної закупівлі та постачання товарів, предметів і речовин, у тому числі й заборонених для обігу, у фізичних і юридичних осіб незалежно від форм власності з метою виявлення та документування фактів протиправних діянь; здійснення візуального спостереження в громадських місцях із застосуванням фото-, кіно- і відеозйомки та радіоприладів, інших технічних засобів Закон не вимагає, щоб за їх результатами складався протокол. У більшості випадків результати перелічених оперативно-розшукових заходів оформляються рапортом, довідкою тощо. Хоча вони можуть бути задокументовані й протоколом, складеним за результатами вищевказаних ОРЗ, але використання останніх як доказів у кримінальному судочинстві вважається проблемним, оскільки про це прямо не вказано в чинному КПК України.

Немає єдності думок з цього питання і серед науковців. Так, наприклад, М. Є. Шумило вважає, що матеріали ОРД, у тому числі й протоколи ОРЗ, зазначені у ч. 2 ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”, відповідно до засад теорії ОРД і доказового права за визначенням не можуть бути ні джерелом доказів, ні віднесені до жодного з видів доказів у кримінальному процесі, а тому повинні бути виключені з ч. 2 ст. 65 КПК України [1, с. 190—191]. На думку інших науковців (зокрема Е. О. Дідоренка, С. О. Кириченка, Б. Г. Розовського), основною причиною недостатнього використання таких протоколів у кримінально-процесуальному доказуванні є недосконалість правових процедур оперативно-розшукового та кримінально-процесуального харак-

теру, у зв'язку з чим ними висловлюються різні пропозиції щодо їх розробки [2, с. 3—31; 3, с. 331—422].

Говорячи про ефективність використання протоколів, складених уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів з додатками до них як самостійного джерела доказів, потрібно зазначити, що вони використовуються досить рідко. Оскільки, як показує аналіз практики, у більшості випадків матеріали ОРД, отримані за результатами вищевказаних заходів, використовуються в доказуванні у більшості випадків або як речові докази, або як інші документи, а не як протоколи ОРЗ з відповідними додатками. Це пов'язано з тим, що через недосконалість правового регулювання суд, як правило, не визнає їх доказами.

Неврегульованість у Законі про ОРД та КПК України порядку складання протоколів ОРЗ та незакріплення на законодавчому рівні вимог до процесуальної форми на практиці викликають безліч проблем у процесі їх застосування як окремого виду доказів. До цього часу не вироблено єдиного порядку використання матеріалів ОРЗ для отримання фактичних даних, що можуть бути відповідними видами доказів у кримінальній справі.

Як слушно зазначає М. А. Погорецький, говорячи про надання матеріалам ОРД окремого статусу доказів у кримінальній справі, а саме протоколів, складених уповноваженими особами за результатами ОРЗ з відповідними додатками до них, необхідно враховувати те, що такі протоколи та додатки до них складаються поза кримінальним процесом особами, які не є учасниками процесу. Тому вони, як і будь-які інші матеріали, повинні бути перевірені процесуальними засобами в умовах гласності й змагальності кримінального судочинства [4, с. 208—216; 5, с. 45—48].

Однак, інколи дотримання вищезазначених вимог є досить проблематичним. Адже протоколи, складені за результатами ОРЗ, необхідно дослідити наявними процесуальними засобами, не розголосивши при цьому форм і методів ОРД, а також уникнути розголошення інформації з обмеженим доступом.

Беручи до уваги загальні вимоги, які висуваються до доказів у кримінальному процесі, протокол ОРЗ повинен відповідати тим же вимогам, що й протоколи слідчих дій, але з урахуванням специфіки оперативно-розшукової діяльності. Тобто, в ньому повинні бути зазначені місце і дата його складання, посади і прізвища осіб, які проводять ОРЗ. Якщо до проведення ОРЗ залучаються громадяни, то необхідно вказати прізвища осіб, які брали участь у проведенні даної дії, їх адреси, роз'яснюється їх правовий статус, зміст проведеної дії, час її почат-

ку і закінчення, всі істотні для справи обставини, виявлені при виконанні даного ОРЗ.

Щодо змісту проведеного ОРЗ, який необхідно відобразити в протоколі, то вважається за доцільне описувати його не повністю, а лише вказати на ті обставини та факти, які мають відношення до протиправної діяльності, що документується і можуть вплинути на вирішення справи по суті. Адже, лише така інформація відповідатиме принципу належності, матиме доказове значення та не порушуватиме охоронювані законом права та свободи громадян.

Вдалий приклад навів М. А. Погорецький. Зокрема, він зазначив, що якщо взяти такий ОРЗ, як зняття інформації з каналів зв'язку, застосування інших технічних засобів отримання інформації (п. 9 ст. 8 Закону про ОРД), то в шестимісячній, а в деяких випадках — у вісімнадцятимісячній строк (ст. 9¹ Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”) 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 [6, с. 566].

