УДК 351.745.7 + 343.141 + 343.13
П43

Рекомендована до друку науковою радою Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України (протокол №2 від 22 лютого 2007 р.) та вченою радою Інституту вивчення проблем злочинності Академії правових наук України (протокол № 6 від 28 березня 2007 р.)

Рецензенти: *Козаченко І. П.,* доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України (Національна академія управління);
Лисиченко В. К., доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України (Національна академія державної податкової служби України);
Михайленко О. Р., доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України (Національна академія прокуратури України).

Погорецький М. А.
І3 Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: Монографія.— Х.: Арсіс, ЛТД, 2007. — 576 с

ISBN 966-7299-69-4

На підставі аналізу наукових джерел з філософії, історії права, загальної теорії права, кримінального процесу, оперативно-розшукової і контррозвідувальної діяльності, кримінального права, криміналістики, кримінології, а також законодавчих і відомчих нормативних актів та матеріалів вітчизняної і зарубіжної практики, у тому числі й Європейського Суду з прав людини, у монографії досліджуються теоретичні і практичні проблеми взаємозв'язку оперативно-розшукової діяльності і кримінального процесу та використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності як приводів та підстав для порушення провадження у кримінальній справі, проведення слідчих дій, застосування примусових заходів та заходів безпеки до учасників кримінального судочинства, а також для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, й пропонуються шляхи їх вирішення.

Адресована науковцям і практикам, а також тим, хто досліджує проблеми кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності.

УДК 351.745.7 + 343.141 + 343.13

Монографія друкується в авторській редакції

ISBN 966-7299-69-4

' Погорецький М. А., 2007

гоЬуональна юриді.- здемія
Україні! імені Ярос..

ійДЙ --x=sJ

ЗМІСТ

Передмова 5

Розділ 1
ВИКОРИСТАННЯ МАТЕРІАЛІВ РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ
(генезис проблеми)

§ 1. Використання матеріалів розшукової діяльності в кримінальному процесі в дорадянський період 9
§ 2. Використання матеріалів розшукової діяльності в кримінальному процесі в радянську добу до прийняття КПК України 1960 р. 35
§ 3. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі в радянську добу після прийняття КПК України 1960 р. 62

Розділ 2
ВИКОРИСТАННЯ МАТЕРІАЛІВ РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

§ 1. Використання матеріалів розшукової діяльності у кримінальному процесі західноєвропейських країн і США 83
§ 2. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі країн — колишніх республік СРСР 126

Розділ 3
ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

§ 1. Взаємозв'язок оперативно-розшукової діяльності та кримінального процесу як діяльнісних систем 149
§ 2. Єдність гносеологічної природи оперативно-розшукової діяльності і кримінального процесу 189
§ 3. Взаємозв'язок оперативно-розшукових і кримінально-процесуальних правових відносин 238

Розділ 4
МАТЕРІАЛИ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЯК ІНФОРМАЦІЙНА ОСНОВА ПРИЙНЯТТЯ РІШЕНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

§ 1. Поняття і види матеріалів оперативно-розшукової діяльності... 271
§ 2. Порядок отримання матеріалів оперативно-розшукової діяльності особами, що ведуть кримінальний процес 292
§ 3. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для прийняття рішень у кримінальному процесі 312

Розділ 5
ВИКОРИСТАННЯ МАТЕРІАЛІВ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЛЯ ПОРУШЕННЯ ПРОВАДЖЕННЯ У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ

§ 1. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності як приводів для порушення провадження у кримінальній справі 339

§ 2. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності як підстав для порушення провадження у кримінальній справі 369

Розділ 6
ВИКОРИСТАННЯ МАТЕРІАЛІВ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ ТА ПРИЙНЯТТЯ ІНШИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ РІШЕНЬ

§ 1. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для проведення слідчих дій 391

§ 2. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для застосування примусових заходів 418

§ 3. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для застосування заходів безпеки до учасників кримінального судочинства 448

Розділ 7
ВИКОРИСТАННЯ МАТЕРІАЛІВ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ДОКАЗУВАННІ

§ 1. Теорія доказів як методологічна основа використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі 460

§ 2. Роль оперативно-розшукової діяльності у кримінально-процесуальному доказуванні 498

§ 3. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для отримання окремих видів доказів у кримінальній справі 535

ВИСНОВКИ 572

ПЕРЕДМОВА

Сучасна злочинність, якій властиві організованість, професіоналізм, транснаціональний характер, діяльність якої має особливо тяжкі наслідки, становить небезпеку не лише національним інтересам окремої держави, а й всьому світовому співтовариству. Вона посягає на цілий комплекс найбільш значущих соціальних цінностей, таких як життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека людини, безпека суспільства і держави, приватна, суспільна й державна власність тощо. Злочинні угруповання, проникаючи в органи законодавчої влади і і державного управління, у правоохоронні й судові установи, лобіюють у них свої незаконні інтереси, завдають значних збитків суспільству та державі, а також конкретній людині, яка відповідно до Конституції України визнається найвищою соціальною цінністю у державі.

Висока технічна оснащеність злочинних угруповань, наявність у них власної розвідки й контррозвідки, володіння ними новітніми формами й методами протидії правоохоронним і судовим органам ускладнює, а іноді й унеможливлює виявлення ознак вчинюваних ними злочинів лише кримінально-процесуальними та криміналістичними засобами. Важливе місце у цьому посідає оперативно-розшукова діяльність (далі — ОРД), якій властиві специфічні форми й методи, що дозволяють виявляти й документувати злочини не лише після того, як вони вчинені, але й на стадіях їх підготовки або вчинення, здійснювати профілактичну діяльність.

Науковий аналіз чинного законодавства у сфері боротьби зі злочинністю, а також сучасної кримінологічної характеристики злочинності свідчить про неадекватність засобів боротьби з нею, передбачених законодавством, що на практиці ускладнює чи робить неможливим своєчасне виявлення та ефективне розслідування окремих злочинів, поновлення прав потерпілих і відшкодування їм збитків, завданих цими злочинами.

Для подолання такої невідповідності в Україні було прийнято низку законодавчих актів, зокрема Закони України «Про оперативно-рзшукову діяльність», «Про організаційні правові основи боротьби з організованою злочинністю», були також внесені відповідні зміни до чинного КПК України (ч. 2 ст. 65, ч. 3 ст. 66, ч. 5 ст. 97 та ін.), які розширили можливості використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства, що у цілому підвищило ефективність боротьби

зі злочинністю та захист прав людини від злочинних посягань й необґрунтованого обмеження прав осіб, що залучаються до кримінального процесу.

Вивчення правозастосовної практики свідчить про стійку тенденцію зростання використання матеріалів ОРД для потреб кримінального судочинства. Так, якщо у 1994 р. матеріали ОРД використовувалися лише у 52 %, то у 2000-2007 рр. — у понад 90 % кримінальних справ, розслідуваних органами СБ України, і у понад 85 % кримінальних справ, розслідуваних органами прокуратури, МВС, ДПА України. 100 % кримінальних справ про тяжкі неочевидні злочини та злочини, вчинені організованими угрупованнями, розслідуються з використанням матеріалів ОРД.

Водночас критичний аналіз оперативно-розшукових та кримінальних справ виявляє типові помилки у діяльності правоохоронних і судових органів при використанні матеріалів ОРД у кримінальному судочинстві, а саме: несвоєчасне, незаконне та необґрунтоване порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД; неефективне використання матеріалів ОРД для проведення слідчих дій та прийняття інших процесуальних рішень; безпідставне визнання окремих матеріалів ОРД доказами у кримінальній справі або необґрунтовану відмову в цьому.

Серед причин зазначених недоліків є відсутність в Україні фундаментальних наукових досліджень генезису взаємозв'язку розшуку та кримінального процесу, їх функціональної, гносеологічної і правової природи, сучасної науково обґрунтованої концепції використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі, розробленої з урахуванням досвіду західних країн та США, а також практики Європейського Суду з прав людини.

Значні труднощі в реалізації матеріалів ОРД у кримінальному судочинстві пов'язані з непристосованістю процесуальної форми досудового розслідування до використання можливостей ОРД у кримінальному процесі. Чинне кримінально-процесуальне законодавство й законодавство про ОРД не формулює конкретних вимог до матеріалів ОРД відповідно до їх цільового призначення й не передбачає ефективних правових механізмів їх використання в інтересах кримінального судочинства, що не відповідає сучасним потребам практики боротьби зі злочинністю та захисту прав людини в кримінальному процесі.

Зважаючи на актуальність, проблеми взаємозв'язку розшукової діяльності та кримінального процесу й використання можливостей

розшукової діяльності в інтересах кримінального судочинства досліджувалися у роботах фахівців у галузях розшукової діяльності, криміналістики та кримінального процесу.

Значний внесок у дослідження їх окремих аспектів зробили дореволюційні правники: І. Є. Андрієвський, Я. І. Баршев, М. Ф. Владимирський-Буданов, С І. Вікторський, Л. В. Владимиров, В. П. Данєвський, О. А. Квачевський, А. Ф. Коні, В. О. Ліновський, П. В. Макалінський, С В. Познишев, М. М. Полянський, М. М. Розін, В. К. Случевський, В. Д. Спасович, І. Т. Тарасов, І. Я. Фойницький, В. Я. Фукс та інші.

Окремі питання цієї теми досліджувалися в наукових працях, у тому числі й з обмеженим доступом, вчених радянської доби та сучасних вітчизняних науковців і науковців країн — колишніх республік СРСР: В. К. Антонова, Ю. В. Астаф'єва, О. М. Бандурки, В. П. Бахіна, В. Д. Берназа, Д. І. Бєднякова, Р. С Бєлкіна, В. І. Боярова, А. Ф. Волобуєва, В. І. Галагана, В. В. Гевка, В. Г. Гончаренка, М. О. Громова, Ю. М. Грошевого, Е. О. Дідоренка, О. Ф. Долженкова, Є. А. Долі, В. Я. Дорохова, А. Я. Дубинського, Г. О. Душейка, В. І. Зажицького, В. М. Зайковського, В. С Зеленецького, В. К. Знікіна, А. В. Іщенка, Н. С. Карпова, І. П. Козаченка, О. Н. Колесніченка, В. А. Колесника, М. І. Костіна, В. С Кузьмічова, М. Й. Курочки, В. К. Лисиченка, Е. Д. Лук'янчикова, В. П. Мікуліна, О. Р. Михайленка, П. П. Михайленка, М. М. Михеєнка, В. Т. Нора, В. Л. Ортинського, М. П. Полякова, В. Л. Регульського, Б. Г. Розовського, Б. В. Романюка, В. П. Сапальова, М. В. Салтєвського, О. П. Снігерьова, С. М. Смокова, С. М. Стахівського, М. С. Строговича, В. М. Тертишника, В. Т. Томіна, С А. Шейфера, М. Є. Шумили, О. Ю. Шумилова та ін.

Водночас в Україні відсутні монографічні праці, присвячені,, дослідженню генезису взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу та використанню матеріалів ОРД у кримінальному процесі як приводів та підстав для порушення провадження у кримінальній справі, проведення слідчих дій, прийняття рішень про застосування примусових заходів та забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі відповідно до засад сучасної кримінально-процесуальної доктрини та з урахуванням практики Європейського Суду з прав людини й стандартів Ради Європи, що має велике теоретичне й практичне значення при розробці проектів нового- Кримінально-процесуального кодексу України та Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність».

Виходячи з викладеного, у монографії робиться спроба комплексного висвітлення зазначених проблем. Пропонуються основні результати наукових досліджень, які проведені автором у межах фундаментальної теми «Кримінально-процесуальне пізнання та його критерії» Інституту вивчення проблем злочинності Академії правових наук України, науково-дослідної роботи Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України «Вдосконалення діяльності правоохоронних органів у боротьбі з організованою злочинністю» та при роботі над докторською дисертацією, підготовленою на кафедрі кримінального права і процесу Національної академії Служби безпеки України.

Окремі наукові положення, викладені у монографії, вже були опубліковані в авторських роботах, у тому числі й закритого характеру, однак у цілісному вигляді результати проведеного дослідження для широкого загалу науковців і практиків публікуються вперше.

У монографії вперше викладаються проблемні питання теми дослідження відповідно до сучасної моделі кримінального процесу, що ґрунтується на основних положеннях кримінально-процесуального законодавства деяких країн Західної Європи, США а також країн — колишніх республік СРСР, які на думку автора, можуть бути використані при розробці Концепції державної політики у сфері кримінальної юстиції та забезпечення правопорядку в Україні, а також проектів нових КПК України та Закону про оперативно-розшукову діяльність.

При обгрунтуванні окремих наукових положень та висновків використані статистичні дані, узагальнення матеріалів практики та результати анкетування працівників правоохоронних і судових органів.

Автор висловлює щиру подяку рецензентам — професорам І. П. Козаченку, В. К. Лисиченку та О. Р. Михайленку за слушні зауваження та цінні поради професорам Ю. М. Грошевому, В. С. Зеленецькому, С І. Максимову та М. Є. Шумилу за кваліфіковані консультації, а також усім, хто тією чи іншою мірою сприяв виходу монографії в світ.

Усвідомлюючи, що в пропонованій читачеві книзі на окремі питання не вдалося дати вичерпної відповіді, а багато з них потребують подальших наукових досліджень, автор із вдячністю сприйме конструктивну критику, зауваження, побажання і пропозиції.

РОЗДІЛ 1
ВИКОРИСТАННЯ МАТЕРІАЛІВ РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ (ГЕНЕЗИС ПРОБЛЕМИ)

§ 1. Використання матеріалів розшукової діяльності у кримінальному процесі в дорадянський період

Розробка теоретичних і правових засад використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі не може бути обмежена лише дослідженням нинішнього стану цієї проблеми, всебічне її пізнання потребує розуміння причин виникнення в історичному контексті й особливостей вирішення її на різних етапах розвитку розшуку і кримінального процесу та їх взаємозв'язку.

Аналіз зазначеної проблеми в історичному контексті дозволить зрозуміти об'єктивні і суб'єктивні фактори, які були підґрунтям для її виникнення, спонукальні мотиви, що привели до розвитку нормативно-правового закріплення використання розшуку в інтересах кримінального судочинства й реалізації його в практичній діяльності протягом зміни епох, і на цій основі запропонувати ефективні шляхи подальшого її вирішення в сучасному кримінальному процесі України відповідно до стандартів правової, демократичної держави, в якій людина, ц життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю.

Аналіз нормативних і наукових джерел[1] з досліджуваної проблеми свідчить про те, що в давні часи на Русі не було спеціальних органів та осіб, які мали виконувати розшукові і слідчі функції, — діяла приватна помста. Основною причиною цього було те, що державність ще не набула достатнього розвитку для утворення відповідних владних інститутів.

Певну правову регламентацію розшук, що поєднувався зі слідством, одержав лише за часів Руської Правди (XI-ХШ ст.). У цей період

Див.: *Владгімирский-Буданов М. Ф.* Обзор истории русского права.—- Киев, 1888.— С. 318; Памятники русского права.— Вып. 1: Памятники права Киевского государства X-XII вв. / Сост. А. А. Зимин / Под ред. С. В. Юшкова. — М., 1952. — С. 6-67; *Чельцов-Бебутоє М. А.* Курс советского уголовно-процессуального права. — Т. 1: Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. — М., 1957. — С. 621-628; Хрестоматія з історії та права України.: Навч. посіб. для юрид. вищ. навч. закладів і фак.: У 2 т. / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький; За ред. В. Д. Гончаренка. — К., 1997. — Т. 1:3 найдавніших часів до початку XX ст. — С. 24;таін.

розшук покладався на потерпілого. Засобами розшуку підозрюваних у вчиненні злочину осіб за Руською Правдою були «заклич», «звід», «гоніння сліду»[1]. За Руською Правдою в ході розшуку позивачем збиралися відповідні дані, які в суді використовувалися як докази для обгрунтування поданого до суду позову. У доказуванні широко застосовувалися свідчення послухів і видоків, речові докази, «суди божі», жереб, «рота» (присяга), ордалії, судові поєдинки, особисте зізнання[2].

Таким чином, розшук передував судовому розгляду справи і був спрямований на його підготовку. Процесу цієї доби був властивий приватно-позовний (обвинувально-змагальний) характер. Обвинувач і обвинувачений називалися позивачами й користувалися рівними правами в процесі, що являв собою спір з дотриманням обрядностей між двома рівноправними сторонами про право перед третьою стороною — суддею, який не мав права доповнювати дії сторін, а лише оцінював надані ними докази й за своїм внутрішнім переконанням приймав відповідні судові рішення, підбиваючи підсумок змаганню сторін.

За часів феодальної роздробленості Київської Русі (30-ті роки XII-XIV ст.), у результаті якої на землях сучасної України були утворені Київське, Переяславське, Чернігівське, Волинське, Галицьке (згодом Галицько-Волинське) князівства, продовжували діяти норми Руської Правди[3].

У цей період поряд із пануючим змагальним процесом на зазначених державних утвореннях мали місце й елементи слідчого (розшукового) процесу, відповідно до якого у справах про злочини проти князівської влади розшукові, слідчі і судові функції виконували князі та уповноважені ними на це особи.

Зі зміцненням княжої влади поступово переміщується обов'язок розшукових і слідчих функцій із приватних осіб на органи загального управління або на військові формування та окремих посадових осіб . Цьому сприяє розвиток поглядів на злочин вже не як на образу чи шкоду, що завдана окремій особі чи групі осіб, а як на посягання,

[1] Правда Русская: Учеб. пособие / Под ред. Б. Д. Грекова. — Л., 1940. — Статті 32, 34, 35-39, 77 Пространной редакции; Памятники русского права. Вып. 1: Памятники права Киевского государства X-XИ вв./ Сост. А.А.Зимин/ Под ред. С.В.Юшкова.— М., 1952.— С. 152.

[2] Правда Русская: Учеб. пособие/ Под ред. Б. Д. Грекова. — Л., 1940. — Статті 18, 21, 22, 32, 34, 35-39, 48-49, 66, 77, 85-87, 115 Пространной редакции.

[3] Див.: *Софроненко К. А.* Общественно-политический строй и право Галицко-Волынской Руси XI-XШ вв. — М., 1955. — С. 128.

[4] Див.: *Юшков С. В.* Общественно-политический строй и право Киевского государства. — М„ 1949. — С. 522.

спрямоване проти державної влади та встановленого нею порядку управління. Таким чином, зі зміцненням державності поступово витісняється приватно-позовний (обвинувально-змагальний) процес, змінюючись на розшуково-слідчий (інквізиційний), який спочатку здійснювався виключно при розслідуванні справ про державні злочини, а згодом поширився й на інші злочини.

За часів перебування частини земель сучасної України у складі Литви, Польщі, Речі Посполитої (XIV-XVIII ст.) розшук, слідство й правосуддя спочатку регулювалися нормами звичаєвого права, Руської Правди, а згодом Судебника Казимира IV 1468 р. (першого збірника литовського кримінального і кримінально-процесуального права), який у 1566 р. було затверджено в новій редакції , збірників магдебурзького права «Саксон» і «Порядок», III Литовського статуту 1588 р.[2]

Аналіз зазначених правових актів дає підстави для висновку, що в XIV-XVIII ст. на окупованих українських землях поступово відбувається відокремлення судової влади від адміністративної, відокремлення цивільного процесу від кримінального, в якому встановлюється попереднє слідство, що включає в себе й розшук і яке стає невід'ємною функцією посадових осіб, на яких покладається збір доказів для суду. Виняток становило провадження в так званих копних судах (судах громад), що передбачалися артикулом 9 розділу XIV Литовського статуту 1588 р., які розглядали справи про вбивства, завдання тілесних ушкоджень, розбійні напади, знищення чужого майна, крадіжки. Характерною особливістю цього судочинства було те, що в одному суб'єкті поєднувалися судові, слідчі й розшукові функції.

У добу козацтва (1480-1775 рр.) суд не був відділений від адміністративної влади. Розшукові функції, об'єднані зі слідчими, покладалися на органи загального управління (генеральний військовий суд, генеральну військову канцелярію, раду генеральної старшини, раду старшин) або ж на військових посадовців — кошового отамана, військового суддю, старшину, полковника, гетьмана, осавулів. У ході розшуку застосовувалися розвідувальне опитування, опитування населення, адміністрації, духовних осіб, «трус села» (розшук і обшук), оперативне провадження, внутрішньокамерна розробка, оперативна комбінація та інші, а також ті, витоки яких ідуть ще від Руської Правди: «гоніння сліду» або «шляхування коней»; «заклич» або «обволання»; проведення «трусу». У цей період у судочинстві використовувалися

[1] Статут Великого княжества Литовского 1529 года. — Мн., 1960.

[2] Див.: *Усенко І., Чехович В.* Литовські статути // Українське державотворення: невитребований потенціал: Словник-довідник / За ред. О. М. Мироненка. — К., 1997.

норми звичаєвого права, Литовського статуту 1588 р., магдебурзького права, гетьманських універсалів, універсалів генеральної військової канцелярії, орденів та інструкцій гетьмана, генеральної військової канцелярії, генерального військового суду. За своїм характером процес мав переважно обвинувально-змагальний характер, проте при розгляді тяжких злочинів йому були властиві риси розшукового процесу[1].

З посиленням централізації державної влади у XV — на початку XVI ст. на Русі, до якої входила й значна частина земель сучасної України, розшукові й одночасно слідчі та судові функції виконували «губні хати», що очолювалися виборними губними старостами, помічниками яких були цілувальники. Завдання їх полягало в тому, щоб у віднесених до їх відання справах «розшукувати і довівши (зібравши докази) карати». За необхідності для проведення розшуку на місця (території губ) направлялися їх представники — «особливі обищики». Соборним уложенням 1649 р." функції з розшуку, слідства й суду об'єднувалися одним поняттям «розшук».

У 1669 р. була встановлена посада сищика, щодо якого губний староста був помічником, а посади губних цілувальників скасовано. На сищиків покладалося вирішення кримінальних справ (розшукові, слідчі й судові функції). Розшук починався незалежно від скарги потерпілого за ініціативою посадових осіб. Окрім сищиків і губних старост, він міг здійснюватися й самим потерпілим[3].

Доказами, крім поличного, визнавалися лихований обшук (повальний або обшук сусідів), обмова, зізнання, «язичні молки» (показання свідків). Застосовувалися тортури. У XV-XVI ст. зберігав своє значення й розшук шляхом «гоніння сліду».

Глава II Соборного уложення встановлювала особливе провадження розшуку злочинців у формі «слова и дела государева», що здійснювався у державних злочинах .

[1] *Пашук А. Й.* Суд і судочинство на Лівобережній Україні в XVII-XVIII ст. (1648-1782). — Л., 1967; *Яворіщький Д. І.* Історія запорозьких козаків: У 3 т. / Редкол. П. С. Сохань (голова) та ін. — К., 1991. — Т. 3 — С. 165,182; *Бойко І. Й.* Держава і право Гетьманщини. — Я., 2000.

[2] Див.: Памятники русского права/ Под. ред. К. А. Софроненко. — Вып. 6: Соборное Уложение царя Алексея Михайловича 1649 года — М., 1957.

[3] Див.: *Линовский В. А.* Опыт исторических розысканий о следственном уголовном судопроизводстве в России. —Перепеч. с изд. 1849 г. — М, 2001. — С. 13-20; *Крылов И. Ф., Бастрыкин А. И.* Розыск, дознание, следствие: Учеб. пособие. — Л., 1984. — С. 87-90; та ін.

[4] Собрание узаконений по полицейской части со времени издания Устава Благочиния до 1817 г. — СПб., 1817. — С. 682-687; *Тельберг Г. Г.* Сыск по государевым делам. Московский розыскной процесс XVII века в делах по государственным преступлениям // Журнал Министерства Юстиции — СПб., 1911. — № 9. — С. 130-157; *Фойнщкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. / Печат. по 3-му изд., СПб., 1910. — СПб., 1996. — Т. 1. — С. 33; та ін.

З посиленням абсолютизму у петровську епоху (1682-1725 рр.) і до реформ 60-х років XIX ст. розшук, слідче провадження й судові функції на землях сучасної України, що входили тоді до Російської держави, покладалися поперемінно на різні урядові установи. Для цього періоду є найбільш помітною тенденція до посилення регламентації таємної розшукової роботи. За цих часів була створена регулярна поліція, на яку згодом покладалися широкі повноваження з розшуку, розслідування й судового розгляду підвідомчих їй кримінальних справ.

У цей період зароджуються нові засади слідчого (розшукового) процесу, які раніше не були відомі руському праву: ревізійний порядок, законні правила про силу доказів, інститут фіскалів — особливих посадових осіб, які здійснювали, окрім інших функцій, нагляд за розслідуванням найважливіших кримінальних справ.

У XVI-XVII ст. термін «розшук» мав потрійне значення: розшук означав встановлення істини під час розслідування обставин справи (куди включалися й розшукові функції), про що свідчать формулювання в законах: «сыщится до пряма» (буде встановлено достеменно), «сыскивати всякими сыски накрепко» (розслідувати справу всіма способами) тощо (див., наприклад, статті 5, 7, 10 та ін. глави X Соборного уложення 1649 р.); під розшуком розумілася особлива форма судочинства — слідчо-розшуковий процес, в якому розшукові заходи і слідчі дії в законодавчих актах, чіткого розмежування не мали; під розшуком розуміли дії уповноважених осіб з розшуку та затримання злочинців.