Аналізуючи норму, закріплену в ч. 12 ст. 9 Закону про ОРД, в якій зазначається, що одержані внаслідок оперативно-розшукової діяльності відомості, які стосуються особистого життя, честі, гідності людини, якщо вони не містять інформації про вчинення заборонених законом дій, зберіганню не підлягають і повинні бути знищені, можна дійти висновку, що в протоколі, яким оформляються оперативно-розшукові заходи, повинна фіксуватися лише та інформація, яка має відношення до протиправних дій об'єкта оперативно-розшукової справи чи інших осіб, протиправні дії яких зафіксовані в ході відповідного оперативно-розшукового заходу.

Говорячи про суб'єкт, який повинен складати протокол за результатами ОРЗ, то вважається за доцільне, щоб він складався оперативним співробітником, у провадженні якого перебуває оперативно-розшукова справа, адже саме зазначена особа збирає та узагальнює інформацію, на основі якої в подальшому вирішується питання про порушення чи відмову в порушенні кримінальної справи.

До протоколу можуть бути додані матеріальні носії інформації (фотознімки, матеріали звукозапису, відеозапису, плани, схеми та інші матеріали, які пояснюють його зміст).

У тому випадку, якщо додатки до протоколів, складених за результатами ОРЗ, матимуть ознаки речових доказів, то їх процесуальне оформлення відбуватиметься відповідно до ст.ст. 78—81 КПК України.

У додатках, які долучаються до протоколу оперативно-розшукового заходу, повинен бути опис документів і предметів із вказівкою на їх індивідуальні ознаки.

Протокол підписується особами, які проводили ОРЗ, особами, які брали в ньому участь, та затверджується начальником оперативно-розшукового підрозділу. Особливістю таких протоколів є те, що в ОРЗ не беруть участі поняті.

Після визначення належності й допустимості протоколів ОРЗ, вони можуть залучатися до кримінальної справи постановою органу дізнання, слідчого, прокурора чи ухвалою суду, в провадженні яких знаходиться кримінальна справа.

Керуючись вимогами 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 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.

Зокрема, з'ясовується:

— чи відповідають проведені оперативно-розшукові заходи цілям і завданням оперативно-розшукової діяльності (ст. 1 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”);

— чи уповноваженим на те суб'єктом оперативно-розшукової діяльності проведено оперативно-розшукові заходи (ст. 5 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”);

— чи передбаченими Законом заходами отримано матеріали ОРЗ (ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”);

— чи передбачено Законом підстави для проведення оперативно-розшукових заходів (ст. 6 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”);

— чи у встановленому Законом порядку оформлено результати оперативно-розшукових заходів тощо.

Обов'язковість цієї норми обумовлюється й тим, що у практичній діяльності в силу як об'єктивних, так і суб'єктивних обставин, уповноважені особи у протоколах ОРЗ, що можуть бути доказами у кримінальній справі, не завжди вірогідно відображають зміст фактичних даних, виявлених у ході відповідного ОРЗ.

У ст. 68 КПК України йдеться про те, що органами досудового слідства, прокурором і судом можуть бути допитані як свідки всі особи, які проводили оперативно-розшуковий захід, підписували протокол і відносно яких є дані, що їм відомі обставини, які мають відношення

до справи, а також витребувані технічні засоби, пристрої, за допомогою яких фіксувалися ці фактичні дані.

Однак, як правило, допит працівників, які здійснюють ОРЗ, може призвести до розкриття форм і методів ОРД, що становлять державну таємницю. Тобто, він є неможливим. З цього приводу заслуговує на увагу думка Д. І. Беднякова, який зазначив, що критерієм допустимості для використання в доказуванні предметів і документів, отриманих у ході ОРД і наданих слідчому, та прийнятих ним у визначеному кримінально-процесуальним законом порядку, є не допит осіб, які надали речові об'єкти, а можливість перевірки наданого за допомогою інших процесуальних дій [7, с. 121].

Тому, якщо обставини появи матеріалів ОРД, наданих органам слідства та суду, повною мірою знайшли своє відображення у протоколах ОРЗ, що долучаються до кримінальної справи, й дозволяють не ставити під сумнів їх вірогідність, то у більшості випадків потреба в допиті оперативних працівників, які здійснювали ОРЗ, не виникає.

У випадках, коли протоколи, складені за результатами ОРЗ, не можуть бути використані в кримінальній справі як докази, то їх відповідно до п. 1 ст. 10 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”, необхідно використовувати в якості орієнтуючої інформації для планування та проведення слідчих дій, висування версій тощо.