Сутність розшукового процесу в цей період полягала в тому, що в особі відповідного державного посадовця поєднувалися різні процесуальні функції: слідчого, який водночас займався й розшуком, обвинувача й судді. Ця особа протиставлялася обвинуваченому, який був лише об'єктом розшукової діяльності, а не суб'єктом процесуальних відносин. Розшуковому (слідчому) процесу властиві були таємність і письмова фіксація, що поширювалися на всі кримінальні справи. Система формальних доказів передбачала неоднакове ставлення судді до різних їх видів. Отримані в ході розшуку дані використовувалися в суді як докази. Визначальним для вирішення справи в розшуковому (слідчому) процесі мало визнання підсудним своєї вини, а тому тортури не лише визнавалися допустимими, а й усіляко заохочувалися.

Важливим нормативним актом, що визначав характер взаємозв'язку діяльності органів поліції та юстиції й засади використання матеріалів розшуку в інтересах кримінального судочинства, був Статут

благочиния або Поліцейський статут, виданий у 1782 р.[1] З цього часу загальнокримінальний розшук поряд з охороною громадського порядку покладався й на приставів кримінальних справ. Кримінально-розшукову діяльність пристави здійснювали в основному методом особистого розшуку, використовуючи при цьому інформацію, отриману від інформаторів та інших осіб. На думку окремих учених, саме Статут благочиния остаточно відокремив судову владу від слідчо-розшукової, а остання була передана до повноважень загальної поліції . Однак, на наш погляд, ця думка є помилковою, оскільки після прийняття Статуту благочиния ще довгий час окремі органи, в тому числі й поліція, поєднували в собі розшукові, слідчі та судові функції .

Для подальшої організації розшуку та його співвідношення з органами юстиції велике значення мали організаційно-правові заходи початку XIX ст. У цей час було засноване Міністерство внутрішніх справ, на яке покладалося також і вжиття заходів боротьби зі злочинністю . 17 серпня 1810 р. з нього виокремилося самостійне Міністерство поліції. Особлива канцелярія Міністерства внутрішніх справ, що виконувала функцію здійснення політичного розшуку, в 1826 р. була скасована у зв'язку зі створенням Третього відділення власної його Імператорської величності канцелярії — самостійного органу політичного розшуку і слідства. До предмета відання Третього відділення належали всі справи так званої «вищої поліції», 'особливо про політичні злочини і політично неблагонадійних осіб чи взагалі справи так званої таємної поліції. У сфері боротьби зі злочинністю на поліцію покладалося здійснення розшуку, слідства, а також суду в незначних злочинах[5]. У розшуковій роботі цього часу значне місце посідав Корпус жандармів, функції якого тісно перепліталися з функціями поліції

[1] Собрание узаконений по полицейской части со времени издания Устава Благочиния до 1817г. —СПб., 1817. — С. 1-14; *Фукс В.* Суд и полиция: В 2ч. — М,, 1889.—4.2 — С. 185.

~ Див.: *Крылов И. Ф., Бастрыкин А. И.* Розыск, дознание, следствие: Учеб. пособие. — Л., 1984. — С. 91.

[3] Наприклад, лише законом від 15 червня 1912 р. була відмінена компетенція земських начальників у судових справах, якою вони були наділені у 1889 р. — Див.: *Жижиленко А.* Суд и права личности // Судебная реформа / Под ред. А. В. Давыдова и Н. В. Полянского. — М., 1915. —Т.Н. — С. 68.

Полное собрание законов Российской Империи. Собрание первое с 1649 по 12 декабря 1825 г. — Т. XXVII. — СПб., 1830. — № 20406.

[5] О присоединении Особенной Канцелярии Министерства Внутренних дел к Собственной Его Величества Канцелярии от 3 июля 1826 г. — Именной, данный Управляющему Министерством Внутренних дел// Полное собрание законов Российской Империи. Собрание 2-е. — Т. I: С 12 декабря 1825 т. по 1827 г. — СПб., 1830. — С. 665-666. — № 449.

(розшук втікачів, злодіїв, розбійників; виконання судових вироків; супроводження небезпечних злочинців та арештантів тощо) .

Нормативні акти, які регулювали питання розшуку, дізнання, попереднього слідства й судового розгляду кримінальних справ, у 1832 р. були систематизовані Комісією законодавчих пропозицій, результати роботи якої включені до затвердженого 1 січня 1835 р. Зводу законів Російської імперії; до другої книги XV тому цього Зводу видання 1857 р., що мала назву «Закони про судочинство у справах про злочини і проступки», були включені розділи: про кримінальне судочинство взагалі; про попереднє переслідування; про слідчі дії; про провадження в суді першої інстанції; про виконання вироків; про форми провадження[2]. Провадження за нормами цього правового акта поділялося на три частини: попереднє слідство, суд і виконання судових рішень. Попереднє слідство належало до компетенції поліції.

Оцінюючи значення цих реформ, А. Ф. Коні писав про них як про «нескладне зібрання найбільш різнорідних і різночасних постанов, що механічно злили воєдино статті Утюження Олексія Михайловича, укази Петра і, як висловилася у 1835 р. Державна рада, види «уряду», обнародувані у 1784, 1796, 1809 і 1823 роки»[3].

Саме в цей період, як вважав І. Т. Тарасов, відбулося розмежування функцій поліції і юстиції , на важливість якого вказував М. І. Калайдович, підкреслюючи, що це «надзвичайно важливо, оскільки злиття одного та другого, що інколи буває на практиці, завжди призводить до дуже негативних наслідків»[5]. Співвідношення кримінального судочинства і кримінально-судової поліції, як слушно зазначав *Я.* І. Баршев, виходить із самого значення предмета її діяльності, яка полягає в попередженні, припиненні й розкритті злочинів, у переслідуванні злочинців, в осудженні й покаранні за незначні злочини. Тому, особливо у таких видах діяльності кримінально-судової поліції, як розкриття злочинів, переслідування злочинців, здійснення суду й покарання за незначні проступки, вона є помічницею кримінального

' О переименовании Борисоглебского Драгунского полка Жандармским // Полное собрание законов Российской Империи. Собрание первое с 1649 г. по 12 декабря 1825 г.— Т. XXXШ. 1815-1816 гг. — СПб., 1830. — С. 267-268.

[2] Свод законов Российской империи. — Т. XV. — Кн. 2. — СПб., 1857. — С. 1-228.

[3] *Кони А. Ф.* Введение к систематическому комментарию к Уставу уголовного судопроизводства /Под. ред. проф. Гернета. — Вып. I. — М., 1915. — С. 13.

[4] Див.: *Тарасов И. Т.* История русской полиции и отношения ее к юстиции. III. Эпоха выделения из суда расправы и отождествления последней с полицейским судом. 1802—1826 гг. // Юридический вестник. — 1884. — № 4 (февраль). — С. 551-574.

[5] *Калайдович Н.* Указания по производству уголовных следствий. — СПб., 1849. — С. 3-4.

судочинства, полегшуючи його справу й надаючи йому необхідний матеріал[1].

З нашого погляду, остаточного й повного відокремлення поліцейських і судових функцій у той час ще не відбулося. У цей період попереднє провадження (слідство), куди включалися розшук і дізнання, здійснювалося, як правило, міською чи земською поліцією, а в деяких випадках — і спеціально уповноваженими особами. Поліція здійснювала також провадження у справах про малозначні злочини, виконуючи водночас розшукові, слідчі й судові функції[2].

Отже, розслідування поділялося на попереднє і формальне. Головним завданням попереднього розслідування було встановлення факту події, яка містила склад злочину, а завданням формального — встановлення, чи дійсно та або інша особа вчинила злочин і чи підлягає вона покаранню. Головні ж зусилля при формальному розслідуванні спрямовувалися на отримання від обвинуваченого визнання своєї вини у вчиненні злочину[3].

Злиття процесуальних і розшукових функцій дозволило окремим фахівцям того часу називати таку діяльність із розслідування злочинів розшуком і поділяти її на загальний і спеціальний розшук. До загального відносився розшук, що проводився з метою встановлення осіб, які вчинили злочин. Ця форма розшуку не знала жодних формальностей та обрядовості, у зв'язку з чим набула неабиякого розвитку. Спеціальний розшук проводився після розшуку загального і лише за наявності конкретного підозрюваного у вчиненні злочину[4].

Недоліки такого порядку розслідування злочинів вже на той час були настільки очевидними, що його реформування розпочалося ще в умовах дореформеної судової системи. Відповідно до Указу від 8 липня 1860 р. у Російській імперії вперше був заснований інститут судових слідчих, які підпорядковувалися Міністерству юстиції. Введення цього інституту мало на меті відокремлення попереднього слідства від поліції. Правовий статус судових слідчих визначався затвердженими 8 червня 1860 р. «Започаткуванням інституту судових

[1] *Баршев Я.* Основания уголовного судопроизводства с применением к российскому уголовному судопроизводству. — СПб., 1841. — С. 33-34.

[2] Див.: *Квачевский Л.* Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по судебным уставам 1864 года. Теоретическое и практическое руководство.— Ч. П: О дознании и розыске. — СПб., 1867. — С. 100-107.

[3] Див.: *Калайдович Н.* Указания по производству уголовных следствий. — СПб., 1849.— С. 3.

[4] Див.: *Случевский В.* Учебник русского уголовного процесса: досудоустройство-судоустройство. — СПб., 1910. — С. 43-44.

слідчих», «Наказом судовим слідчим» і «Наказом поліції про проведення дізнання у подіях, що можуть містити в собі злочин чи проступок» . Зазначені правові акти визначали характер взаємозв'язку розшукової діяльності та кримінального процесу.

Реформи 60-х років XIX ст. значно змінили сутність розшуку, досудового слідства й судової діяльності, а також їх співвідношення, що закономірно вплинуло й на особливості використання матеріалів розшуку в кримінальному процесі. Затвердження 20 листопада 1864 р. Статуту кримінального судочинства Російської імперії (далі — СКС)[2] відіграло важливу роль у розвитку кримінального судочинства. За СКС дослідження обставин вчиненого злочину поділялося на три частини: дізнання, до якого включалося й таємне поліцейське розвідування (розшук), попереднє слідство й слідство остаточне (судове).

СКС установлював, що дізнання здійснюється під керівництвом прокурора загальною поліцією, корпусом жандармів, а також посадовими особами деяких адміністративних установ, які виконували поліцейські функції в окремих галузях державного управління. У невідкладних випадках поліція наділялася функціями органу попереднього слідства (статті 250-261 СКС).

Право на провадження дізнання (в тому числі й розшукових функцій) у невідкладних випадках у протиправних діях, виявлених ними за власним розсудом, надавалося чинам судового відомства (судовому слідчому, мировому судді, колегіальному суду). Стосовно політичних злочинів такі посадові особи були наділені функціями і повноваженнями виняткових органів дізнання до прийняття законів 1872 і 1904 рр., які поклали ці функції на посадових осіб корпусу жандармів (ст. 1035 Г СКС у ред. 1906 р.). Окремий корпус жандармів структурно складався з територіальних (губернських і повітових) управлінь та жандармських поліцейських управлінь залізниць.

Хоча СКС і не визначив поняття дізнання, та в низці статей (статті 252-255) розкрив його сутність. Так, у ст. 252 СКС вказувалося, що поліція, повідомляючи судового слідчого чи прокурора про ознаки злочину, провадить належне про нього дізнання, а в ст. 253 СКС зазначалося, що, коли такі ознаки сумнівні чи відомості про них отримані за чутками (за народною поголоскою) або з іншого недостовірного

[1] Полное собрание законов Российской Империи. Собрание 2-е. — Т. XXXV. — СПб., 1862. — С . 710-727.

Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны, изданные государственной канцелярией. — Ч. 2: Устав уголовного судопроизводства. — 2-е изд. — СПб., 1867.

Національна юридична акаде№
України імені Ярослава Мудрого

джерела, поліція, перш ніж повідомити про це за належністю, повинна перевірити їх через дізнання. У статті 254 СКС визначалися й заходи, яких могла вживати поліція в ході дізнання. Зазначалося, що всі потрібні відомості поліція збирає за допомогою розшуків, опитувань та негласних спостережень. У цій же статті була вказівка на заборону поліції проводити в ході поліцейського розвідування (розшуку) обшуки та виїмки в будинках. Причиною цього було те, що саме ці заходи до прийняття СКС були основними в її діяльності та проводилися нерідко безпідставно і з грубим порушенням прав людини.

Дослідження норм СКС свідчить про те, що термін «розшук» (у СКС — «розшуки») був ужитий лише один раз у ст. 254. В інших статтях те саме за змістом поняття СКС позначав різними термінами, наприклад, у ст. 312 як «негласне поліцейське розвідування». Зі статей 254, 312 випливає, що розшук не протиставлявся дізнанню й не був його підготовчою стадією, а входив до поняття дізнання, яке, за слушним твердженням І. Я. Фойницького, «за своєю властивістю дає лише матеріал, необхідний для обвинувача й слідчого, щоб упевнитися, що вимога першим і відкриття другим судового провадження (попереднього слідства. — *М. ТІ.)* має достатні підстави, що їх дії не будуть марні й не перетворяться на даремний утиск осіб, що притягуються до слідства»[1].

Аналіз змісту зазначених норм СКС свідчить про те, що дізнання повинно було з'ясувати засобами розшуку, чи містять досліджувані обставини ознаки злочину і якого конкретно, виявити його сліди, які могли б привести до вказівки на певну особу, й установити причетність запідозреної особи до досліджуваного злочину. Відповідно до СКС всі зусилля дізнання спрямовувалися на те, щоб розшукати дані, які були б підтвердженням чи спростуванням зв'язку запідозреної особи з обставинами вчиненого злочину і давали б можливість згодом у ході попереднього слідства отримати докази її вини або невинуватості. Успіх дізнання за СКС, як справедливо зазначав І. Я. Фойницький, забезпечувався, перш за все, можливістю проводити його швидко і безупинно й відсутністю в СКС будь-яких формальностей на цій стадії, встановлення яких було б не лише даремним, а й шкідливим для інтересів кримінального судочинства[2].

Хоча СКС і не зробив спроби визначити поняття розшуку, та, на думку багатьох його укладачів, як вказував відомий юрист того часу

[1] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. — Т. 1 / Печат. по 3-му изд.: СПб., 1910. — СПб., 1996. — Т. 2. — С. 380.
[2] *Там само.* — С. 385.

А. В. Соколов, розшук продовжував розумітися як «діяльність, спрямована на виявлення й викриття злочинця й на відшукання та збирання доказів його винності у вчиненні злочинного діяння, наявність якого посвідчувалася дізнанням. Це ясно видно зі ст. 208 СКС, у якій ідеться про місцевий розшук, що збирає докази вини чи невинуватості підсудного, статей 510-542 СКС, які вказують на суто розшукову діяльність слідчого по збиранню доказів, що можуть слугувати викриттю підозрюваного при проведенні слідства у справі, а також зі змісту статей 482 і 545 СКС»[1].

У юридичній науці того часу існували суттєві розбіжності щодо визначення змісту розшуку, а також його співвідношення з дізнанням і попереднім (досудовим) слідством. З цього приводу О. А. Квачевський писав, що дізнання іноді називають розшуком, проте розшук є лише складовою дізнання. За його словами, дізнання у широкому розумінні — це все первісне провадження, включаючи розшук, у вузькому — збирання відомостей про ознаки злочину без указівки на злочинця[2]. У ході дізнання, зазначав вчений, «отримуються лише відомості, які не мають судового характеру; вся роль його обмежується лише вишукуванням даних для діяльності слідчого, сприяння їй, полегшення її; воно не має судових форм та обрядів, не оцінює фактів, не робить ніяких висновків про них» .

Розкриваючи зміст розшуку, який він включав до поняття дізнання, І. Я. Фойницький наголошував: «Перебуваючи на початковій стадії кримінального процесу, дізнання виробляє матеріал, з якого розвиваються інші частини провадження; від більшого чи меншого успіху його, як від усякого почину, нерідко залежить доля всієї справи. Дізнання пов'язане з кримінальним переслідуванням, добуваючи йому докази, необхідні для правильного й успішного пред'явлення обвинувачення перед судом. Воно тісно пов'язане з попереднім слідством, тому що засвідчує справжність розслідуваного злочину, дає матеріал до початку слідства, формулює погляд слідчого на способи подальшого розкриття істини, на спосіб його дій щодо обставин справи і до осіб, які беруть у ній участь. Та за завданнями й за обсягом засобів, що є в його розпорядженні, і за його органами воно істотно відрізняється від по-

[1] *Соколов А.* О дознании и розыске // Журнал гражданского и уголовного права. — Кн. 9. — СПб., 1890. — С. 9-Ю.
[2] *Квачевский А.* Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по судебным уставам 1864 года. Теоретическое и практическое руководство. — Ч. II: О дознании и розыске. — СПб., 1867. — С. 5.
[3] Там само.

переднього слідства... і тому є діяльністю несудовою»[1]. Подібної думки дотримувалися й інші правники того часу[2].

Розкриваючи співвідношення дізнання, до якого включався й розшук як таємна його частина, й попереднього слідства, П. І. Попов слушно зазначав, що дізнання відрізняється від попереднього слідства тим, що: а) передує попередньому слідству; б) у процесі дізнання можна отримати інформацію щодо тієї чи іншої події та осіб, до неї причетних, тоді як слідство проводить перевірку отриманих у ході дізнання даних і збирає нові докази, надаючи їм встановленої форми; в) дізнання щодо злочину отримує лише дані, які породжують припущення, здогадку й підозру, а слідство має на меті відшукати такі докази, які, розвіявши сумніви, посіяні даними дізнання, довели б їх до стану істини; г) дізнання вимагає оперативності, щоб застигнути сліди злочину й докази вини підозрюваного, а діяльність слідчого, навпаки, вимагає уваги та виваженості, оскільки розпорядження його повинні грунтуватися на беззаперечних доказах і тому не можуть прийматися поспішно; д) діяльність дізнання полягає в таємному спостереженні, розпитуванні, охороні слідів злочину. Чим менше обрядності, чим більше простоти, тим скоріше досягають ці дії своєї мети; слідчі ж дії, навпаки, вимагають формальностей і супроводжуються різними обрядами; є) дізнання, як правило, провадять чини поліції і взагалі особи, що не належать до судового відомства, тоді як досудове слідство провадять слідчі — представники судового відомства[3].

З приводу співвідношення дізнання й попереднього слідства висловлювалася й інша точка зору. Так, П. І. Люблінський вважав, що не існує істотних відмінностей між діяльністю поліцейських чинів та судових слідчих по розслідуванню злочинів, яка у всіх випадках відбувається під керівництвом прокурора, й пропонував злити дізнання з попереднім слідством в одну форму попереднього провадження, у так зване «прокурорське дізнання»[4]. На наш погляд, з такою точкою

^*Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. — Т. 1 / Печат. по 3-му изд., СПб., 1910. — СПб., 1996. — Т. 2. — С. 374.

Див.: *Макалинский П. В.* Практическое руководство для судебных следователей, состоящих при окружных судах: В 3 ч. — 5-е. изд. — СПб., 1901. — Ч. II Вып. I. — С. 31-32; *Люблинский П. И.* Следователь, как судебный орган // Судебное обозрение. — 1905 — № 50 (4 декабря). — С. 1343; *Полянский Н. Н.* Уголовный процесс: Лекции. — М, 1911. — С. 133—135; *Разин Н. Н.* Уголовное судопроизводство: Пособие к лекциям. — 3-е переем, изд. — Петроград, 1916. — С. 415; та ін.

[3] *Попов П.* Руководство для чинов корпуса жандармов при производстве дознаний. — СПб., 1888. — С . 104-105.

^*Люблинский П. И.* Вказана праця. — С. 1341-1342.

зору не можна погодитися, оскільки аналіз норм СКС свідчить про те, що за своєю сутністю це були різні форми діяльності з розслідування злочинів. Окрім того, більшість дослідників цієї проблеми в той час бачили можливість підвищення ефективності попереднього провадження у кримінальній справі саме через чітке визначення повноважень поліції та судового слідчого, чітке розмежування їх функцій та більш чітке визначення ролі поліції в сприянні попередньому розслідуванню кримінальної справи слідчим .

Відповідно до ст. 249 СКС на поліцію покладався обов'язок сприяння попередньому слідству. З передачею матеріалів кримінальної справи до суду поліція наділялась правом не лише за дорученням слідчого (ст. 260 СКС) або прокурора, а й без таких доручень продовжувати шляхом проведення розшукових заходів збирати додаткові відомості у справі про обставини злочину й надавати їх слідчому чи прокуророві (ст. 255 СКС).

Поліція заміщала судового слідчого в усіх слідчих діях, які не могли бути відкладені: оглядах, освідуваннях, обшуках і виїмках (ст. 258 СКС), коли той довго не прибував на місце події й виникала загроза пошкодження чи знищення слідів. При виконанні слідчих дій поліція керувалася правилами, встановленими для попереднього слідства (ст. 259 СКС).

Судовий слідчий відповідно до статей 269-271 СКС мав право перевіряти, доповнювати та скасовувати всі без винятку дії загальної поліції, як ті, що пов'язані з дізнанням, проведеним відповідно до статей 252-254 СКС, так і пов'язані з проведенням невідкладних слідчих дій згідно зі статтями 258-259 СКС. Крім того, слідчий міг доручати поліції проведення дізнання, збирання довідок, а також вимагати надання допомоги при провадженні досудового слідства у справі. Всі законні вимоги слідчого у кримінальних справах, які перебували в його провадженні, були обов'язковими для виконання чинами загальної поліції.

Характер співвідношення розшукової діяльності поліції з процесуальною діяльністю судового слідчого, прокурора та суду більш докладно розкривається в законодавчих і підзаконних актах того часу, серед яких слід вказати Правила про порядок дії чинів корпусу жандармів

[1] Див.: *Соколов А.* О дознании и розыске // Журнал гражданского и уголовного права. — Кн. 9.— СПб., 1890.— С. 9; *Александров П. Я.* О желательных и возможных улучшениях в положении обвиняемого на предварительном следствии // Юридическая летопись / Под ред. Н. Д. Сергеевского, — 1892. — № 2. — С. 204; *Даневский В.* Наше предварительное следствие, его недостатки и реформа. — М, 1895. — С б .

по дослідженню злочинів від 19 травня 1871 р.[1], що були включені до СКС (статті 58[i], 261[M2], 488[b5] і 1035[b33']), Інструкцію чинам Київської розшукової поліції", у § 89 якої вказувалось на необхідність «пропускати через фільтр дізнання будь-які одержувані у справі агентурні відомості, хоч якими б дивними вони здавалися, і ті з них, що виявляться достовірними, класти в основу дізнання»[3].

Відповідно до Правил про порядок дії чинів корпусу жандармів по дослідженню злочинів та низки норм СКС жандармерія зараховувалася до числа учасників кримінального процесу. їй надавалося право проведення дізнань у державних і загальнокримінальних злочинах. Тим самим Окремий корпус жандармів перетворювався на «орган досудового дослідження протиправних діянь». Дізнання у справах про державні злочини суттєво відрізнялося від дізнання в інших категоріях справ. У своїх діях по проведенню дізнання у справах про державні злочини жандармська поліція не підпорядковувалася судовій владі, а здійснювала свої функції лише під наглядом прокурора (1035[5] СКС). СКС встановлював, що загальна поліція й приватні особи зобов'язані доводити до відома жандармської поліції всі зазначені в статтях 1030 і 1031 СКС державні злочини. У ході проведення дізнання жандармській поліції надавалося право проводити слідчі дії, перелічені в ст. 258 СКС: огляди, освідування, обшуки (з опечатуванням документів), виїмки, а також початкові допити (ст. 1035[й] СКС), викликати свідків, поінформованих осіб і перекладачів (ст. 1035[20] СКС), вживати заходів до розшуку обвинуваченого, що сховався від переслідування (ст. 1035[21] СКС). Крім того, в установленому порядку жандармська поліція могла проводити огляд та виїмку поштової і телеграфної кореспонденції (368 , 1035 ' СКС) і брати під варту обвинувачених (ст. 1035[14] СКС). При проведенні слідчих дій, передбачених ст. 258

[1] Высочайше утвержденные Правила о порядке действия чинов корпуса жандармов по исследованию преступлений // Полное собрание законов Российской Империи. Собрание 2-е. Т. XLVI. — Отделение 1-е, 1871. — СПб., 1874. — С. 591-594. —№ 49615.

[2] Інструкція чинам Київської розшукової поліції була складена завідуючим розшуковою частиною за розпорядженням київського поліцмейстера й схвалена прокурором окружного суду та затверджена 3 січня 1905 р. київським губернатором. — Центральний державний історичний архів України. — Ф. 442. — Оп. 635. — Спр. 66.

[3] Вперше на території України розшукова поліція була створена у Києві в березні 1873 р. як експеримент на кошти міської думи. Проіснувала вона рік і була скасована через відсутність коштів у міській казні. 14 червня 1880 р. на підставі припису київського губернатора при міській поліції була створена розшукова частина, до складу якої входили: завідуючий, його помічник, сім агентів, вісім прикомандированих від ділянок городових. На розшукову частину покладалося попередження, розкриття кримінальних злочинів і розшук злочинців. — Центральний державний історичний архів України. — Ф. 442. — Оп. 518. — Спр. 115.

СКС, а також при застосуванні заходів, спрямованих на перешкоджання підозрюваному сховатися від слідства, у випадках, перелічених у ст. 257 СКС, чини жандармерії дотримувалися правил, встановлених СКС для провадження досудового слідства, що давало можливість актам дізнання, проведеного жандармами в політичних злочинах, як слушно зазначають правники того часу, заміняти акти досудового слідства[1] . Таким чином, дізнання жандармерії в більшості кримінальних справ фактично підміняло досудове слідство. Для розгляду справ у суді достатньо було обвинувального висновку прокурора, складеного на підставі матеріалів проведеного жандармською поліцією дізнання.