Отже, підсумовуючи викладене, слід зазначити, що незважаючи на те, що в ч. 2 ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” та ч. 2 ст. 65 КПК України 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, однак до цього часу законодавець чітко не закріпив процесуальної форми таких протоколів, їх змісту, порядку долучення до кримінальної справи, перевірки й оцінки з урахуванням специфіки ОРД та засад доказового права. У зв'язку з цим, вважається за доцільне внести відповідні зміни як до КПК України, так і до інших нормативно-правових актів, що дозволить усунути перешкоди до ефективного застосування вищезазначеної норми права. А це, в свою чергу, позитивно позначиться на ефективності оперативно-розшукової діяльності і кримінального судочинства в боротьбі зі злочинністю та захисті прав і свобод людини.

Керуючись науково-обґрунтованим поняттям доказів у кримінальному процесі, можна дійти висновку, що протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, можуть стати доказами тільки за наступних умов:

Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)

1. Вони повинні використовуватися у доказуванні в кримінальних справах лише відповідно до положень кримінально-процесуального законодавства, яке регламентує порядок збору, перевірки й оцінки доказів.

2. Протоколи оперативно-розшукових заходів повинні відповідати тим же вимогам, що й протоколи слідчих дій (ст. 85 КПК України), але з врахуванням специфіки оперативно-розшукової діяльності.

3. Інформація, яка закріплюється в протоколі, повинна відповідати вимогам належності та допустимості.

4. Відповідно до положень ст. 64 КПК України інформація, яка міститься в протоколах, повинна встановлювати:

- наявність чи відсутність події злочину;
- винність обвинуваченого у вчиненні злочину і мотиви злочину;
- обставини, що впливають на ступінь і характер відповідальності обвинуваченого, а також інші обставини, що характеризують особу обвинуваченого;
- характер і розмір шкоди, завданої злочином, а також розмір витрат закладу охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочину.

5. Повинна бути забезпечена можливість їх перевірки на всіх стадіях кримінального процесу.

Дотримання цих умов забезпечить ефективність використання протоколів з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, як нового й ефективного виду доказів.

Список використаних джерел

1. Шумило М. С. Наукові засади використання оперативно-розшукових матеріалів в доказуванні у кримінальних справах / М. С. Шумило // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи: матеріали наук.-практ. конф., (м. Харків, 18—19 квіт. 2002 р.) / Редкол.: Сташис В. В. (голов. ред.) та ін. — К.; Х.: Юрінком Інтер, 2002. — С. 188—191.

2. Дідоренко Е. О. Процесуальна регламентація оперативно-розшукової діяльності потребує завершення: [наук. доповідь] / Е. О. Дідоренко, С. О. Кириченко, Б. Г. Розовський. — Луганськ: РВВ ЛАВС, 2002. — 32 с.

3. Розовський Б. Г. Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: [эссе] / Б. Г. Розовский. — Луганск: РИО ЛАВД, 2004. — 600 с.

4. Погорецький М. А. Протоколи оперативно-розшукових заходів з відповідними додатками, складені за результатами здійснення оперативно-розшукових заходів оперативно-розшуковими підрозділами — новий вид доказів у кримінальному процесі / М. А. Погорецький // Вісник Акад. правових наук України. — Х.: Право, 2002. — № 1 (28). — С. 208—216.

5. Погорецький М. А. До питання щодо використання протоколів оперативно-розшукової діяльності як доказів у кримінальному судочинстві /

М. А. Погорецький // Нове кримінальне і кримінально-процесуальне законодавство та завдання юридичної підготовки кадрів ОВС України : Вісник Луган. акад. внутр. справ України ім. 10-річчя незалежності України. — Спец. вип. : [у 2-х ч.]. — Ч. 1. — Луганськ : РВВ ЛАВС, 2002. — С. 45—48.

6. Погорецький М. А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі : [монографія] / М. А. Погорецький. — Х. : Арсіс, ЛТД, 2007. — 574 с.

7. Бедняков Д. И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений / Д. И. Бедняков. — М. : Юрид. лит., 1991. — 208 с.

8. Доля Е. А. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам / Е. А. Доля // Рос. юстиция. — 1993. — № 3. — С. 6—7 ; № 6. — С. 42—44.

9. Корневский Ю. В. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам : [метод. пособие] / Ю. В. Корневский, М. Н. Токарев. — М. : Изд-во “Юрлитинформ”, 2000. — 144 с.

В статье исследованы проблемные вопросы использования протоколов, которыми оформляются оперативно-розыскные мероприятия, как доказательств в уголовном процессе, и предложены пути их решения.

The article deals with the questions of use of the statement of the case drawing up by the results of the operative investigative measures, as the evidences in the criminal procedure, and the ways of their decision are offered.

Стаття надійшла до редакції журналу 28 жовтня 2009 року.