При провадженні попереднього слідства у справах про державні злочини, яке проводилося за пропозицією прокурора судовим слідчим відповідно до статей 1037, 1037[i] СКС (в ред. від 1 червня 1904 р.), останній мав право дати доручення як безпосередньо, так і через прокурора, що здійснював нагляд за слідством, чинам корпусу жандармів здійснити огляд та виїмку поштової або телеграфної кореспонденції, збір довідок та інших даних. Провадження попереднього слідства у справах про державні злочини покладалося за пропозицією прокурора окружного суду на судових слідчих з важливих чи особливо важливих справ, а також з особливого дозволу прокурора судової палати на судових слідчих та мирових суддів (дільничних і додаткових), що заміщали їх у деяких місцевостях імперії. За вказівкою міністра юстиції провадження у цих справах могло були покладено на судових слідчих з важливих справ чи на одного з членів судової палати (ст. 1036 СКС у ред. від 16 червня 1905 р.). При провадженні попереднього слідства у справах про державні злочини особи, що його проводили, та прокурор наділялися тими ж правами, що й посадові особи при здійсненні загального судочинства (ст. 1037 СКС в ред. від 7 червня 1904 р.).

Закон Російської імперії від 6 липня 1908 р. «Про організацію розшукової частини»[2] розглядав розшукову роботу як допоміжні заходи

[1] Див.: *Попов П.* Руководство для чинов корпуса жандармов при производстве дознаний. — СПб., 1888. — С. 158-171; *Мордухай-Болотский В. П.* Сборник Узаконений для руководства чинов полицейских и корпуса жандармов при исследовании преступлений по судебным Уставам 20 ноября 1864 года правилам, Высочайше утвержденным 19 мая 1871 года, и позднейшим узаконением. — СПб., 1875. — С. 76-77; *Posim П. Н.* Уголовное судопроизводство: Пособие к лекциям. — 3-е переем, изд. — Петроград, 1916. — С. 146-147, 464; *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. — Т. 1 / Печат. по 3-му изд., СПб., **1910. — СПб.,** 1996. — Т. 2. — С. 374; та ін.

[2] Закон об организации сыскной части // Собрание узаконений и распоряжений правительства, издаваемое при правительствующем сенате. 1908. Отдел 1-й. 2-е полугодие. — СПб., 1908. — С . 1580-1584. —№ 730.

у вирішенні завдань кримінального судочинства. На виконання вищезазначеного Закону було затверджено низку інструкцій та циркулярів Департаменту поліції щодо організації розшуку, переважно із застосуванням негласних заходів, які не передбачалися СКС, або хоча й передбачалися, та докладно не регламентувалися. В Інструкції чинам розшукових відділень від 9 серпня 1910 р. зазначалося, що розшукові відділення мають метою своєї діяльності негласне розслідування і проведення дізнання у вигляді попередження, припинення й розслідування злочинних діянь загальнокримінального характеру. Для виконання цих завдань через своїх чинів вони здійснювали систематичний нагляд за злочинними і «порочними елементами» шляхом залучення негласної агентури й зовнішнього спостереження (§1,2, 7, 9). Циркуляром від 18 листопада 1911 р. чинам розшукових відділень було приписано займатись тільки кримінальним розшуком, але їх робота часто перехрещувалась і з політичним розшуком[1]. Основною причиною цього було те, що чисельність жандармерії не відповідала потребам боротьби з політичною злочинністю.

Заходи розшуку залежали від його суб'єктів та їх правового статусу. Основними заходами політичного розшуку, окрім визначених у ст. 254 СКС, у пореформені часи були: внутрішнє й зовнішнє спостереження, перлюстрація кореспонденції, а основними методами— агентурне проникнення та провокація*.

Серед заходів кримінального розшуку вказувалися: огляди особи й речей, публікації в газетах, обходи нічліжних притулків; переслідування злочинця «по гарячих слідах» і використання даних криміналістичних обліків, словесні розпити (опитування) й негласне спостереження[3].

Перлюстрація кореспонденції передбачалася як розшуковий захід і як слідча дія, яка докладно регламентувалася СКС (статті 386 , 1035[й],

Див: *Ярмыш А. Н.* Карательный аппарат самодержавия на Украине (1895-1917 гг.): Дне. ... д-ра юрид. наук. — Харьков, 1991. — С. 98; Наказ по Корпусу жандармів про роботу щодо революційного руху від 3 серпня 1910 року. *Ченцов В.* Свідчать документи. Політичний розшук у царській Росії. Жандармерія і охранка// 3 архівів ВУЧК-ГПУ-НКВД-КГБ: Наук, і докум. журн. — К., 2001. — № 2. — С 76-77.

[2] Див.: *Федоров С. Е.* Политический розыск в царской России в начале XX века: средства и методы: Дис. ... канд. юрид. наук. — Харьков, 1992. — С. 17-98, 99-147; *ПерегудоваЗ. И.* Политический сыск России (1880-1917 гг.).— *Ш,* 2000,— С. 171-174, 195-216, 275-288; *Жаров С. Н.* Обеспечение законности оперативно-розыскных мероприятий в Российской империи // Правоведение. >— 2001. — № 5. — С. 189-200.

[3] Див.: *Фойтщкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства: В 2 т.— Т. 1 / Печат. но 3-му изд., СПб., 1910.— СПб., 1996.— Т. 1, — С. 290.

1037, 1089[4]). Згідно із Законом від 30 жовтня 1878 р. «Про огляд і виїмку кореспонденції осіб, проти яких порушено кримінальне переслідування»[1] вона проводилася за рішенням окружних судів, слідчих, міністра внутрішніх справ і юстиції при проведенні дізнання чинами Окремого корпусу жандармів у державних злочинах щодо осіб, проти яких порушено кримінальне переслідування. У статті 1035[й] СКС зазначалося, що в разі необхідності огляду чи виїмки поштової або телеграфної кореспонденції такі огляди або виїмка здійснюються за погодженням особи, яка проводить дізнання, з особою, що здійснює прокурорський нагляд. Правові норми, які докладно регулювали перлюстрацію, були викладені в Циркулярі Міністра внутрішніх справ від 5 січня 1893 р.

Розшук підозрюваних у шпигунстві, а також осіб, що переховувалися від органів слідства та суду, здійснювався органами контррозвідки, які наділялися правом органу дізнання, проте основною функцією їх була контррозвідувально-пошукова робота, яка полягала у виявленні ознак шпигунської діяльності представників іноземних розвідок та їх агентури з числа підданих Російської імперії[3].

Указуючи на важливість дізнання для попереднього слідства, О. А. Квачевський влучно зазначав: «Попереднє слідство обставлене

[1] Об осмотре и выемке корреспонденции лиц, против коих возбуждено уголовное преследование: Высочайше утвержденное мнение Государственного Совета, распубликованное 28 ноября // Полное собрание законов Российской Империи. Собрание 2-е. — Т. LIII. — Отделение 1-е 1878. — СПб., 1880. — С. 212-213. — № 58967.

[2] Див.: *Жаров С. Н.* Обеспечение законности оперативно-розыскных мероприятий в Российской империи // Правоведение. — 2001. — № 5. — С. 198.

[3] Органи контррозвідки в Російській імперії, до складу якої входила й частина сучасної України, були створені 20 січня 1903 р. напередодні російсько-японської війни для ведення контррозвідувальної роботи серед дипломатичних представництв. З 8 червня 1911 р. і до Лютневої революції 1917 р. було прийнято низку правових актів щодо організації цієї роботи. Так, відповідно до Положення про контррозвідувальні відділення та Інструкції начальникам контррозвідувальних відділень від 8 червня 1911 р. на контррозвідувальні органи покладалося своєчасне виявлення осіб, що займалися розвідкою для іноземних держав, і вжиття заходів до перешкоджання розвідувальній роботі цих держав проти Росії, оскільки, як зазначалося в документах того часу, органи політичного розшуку виявилися неспроможними вести боротьбу із зростаючим шпигунством (хоча така боротьба залишалася однією з їх функцій і після створення контррозвідувальних органів). Важливе правове й організаційно-тактичне значення для діяльності контррозвідки мали також Настанова з контррозвідки та Інструкція агентові спостереження, затверджені Верховним головнокомандувачем 6 червня 1915 р.

Поняття «контррозвідка» у досліджуваний період використовувалося лише для позначення контррозвідувальної діяльності, що була основною функцією органів контррозвідки, а поняття «розвідка» і «розвідувальна діяльність» — для позначення діяльності розвідувальних органів, не пов'язаної з кримінальним процесом. — Из истории русской контрразведки: Сб. документов. — М, 1946; *Венедиктов Б. Н.* Органы русской военной контрразведки (1911-1917 гг.) // Труды ВШ КГБ. — 1979. — № 18. — С. 92-96; *Яковлев Л. С.* К вопросу о методах борьбы военной контрразведки России со шпионажем в начале XX века // Там само. — С. 105.

такими формами й обрядами, поєднане з такими примусовими й тяжкими заходами для осіб, щодо яких воно здійснюється, що не може проводитися на вдачу без дійсної необхідності, а тому слідчому, перш ніж розпочати слідство, необхідно мати беззаперечні дані, які свідчать, що злочин, який підлягає розслідуванню, дійсно вчинено, що слідчі дії будуть ним проведені не без користі, а за справжньої необхідності та на розумних підставах. Перш ніж прийняти рішення на проведення слідства, на прийняття тих чи інших заходів, слідчий повинен мати попередньо зібрані дані, які б виводили його на пряму дорогу до істини, а не примушували його блукати в темряві, які б вказували, з якими особами та предметами він повинен мати справу, дали б можливість скласти план дій, були б надійною запорукою того, що його розпорядження щодо підозрюваних осіб — справедливі»[1].

Виходячи з аналізу норм СКС та наукових досліджень можна зробити висновок, що попереднє слідство за СКС було засноване на розшукових засадах, що певною мірою впливало на особливості використання матеріалів розшуку в кримінальному провадженні як приводів та підстав до порушення провадження у кримінальній справі, проведення слідчих дій та отримання доказів, а також у виконанні доручень судового слідчого, прокурора й суду із забезпечення досудового розслідування кримінальних справ та їх судового розгляду поліцейськими чинами й обумовлювало характер взаємозв'язку розшукової діяльності органів розшуку та процесуальної діяльності органів попереднього слідства, прокурора й суду.

Слід зазначити, що СКС не передбачав як самостійний привід до порушення провадження у кримінальній справі матеріали поліцейського розшуку, однак серед таких приводів вказувалися: «повідомлення поліцейських» при порушенні кримінальної справи мировим суддею (п. 2 ст. 42 СКС) і «повідомлення поліції» — при порушенні справи судовим слідчим (п. 2 ст. 297 СКС), а як привід до дізнання у державних злочинах, яке прирівнювалося до попереднього слідства, —- «негайне повідомлення чинами корпусу жандармів або поліції Прокурора Окружного суду про будь-яку зловмисність, що містила ознаки злочинів, вказаних у ст. 1030 і 1031 (ст. 1035 СКС вред. 1 червня 1904р.)»[2]. Надаючи великого значення обгрунтованості початку попереднього

[1] *Квачевский А. А.* Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по судебным уставам 1864 года. Теоретическое и практическое руководство. — Ч. II: О дознании и розыске. —СПб., 1867. — Ч. 2. — С. 4.

[2] Устав уголовного судопроизводства / Составитель А. М. Нюренберг. — М., 1914.

розслідування злочинів, у ст. 262 СКС законодавець прямо зазначав, що попереднє слідство не може бути розпочато слідчим без законних для того приводів і достатніх підстав. У зв'язку з цим ст. 312 СКС встановлювала, що прокурор і його товариші не повинні вимагати початку слідства без достатніх для цього підстав. У сумнівних випадках вони зобов'язані зібрати відомості за допомогою негласного поліцейського розвідування. При цьому поняття достатніх підстав для порушення кримінальної справи в СКС не розкривалося, проте в теорії кримінального процесу того часу під достатніми підставами розумілася «причина внутрішньої властивості»[1] чи «фактичні підстави, які є джерелом припущення про наявність злочину»[2].

Хоча в СКС прямо не зазначалося, проте аналіз низки його статей дозволяє зробити висновок, що СКС передбачав використання результатів розшуку як підстав для проведення обшуку й виїмки в будинках або інших житлових приміщеннях. Так, у ст. 357 СКС прямо вказувалося, що обшуки й виїмки в будинках та інших житлових приміщеннях провадяться лише у випадку ґрунтовної підозри, що в цих місцях приховані: обвинувачений чи предмет злочину, чи речові докази, необхідні для пояснення справи. Така «ґрунтовна підозра» могла виникнути й при проведенні будь-яких розшукових заходів, у тому числі й перлюстрації кореспонденції. У цьому контексті слід зазначити, що відомості, отримані в процесі перлюстрації як розшукового заходу, вважалися агентурними й не могли використовуватися як докази в кримінальному процесі. На них заборонялося посилатися в бесідах з агентами, особами, які перебували під слідством. Виняток робився лише для даних, яким надавався офіційний характер, тобто легалізованих, наприклад листів, виявлених під час обшуку, арешту, «випадково» загублених тощо, проте вони в ході попереднього слідства широко використовувалися в організаційно-тактичних цілях.

Дані візуального спостереження могли бути використані у кримінальному процесі при допиті агентів чи філерів як свідків. При цьому циркуляром №2821 від 20 березня 1903 р. начальникам губернських жандармських управлінь і охоронних відділень приписувалося, щоб чини Корпусу жандармів: 1) допускали залучення агентів, які здійснювали спостереження, як свідків до справ, що ведуться в управліннях,

[1] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. — Т. 1 / Печат. по 3-му изд., СПб., 1910. — СПб., 1996. — Т. 2. — С. 66.

[2] *Случевскш В.* Учебник русского уголовного процесса. Судоустройство-судопроизводство. — СПб., 1913. — С. 445.

тільки у виняткових випадках за умови гострої в тому потреби; 2) допит агентів, що здійснювали спостереження, проводили не інакше як у приміщеннях тієї розшукової установи, де такі агенти перебували на службі; 3) при допиті агентів спостереження не допускали висування до них з боку осіб, що проводять дізнання, вимог пояснення щодо способів здійснення зовнішнього спостереження, можливого відношення їх до внутрішньої агентури, а також пояснень щодо їх службового положення»[1]. Важливе значення для організаційно-тактичних засад зовнішнього спостереження, а також використання його результатів у кримінальному процесі мала Інструкція начальникам охоронних відділень щодо організації зовнішнього (філерського) спостереження № 51, 1907 р., в якій також закріплювалися основні положення, що були викладеш в Циркулярі № 2821 від 20 березня 1903 р.[2]

У Циркулярі Департаменту поліції № 126034 від 2 березня 1908 р. зазначалося, що «плідності розшуку в розумінні можливості судового переслідування сприятиме уважне ставлення агентури до виявлення осіб, які можуть бути допитані як свідки»[3].

Водночас у нормативних актах поліції зверталася увага на важливість зміцнення агентурного апарату як основного засобу своєчасного отримання інформації про протиправні діяння для подальшого її використання в інтересах кримінального процесу. Так, у § 1 Інструкції про організацію і ведення внутрішнього (агентурного) спостереження зазначається, що «в обов'язок особи, до відання якої входить політичний розшук, становиться перш за все набуття і збереження внутрішньої таємної агентури — єдиного й достатньо надійного засобу, що забезпечує поінформованість»[4].

Особливе значення для отримання доказів у кримінальній справі мала розшукова робота поліції, що проводилася філерами, у ході якої добувалася цінна доказова інформація для попереднього розслідування й суду. Лише використовуючи негласне спостереження філерів, можна було в тих умовах отримати цілісну інформацію про пересування об'єктів спостереження, їх контакти, докладно задокументувати

[1] *Чепцов В.* Свідчать документи. Політичний розшук у царській Росії. Жандармерія і охранка // З архівів ВУЧК-ГПУ-НКВД-КГБ: Наук, і докум. журн.. — К., 2001. —№ 2. — С 210.

[2] Инструкция № 51 по организации наружною (филерского) наблюдения, 1907 г. // Державний архів Донецької області.— Ф. 32. — Оп. 1. — Спр. 8.—Арк. 10-18.

Жаров С. Н. Обеспечение законности оперативно-розыскных мероприятий в Российской империи // Правоведение. — 2001. — № 5. — С. 193.

[4] *Федоров А. В., Шахматов А. В.* Правовое регулирование содействия граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность. — СПб., 2005. — С. 214.

обставини вчиненого злочину тощо. Отримана ними інформація, як правило, використовувалася в організаційно-тактичних цілях для проведення слідчих дій і отримання доказів у кримінальній справі, а також слугувала приводами та підставами для проведення окремих слідчих дій та прийняття інших процесуальних рішень. Розшифровка філерів для участі в кримінальному процесі допускалася лише у виняткових випадках.

У Циркулярі Департаменту поліції № 102 від 16 січня 1914 р. з цього приводу вказувалося, що «використання філерів як свідків може мати місце лише в тому випадку, коли обвинувачення ґрунтується винятково на даних ними показаннях». У той же час у цьому документі застерігалося, що «потреба ця відпадає, якщо супроводжувана ними особа розшукується за Циркуляром Департаменту поліції чи вимогою інших установ або посадових осіб» , тобто коли були сподівання на можливість отримання інших доказів вини обвинуваченого.

Ухвалою Сенату від 25 травня 1871 р. для підвищення ефективності розшуку та обмеження порушень прав людини при його здійсненні прокурорам судових палат надавалося право давати чинам поліції (у межах судового округу) інструктивні роз'яснення щодо порядку проведення розшуків і дізнань, що позитивно впливало на якість розшуку та поліцейського дізнання і можливості використання їх результатів в інтересах кримінального судочинства.

Так, прокурор Харківської судової палати В. І. Давидов зазначав, що його спонукало підготувати й видати Інструкцію з виявлення й дослідження злочинів, яка призначалася чинам поліції цього округу для обов'язкового використання її в розшуковій діяльності, розкиданість норм про розшук у СКС, інших законах, а також різне розуміння тими чи іншими чинами поліції тієї самої правової вимоги.

Відповідно до цієї Інструкції поліція зобов'язувалася виявляти злочини і провини, а при дослідженні їх судовою владою сприяти їй в цьому. Завдання поліції полягало в тому, щоб, наскільки можливо, визначити, чи дійсно, яка і за яких обставин відбулася подія, що містить у собі ознаки злочину чи провини; хто і чому саме у вчиненні злочину підозрюється; хто і що може бути доказом для розкриття злочину чи провини, а також не допустити, щоб підозрюваний сховався, а сліди злочину стерлися (§ 2).

[1] *Ченцов В.* Свідчать документи. Політичний розшук у царській Росії. Жандармерія і охранка охранка // З архівів ВУЧК-ГПУ-НКВД-КГБ: Наук, і докум. журн. — 2001. — № 2. — С 210-212.

В Інструкції підкреслювалося, що збирання щодо цього відомостей і вжиття заходів, потрібних для зазначених цілей, і «становить дізнання чи розшуки». У ній же визначалося, що розшукова діяльність поліції починалася: а) за власним розсудом; б) за пропозиціями осіб прокурорського нагляду; в) за повідомленнями посадових осіб; г) за явкою з повинною; д) за оголошеннями і скаргами приватних осіб (§ 3). Ця діяльність мала здійснюватися без свідків або понятих за допомогою негласних розшуків, словесних розпитів, неформального особистого посвідчення, негласного спостереження, збирання письмових і словесних довідок та ін. (§ 13). Особливо рекомендувалося уникати розпитувань осіб, на яких за наявними відомостями падала підозра у вчиненні ними досліджуваного злочину; спостерігати за ними негласно, не даючи їм приводу помічати це, і до розпитування їх звертатися лише у разі безуспішності інших способів розшуку (§ 19) . Аналогічні Інструкції були видані й іншими прокурорами Судових палат Російської імперії[2].

Отже, аналіз норм СКС та інших законодавчих і відомчих нормативних актів, що регламентували розшукову діяльність, дозволяє зробити висновок і про те, що результати розшуку використовувалися як підстави для проведення допитів обвинуваченого, свідка, потерпілого, огляду, обшуку, виїмки, прийняття інших процесуальних рішень (наприклад, застосування запобіжних заходів), а також в організаційно-тактичних цілях проведення слідчих дій, хоча в жодній зі статей СКС на це прямо не вказувалося.

Статті СКС не передбачали і можливість використання результатів розшуку як доказів у кримінальному процесі. Дослідження норм СКС дає підстави для висновку, що акти органів дізнання кримінальної поліції за своєю формою та юридичною силою не були тотожними актам, які складалися жандармською поліцією і судовим слідчим. Відповідно до СКС прокурор не мав права посилатися в суді на результати поліцейського дізнання, але йому дозволялося залучати під час судового розгляду кримінальної справи протоколи проведених судовим слідчим дій, підставами проведення яких могли бути результати розшуку поліції, яка здійснювала супровід його діяльності. Не визначав

[1] Инструкция чинам полиции по обнаружению и исследованию преступлений Прокурора Харьковской Судебной Палаты В. И. Давыдова. — Харьков, 1898.

Инструкция чинам полиции по обнаружению и исследованию преступлений Прокурора Санкт-Петербургской Судебной Палаты Н. В. Муравьева. — СПб., 1884; Инструкция чинам полиции по обнаружению и исследованию преступлений Прокурора Московской Судебной Палаты А. В. Степанова. — М., 1911; та ін.

СКС і поняття доказів, однак у низці його статей (статті 103, 104, 141 , 159, 304, 308, 357-370, 371-376, 398^114, 630, 733-734 та ін.) встановлювалася процедура їх отримання та оцінки, що дає підстави для висновку, що результати розшуку в доказуванні у справах про так звані загальнокримінальні злочини використовувалися лише в організаційно-тактичних цілях (для встановлення фактичних даних та їх джерел, що становили достатні підстави для проведення відповідних слідчих дій з метою отримання конкретних видів доказів). Винятком було лише жандармське дізнання, яке включало розшук та прирівнювалося до попереднього слідства. В окремих випадках його результати використовувалися як докази у кримінальних справах, проте їх використання через необхідність, з одного боку, тримання в таємниці джерел інформації й неможливість їх легалізувати, а з іншого — дотримання встановлених СКС засад доказування у кримінальній справі мало проблемний характер, про що яскраво свідчить, наприклад, виступ у 1906 р. у справі петербурзької групи РСДРП («Процес 44-х») присяжного повіреного В. Новикова, який почав свою промову словами: «Панове судді! Адже це не новий факт, що жандармське дізнання, хоча б і проведене в порядку Статуту кримінального судочинства, не є вірогідним і що наша політична поліція не стоїть на висоті свого призначення, і дізнання, проведене нею, не має ніякої ціни. Майже на кожній сторінці обвинувального акта є фраза: «За отриманою охоронним відділенням інформацією», «до відома охоронного відділення дійшло». Що це за фрази? Що це за інформація?»[1].

Таким чином, визначені СКС засади доказового права, що встановлювали вимоги до судових доказів, а також до процедури їх отримання й використання для обґрунтування рішень у кримінальній справі, наявність інституту присяжних засідателів, змагальність сторін при судовому розгляді кримінальних справ, у якій сторона захисту мала належне місце, перешкоджали використанню в кримінальному судочинстві як доказів таких даних, які були непереконливими й отримані з відхиленнями від процесуальної форми їх одержання, що створювало певні гарантії незасудження осіб, невинуватих у вчиненні злочину.

У процесуальній літературі того часу не було єдності думок щодо визначення поняття судових доказів. Суть доказів розглядалася як результат розумової діяльності. Доказами визначалося «все те, що наповнює світ матеріальний, що може бути нами прийнято із світу

[1] Молодая адвокатура. — СПб., 1908. — С. 236.

^озного»[1], «те, що робить нас упевненими в істині відомого припу-
. е**Ня»[2], «відомості про факти, які мають до них будь-яке відношення
Дають можливість з точністю встановити їхню достовірність» .
' -Ц- Спасович з цього приводу писав: «Коли ми пізнаємо відомі яви-
ща . = Коли зі змісту, зв язку и відносин між предметами ми доходимо
^°!Vtoro переконання, то ми називаємо ті дані, що породили у нас це
Р^Конання, доказами»[4].

У Слід зазначити, що вже перші пореформені роки другої половини
^ ст. показали недоліки в організації розшукової діяльності, полр
^ського дізнання, попереднього слідства, що негативно позначалося
^відправленні правосуддя й у цілому на розумінні характеру взаємо-
й я 3ку розшукової діяльності й кримінального процесу. Серед таких
е Аоліків вченими й практиками того часу називалися: відсутність
Хвильної організації розшуку, невизначеність ролі поліції в попере-
ь Ому слідстві, тобто відношення поліції до юстиції, змішування та-
лиських і судових функцій в особі судового слідчого, нечіткість ви-
вчення прокурорських форм нагляду за діяльністю поліції і попере-
^ИіїУ[сл і д СТВ0М) що негативно впливало й на використання результатів
^°[3]щукової діяльності в кримінальному процесі .

Підкреслюючи важливість розшуку для забезпечення попередньо-
0 слідства та відправлення правосуддя, член Орловського окружного
С ^У В. Федотов-Чеховський у 1897 р. справедливо зазначав, що «без
вращения розшуку ніякі реформи слідства не дадуть Росії суттєвої
°РИсті. Очікувати від одного лише судового слідчого позитивних ре-

р п ' *Владимиров Л. В.* Учение об уголовных доказательствах. Части общая и особенная.
Пб -> 1910. — С. 100.

[2] *Кистяковский А. Ф.* Общая часть уголовного судопроизводства.— Киев, 2005.-

[3] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. — Т. ,1 / Печат. по 3-му
л -> СПб., 1910. — СПб., 1996. — Т. 2. — С. 166.

[4] *Спасович В. Д.* О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и
^Производством. — СПб., 1861. — С. 7-8.

Див.: *Пушкин Е.* По поводу предстоящей реформы следственной части // Юридический
Вест НИк.— 1882.— Т. IX.— № 3 4 — С. 481; *Селиванов Н.* Судебно-полицейский розыск
8 а с И во Франции // Юридический вестник. — 1884. — № 2. — С. 293; *Соколов А.* О дозна-
Иі і И розыске // Журнал гражданского и уголовного права. — Кн. 9. — СПб., 1890. — С. 9;
п Ив *нский П. Н.* Предстоящая реформа в нашей следственной части как средство устранения
З'вЧаемых в ней недостатков// Юридический вестник.— 1891.— Т. VII.— № 1.—
1- — С. 81-82; *Александров П. Я.* О желательных и возможных улучшениях в положении
Віі Няемого на предварительном следствии // Юридическая летопись / Под ред. Н. Д. Сер-
бского. — 1892. — № 2. — С. 204; *Даневский В.* Наше предварительное следствие, его не-
*с Татки и реформа. — М., 1895. — С. 6; *Духовской М. В.* Русский уголовный процесс. — М.,
°5- — С. 105;таін.

зультатів у слідчій справі так само безпідставно, як чекати від художника картини без пензля, фарб і полотна»[1].

На важливість розшуку для досудового слідства й відправлення правосуддя вказував і відомий правник того часу М. І. Селіванов, слушно зауважуючи: «якщо між закінченням злочину і початком розшуку минув порівняно невеликий проміжок часу й очевидність доказів зникає, з'являється туманна галузь здогадних припущень, і в дев'яти з десяти випадків доводиться задовольнятися сподіванням, що винні піддадуться карі Божій, а справу здадуть до архіву»[2]. Подібна думка висловлювалася й іншими фахівцями того часу[3].

. Критично оцінюючи інститут досудового слідства за СКС 1864 р. та інформаційно-забезпечувальну роль розшуку в досудовому слідстві, М. Т. Таганцев справедливо вказував, що судовий слідчий є: «чиновник міністерства юстиції, командирований для виконання обов'язків судового слідчого, такий, що інколи не отримав юридичної освіти, що інколи недавно залишив шкільну лаву, цілком залежний від міністерства, у якихось ненормальних напівпідлеглих відносинах до прокурорського нагляду, не визнаний за члена суду ні судом, ні суспільством, дрібний судовий чиновник в очах адміністрації, сам обтяжений своїм положенням, такий, що дивиться на службу судового слідчого як на перехідний щабель, на більш-менш тривале й неприємне випробування, що бореться у своїй діяльності з різноманітними не передбаченими законом перешкодами при недостатній або недотепній допомозі поліції й при недоцільному сприянні прокурорського нагляду»[4].

Відзначаючи недосконалість взаємодії розшуку й досудового слідства, що закономірно впливало й На характер використання результатів розшуку в кримінальному процесі, окремі правники в той час навіть писали, що «поліцейського розшуку зовсім не існує і діяльність цього роду або добровільно приймає на себе судовий слідчий, або слідство взагалі обходиться без неї»[5].

Цит. за: *Статкує В.* Ответ «реформаторам» // Новое время. — 1990.- №33. — С. 29.

Селиванов Н. Судебно-полицейский розыск у нас и во Франции // Юридический вестник. — 1884. — № 2. — С. 292.

Див.: *Закревский И.* О желательных изменениях в судебных уставах// Журнал гражданского и уголовного права. — 1882. — Кн. 11. — С. 36.

Таганцев Н. Т. Судебный следователь по судебным уставам и в действительности // Журнал гражданского и уголовного права. — 1882. — Кн. 3. — С. 115.

Див.: *Соколов А.* О дознании и розыске // Журнал гражданского и уголовного права. — Кн. 9. — СПб., 1890. — С. 9-10; *Пушкин Е.* По поводу предстоящей реформы следственной части // Юридический вестник, — 1882. — Т. IX. — № 3-4. — С. 474, 480^194.

Хоча взаємодія розшуку з кримінальним процесом за СКС та прийнятими на його підставі іншими законодавчими та підзаконними нормативними актами й мала певні недоліки, проте в цілому після прийняття СКС була створена нормативна база, яка підвищила ефективність діяльності органів розшуку з виявлення фактичних даних та їх джерел про ознаки злочину й спрямувала її на забезпечення попереднього слідства, судового вирішення справи та виконання судового рішення, що відіграло позитивну роль у розвитку розшукової та кримінально-процесуальної діяльності й позитивно вплинуло на характер їх взаємозв'язку.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що в досліджуваний період особливості використання матеріалів розшукової діяльності в інтересах кримінального судочинства обумовлювалися характером взаємозв'язку розшукової діяльності й кримінального процесу, який, у свою чергу, залежав від типу (форми) кримінального процесу в той чи інший період його становлення та розвитку.

Зі зміцненням державності поступово витісняється приватно-позовний (обвинувально-змагальний) процес, змінюючись на розшуково-слідчий (інквізиційний), який спочатку здійснювався виключно при розслідуванні справ про державні злочини, а згодом поширився й на інші злочини. У добу козацтва (1480-1775 рр.) на сучасних українських землях, які входили до складу Литви, Польщі, Речі Посполитої, у XIV-XVIII ст., а також на тих землях, що у XVI-XVII ст. входили до складу Російської держави, термін «розшук» мав потрійне значення. Він означав встановлення істини під час розслідування обставин справи; під розшуком розумілася особлива форма судочинства — слідчо-розшуковий процес, в якому не було розмежування розшукових заходів та слідчих дій; розшук також мав значення дій з розшуку й затримання запідозрених осіб уповноваженими на це особами.

Змішаний кримінальний процес, що був впроваджений реформами 60-х років XIX ст., поєднував у собі ознаки розшукового процесу (де вирішальна роль на попередньому слідстві була відведена судовому слідчому й прокурору, які були уповноважені застосовувати до підозрюваного й обвинуваченого примусові заходи, а поліція виконувала інформаційну й розшуково-забезпечувальну функції попереднього слідства) і змагального (судовий розгляд справи проводився на засадах розподілу процесуальних функцій та процесуальної рівності сторін і змагальності). За СКС 1864 р. розшук включався до дізнання, яке проводилося поліцією, й був його невід'ємною, переважно таємною частиною.

§ 2. Використання матеріалів розшукової діяльності у кримінальному процесі в радянську добу до прийняття КПК України 1960 р.

У різні періоди радянської доби в Україні характер взаємозв'язку розшукової діяльності й кримінального процесу мав певні особливості, що закономірно впливало й на особливості використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі. Загальним для такого взаємозв'язку було те, що за весь час існування радянської влади таємна розшукова діяльність не була законодавчо врегульована і здійснювалася лише на підставі директив ВКП(б) — КПРС, а також таємних відомчих нормативно-правових актів. Про існування таємної розшукової діяльності уповноважених органів аж до кінця 50-х — початку 60-х років (до прийняття кримінально-процесуального законодавства Союзу СРСР та союзних республік) не було й згадки у законодавчих актах того часу, в тому числі й у КПК України 1922, 1927 років[1].

Слід зазначити, що після жовтневих подій 1917 р. і встановлення радянської влади на більшій частині Російської імперії, у тому числі поступово й на більшій частині сучасної України, нова влада повністю зруйнувала попередню організаційно-правову систему правоохоронних і судових органів та її інститути. Розпочалася розбудова нових органів, відбулися корінні зміни у сфері розшуку й використанні його результатів у кримінальному процесі, що визначило характер взаємозв'язку розшукової і процесуальної діяльності.

Провідну роль у розшуковій діяльності радянської доби відігравав спеціальний орган — Всеросійська надзвичайна комісія (ВНК) — згодом ДПУ, НКВС, КДБ. Всеросійська надзвичайна комісія була створена постановою РНК Росії від 20 грудня 1917 року як орган по боротьбі з контрреволюцією і саботажем. Протягом всього періоду існування цей орган виконував розвідувальні, контррозвідувальні функції, а також функції контролю над суспільством і боротьби з окремими видами злочинів, які на різних етапах розвитку держави вважалися найнебезпечнішими для існуючої влади. Для цієї боротьби використовувалися як оперативно-розшукові, так і кримінально-процесуальні засоби (ОРД, дізнання, досудове слідство, аз 1934 по 1954р.— і винесення

[1] Враховуючи, що положення законодавства радянської Росії, які регулювали розшукову діяльність і кримінальний процес, а також система органів, що функціонували в цій сфері, були майже цілком відтворені в Україні із встановленням на її території радянської влади і в подальшому вони розвивалися паралельно, висвітлення їх окремих аспектів відображено в цій роботі.

рішень у кримінальних справах замість суду). У певні періоди історії цей орган об'єднував органи державної безпеки і внутрішніх справ.

На початковому етапі свого існування ВНК відмовилася від форм -. та методів кримінальної і політичної поліції царського режиму, проти яких завжди виступали революціонери, в тому числі й від інституту агентури (негласних інформаторів), вважаючи його «реакційним рудиментом царського режиму». В основу діяльності ВНК було покладено особистий розшук за фактом вчинення злочину. Однак вже перші місяці функціонування цього органу показали помилковість такого підходу, оскільки без цього інституту жодна із поліцій та спецслужб світу обійтися не може.

Тому вже через декілька місяців інститут агентури ВНК був не лише відновлений, а й спрямований на тотальний контроль за всіма верствами суспільства, що тривав протягом всього існування тоталітарного радянського режиму. З цього часу до змісту розшуку включалася й розвідувально-пошукова робота уповноважених органів (кримінального розшуку, політичного розшуку та органів контррозвідки). Ідеологічним підґрунтям для цього було висловлення Леніна про необхідність придушення імущих класів «тими засобами, якими вони придушували пролетаріат» .

Сутність діяльності цього репресивного органу вже в 1918 р. проголосив майбутній голова Всеукраїнської надзвичайної комісії (ВУНК) М. Лацис: «Ми не ведемо війни проти окремих осіб. Ми винищуємо буржуазію як клас. Не шукайте на слідстві матеріалів і доказів того, що обвинувачений діяв словом чи ділом проти Рад. Перше питання, яке ви маєте йому запропонувати, — до якого класу він належить, якого він походження, виховання, освіти або професії. Ці питання і повинні визначити долю обвинуваченого. У цьому зміст і сутність червоного терору» .

, У записці Наркому юстиції Д. Курському з приводу сутності червоного терору Ленін наполягав «відкрито виставити принципове і політично правдиве (а не тільки юридично вузьке) положення, що мотивує суть і виправдання терору, його необхідність, його межі. Суд повинен не усунути терор; обіцяти це було б самообманом або обманом, а обґрунтувати і узаконити його принципово, ясно, без фальші і без прикрас»[1]. Подібна тактика, яку радянські історики назвали відповідно «білий терор», застосовувалася під час громадянської війни[2]. У лютому 1919 р. ЦК РКП(б) наголошував, що «НК створені, існують і працюють лише як прямі органи партії, за її директивами й під її контролем»[3], як органи «придушення контрреволюції»[4]. Разом із цим, слід звернути увагу й на директивні вказівки керівництва СНК та ВНК щодо дотримання принципу «революційної законності» в діяльності цього органу[5].

Згодом радянський фахівець у галузі історії органів державної безпеки О. Велідов, досліджуючи цей період, зазначав: «Політика Комуністичної партії цілком визначала напрями й форми боротьби ВНК з ворогами Радянської влади, а впровадження в життя політичної лінії партії складало головний зміст всієї діяльності чекістських органів» •.

Розшукова діяльність була однією з основних функцій і органів міліції, створених у Росії в жовтні 1917 р. як адміністративні органи. А вже в жовтні 1918 р. було видано декрет «Про робітничо-селянську міліцію»[7], який поряд з наданням їй адміністративних функцій уповноважував її: а) сприяти виконанню судових рішень (ст. 27); б) здійснювати розшуки й дізнання у кримінальних справах під керівництвом і за вказівками народних суддів і слідчих комісій (п. 1 ст. 28); в) виконувати доручення судових чи слідчих органів по затриманню й доставці до суду для допиту обвинувачених; г) затримувати підозрюваних у злочинах і супроводжувати їх до місцевих народних судів чи слідчих комісій за належністю (п. 2 ст. 28). У цьому Декреті особливо підкреслювалася вимога юридичного закріплення дій органів міліції при проведенні дізнання. У пункті 5 ст. 26 цього документа містилися

' *Ленін В. І.* Промова в питанні про Установчі збори // Повне зібрання творів. — М., 1969. — Т. 35. — С 129-131.

Цит. за: *Калюжний Р. А., Чубатєнко В. Г.* Тюремна репресія // Науковий вісник Дніпропетровського юридичного інституту МВС України. — 2000. — Вип. 1. — С 65.

' *Ленін В. І.* Доповнення до проекту відповідного закону до кримінального кодексу РРФСР і листи Д. І. Курському // Повне зібрання творів. — М, 1969. — Т. 45. — С 180.

[2] Див.: *Балковий її. М.* Війна без флангів: партизансько-повстанська боротьба українського народу проти білогвардійців та інтервентів у 1918-1920 рр.— К., 1966; Красная книга ВЧК: В 2 т. — 2-е изд. / Под ред. А. С. Велидова. — М, 1990; *Литвин А. Л.* Красный и белый щи р и России: 1917-1922// Отечественная история.— 1993.— № 6 . — С. 62; *Бикова Т.* \tav< ший терор у період утвердження радянської влади в Криму (1918-1921 рр охранка // 3 архівів ВУЧК-ГПУ-НКВД-КГБ: Наук, і докум. журн. — К., 2001. — № 2. — С 437-464; та ін.

[3] Цит. за: *Маймескулов Л. Н., Рогожин А. И., Стаиiис В. В.* Всеукраинская чрезвычайная комиссия (1918-1922) / Под ред. Голушко Н. М. — 2-е изд. — Харьков, 1990. — С. 95.

Ленін В. І. Промова на IV конференції губернських надзвичайних комісій 6 лютого 1920 р. // Повне зібрання творів. — М., 1969. — Т. 40 — С 109-117.

[5] Сборник важнейших приказов и распоряжений ВЧК 1917-1919 гг. — М., 1987.

[6] *Велидов А. С.* Коммунистическая партия— организатор и руководитель ВЧК (1917-1920 гг.). — М., 1975. — С. 200.

[7] Декрет Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета Советов и Совета Народных Комиссаров «О рабоче-крестьянской милиции (Положение)»// Систематический сборник важнейших декретов (1917-1920). — М., 1920. — С. 212-234.

вимоги щодо складання актів і протоколів про злочини як виявлені самою міліцією, так і такі, що стали їй відомі із заяв установ чи окремих осіб. У пункті 2 ст. 28 працівникам міліції пояснювалася необхідність у кожному випадку затримання складати протокол «з точним позначенням місця, дня й часу затримання, а також підстави застосування цього заходу». При проведенні дізнання у випадках невідкладності для недопущення приховання слідів злочину працівники міліції могли й за своєю ініціативою робити огляди, виїмки й обшуки. Однак вони зобов'язані були негайно повідомити про це найближчий народний суд чи слідчу комісію, а доказове значення результатів останніх визнавалося лише за умови, якщо в їх проведенні брали участь поняті.

Слід зазначити, що в цей час було задекларовано, що «оперативно-розшукова робота повинна будуватися на принципово нових засадах під керівництвом партійних організацій й досвіду чекістських органів у боротьбі з контрреволюцією і саботажем та іншими злочинами»[1].

В Україні Декретом РНК від 9 лютого 1919 р. «Про організацію міліції» у складі НКВС було створено робітничо-селянську міліцію для охорони революційного порядку, особистої безпеки громадян і для боротьби з кримінальними злочинними елементами[2]. Декретом РНК України від 18 квітня 1919 р. «Про організацію кримінального розшуку»[3] при контрольно-слідчому відділі НКЮ було створено секцію судово-кримінального розшуку й відповідні секції при контрольно-слідчих підвідділах губернських, повітових та міських виконкомів. На місцях для проведення дізнання у кримінальних справах створювалися органи судово-кримінальної міліції, підпорядковані секції судово-кримінального розшуку. Структура цих секцій та органів судово-кримінальної міліції, а також порядок їх функціонування визначалися інструкціями НКЮ, зокрема Положенням про органи кримінального розшуку і судово-кримінальної міліції, затвердженим постановою НКЮ від 11 травня 1919 р.[4], згідно з яким органи судово-криміналь-

[1] *Маркушин А. Г.* Оперативно-розыскная деятельность — необходимость и законность. — Нижний Новгород, 1997. — С. 28.

[2] Декрет Совета Народных Комиссаров Украины «Об организации милиции» // Собрание Узаконений и Распоряжений рабоче-крестьянского правительства Украины за 1919 год.— Ч. I. — 3-е изд. — № 7. — Ст. *96; Мжайленко П. П., Кондратьев Я. Ю.* Історія міліції України в документах і матеріалах. — Киев, 1997. — Т. 1: 1917-1925. — С. 108, 112,113, 115,118.

[3] Известия ВУЦИК и Исполкома Киевского совета рабочих депутатов.— 1919.— № 23(50). — 18 апреля.

[4] Известия ВУЦИК и Исполкома Киевского совета рабочих депутатов.— 1919.— № 39 (66). — 11 мая; Положение об органах уголовного розыска и судебно-уголовной милиции // Материалы НКЮ УССР — Киев, 1919. — Вып. 1. — С. 67-76.

ного розшуку і судово-кримінальної міліції були допоміжними щодо судово-слідчого апарату при розкритті злочинів і перебували в безпосередній залежності від нього й колегії громадських обвинувачів. Судово-кримінальна міліція, будучи гласним виконавчим органом, підпорядковувалася завідуючому секцією судово-кримінального розшуку й виконувала всі доручення його й інших співробітників судово-кримінального розшуку: провадила дізнання, допити, огляди, обшуки й арешти, керуючись при цьому вказівками вищезазначених працівників розшуку. Відповідно до § 49 Положення агенти (теперішні оперуповноважені) повинні були по можливості знати весь злочинний світ свого району, здійснювати неослабне спостереження за злочинним елементом, попереджувати злочини, а також провадити розшук підозрюваних у вчиненні злочинів, предметів і слідів, які можуть сприяти їх розкриттю. Отже, цим нормативним актом була врегульована превентивна розвідувально-пошукова робота.

Для затримання підозрюваних агенти використовували міліціонерів судово-кримінальної міліції або допомогу приватних осіб. Крім штатного персоналу (агентів), при розкритті й розслідуванні злочинів ці секції використовували філерів (осіб, які не перебували на службі, але надавали інформацію для розкриття злочинів, розшуку викраденого й затримання злочинця за відповідну плату — § 57). Керуючий справами судово-кримінального розшуку, інспектори й помічники, агенти-керівники й агенти повинні були виконувати свої обов'язки негласно (§ 62). Слід зазначити, що в Положенні інститут філерів застосовувався в широкому розумінні, оскільки це поняття охоплювало не лише осіб, які здійснювали зовнішнє спостереження, а й інформаторів, які виконували внутрішнє спостереження.

Досудове провадження на території України регламентувалося як СКС 1864 р., так і законом Центральної Ради «Про порядок видання законів» від 8 грудня 1917 р.; резолюцією Першого з'їзду Рад України про організацію влади на Україні від 12 грудня 1917 р.; законом «Про надзвичайні військові суди» від 26 січня 1919р., який був виданий у період Директорії; декретом Робітничо-Селянського Уряду України «Про суд» від 21 лютого 1919р. та ін. Багатоманітність нормативно-правових актів, які видавалися різними органами влади, заважала системному регламентуванню кримінального судочинства і негативно позначалася на правозастосовній практиці.

Вже з перших років Радянської влади постало питання про розмежування функцій розшуку й слідства, що суттєво впливало й на вико-

ристання результатів розшуку в кримінальному процесі. Так, у резолюції «Про точне розмежування функцій існуючих установ розшуку, слідства й суду» вказувалося: «У надзвичайній комісії концентрується вся робота з розшуку, припинення і попередження злочинів, та все ж подальше ведення справ, ведення слідства і постановка справи на суд надається Слідчій комісії при трибуналі»[1]. При обговоренні даного питання в одному з виступів зазначалося, що «злиття юридичного відділу з відділом секретно-оперативним, якщо воно буде проведене в життя, виявиться найвищою мірою недоцільним і нежиттєвим. Розшук і слідство — речі зовсім різні, на них необхідно спеціалізуватися. У жодному разі не можна змішувати розшук і слідство. Уповноважені будуть відриватися від безпосередніх своїх завдань, а слідчі справи будуть залежуватися не днями, а місяцями... Спрощення дуже добре заощаджує сили, але краще не треба спрощувати, щоб прийти до того, чим ми були з самого початку» .

ЗО травня 1919 р. ВУЦВК затвердив Положення про Всеукраїнську та місцеві надзвичайні комісії (ВУНК). Відповідно до цього положення ВУНК була відділом наркомату внутрішніх справ. У її складі було створено юридичний відділ, який здійснював розслідування та передання справ до революційного трибуналу.

У цей час керівництвом ВНК приділялася велика увага організації взаємодії органів досудового слідства і дізнання, які проводили розшукову діяльність. Вимагалося, щоб працівники органів дізнання були ознайомлені з планами і намірами слідчого щодо проведення ним слідчих дій та отриманими в процесі слідства матеріалами, а слідчий, у свою чергу, був поінформований про оперативну обстановку, плани розшукової діяльності у зв'язку зі справою, яка перебувала у його провадженні, та отримані результати.

Для організації взаємодії оперативно-розшукових і слідчих дій при розслідуванні кримінальних справ була започаткована практика створення слідчо-оперативних груп, члени яких наділялися повноваженнями, виходячи з їх функціональних обов'язків. Про проведення оперативно-розшукових заходів, виконаних за дорученням слідчого, складалися довідки, які надавалися слідчому для використання в організаційно-тактичних цілях при розслідуванні кримінальної справи.

У ході взаємодії органів слідства і дізнання під час розслідування кримінальних справ оперативно-розшукова і процесуальна діяльність

[1] В. И. Ленин и ВЧК: Сб. документов (1917-1922) — М., 1987. — С. 56.

[2] *Сабуров И. В.* Предварительное следствие в органах ВЧК. — М, 1974. — С. 44-47.

МЯЛИ самостійний характер. Оперативно-розшукова діяльність перебувала за межами кримінальної справи і на неї не поширювалися процесуальні норми. Вирішення завдань у ході цієї діяльності досягалося шляхом проведення розшукових заходів. Матеріали, отримані в результаті цієї діяльності в стадії досудового слідства, в обов'язковому порядку перевірялися процесуальним шляхом.

Поєднання вперше в історії вітчизняних правоохоронних органів в одному і тому ж відомстві слідчої та розшукової діяльності (ВУНК) і розмежування їх функцій створило необхідні умови для якісної і результативної роботи органів переслідування, які отримали можливість здійснювати ефективні форми взаємодії, сутність якої полягала в тому, що органи Слідства й дізнання на підставі чинних відомчих нормативно-правових актів отримали можливість у разі необхідності об'єднувати свої процесуальні й розшукові можливості для якісного й ефективного вирішення спільного завдання із розслідування злочинів. Добре організована взаємодія органів слідства й дізнання сприяла правильному визначенню напряму розслідування, більш швидкому і повному виявленню всіх обставин, які входили до предмета доказування у справі, допомагала визначитися з джерелами отримання доказової інформації і була одним з ефективних засобів вирішення завдань кримінального судочинства. Така взаємодія дозволяла слідчим широко використовувати оперативно-розшукові можливості органів дізнання, що сприяло своєчасному викриттю і припиненню злочинної діяльності окремих осіб та груп, розробці планування й тактики проведення процесуальних дій: вибору найбільш сприятливого часу для проведення арештів підозрюваних з метою затримання їх на місці вчинення злочину, обшуків, допитів тощо, а оперативним працівникам надавала можливість широко використовувати в розшуковій роботі дані попереднього слідства й спрямовувати розшукову роботу на ефективне забезпечення інтересів кримінального судочинства. У ході такої взаємодії працівники органів дізнання ВУНК зобов'язані були також виконувати за вказівкою слідчого окремі слідчі дії, забезпечуючи їх оперативним супроводом. Поширеною була практика допитів працівників оперативних підрозділів ВУНК, впроваджених у злочинне угруповання, про протиправну діяльність його членів. Отримана слідчим інформація в ході допиту таких працівників вводилася до кримінального процесу процесуальним шляхом і набувала доказового значення.

Велике значення в цей період надавалося законності підстав для проведення слідчих дій, інформаційною основою яких були матеріали

ОРД. В Інструкції ВНК від 15 травня 1919 р. вказувалося, що до проведення першочергових слідчих дій слід приступати лише «за наявності обґрунтованих на це даних, які підтверджуються документами або встановлені спостереженням, а саме: а) перехоплення листування; б) повідомлення або заява установ чи осіб, а також агентів розшуку...».

Разом із цим організаційно-правова структура розшукової і слідчо-судової діяльності, яка склалася на той час у системі НКВС, в умовах високого рівня злочинності була неефективною і викликала дискусії щодо необхідності подальшої реорганізації та її напрямів. Так, у лютому 1919 р. Головним управлінням міліції та Центророзшуком зазначалося, що розслідування злочинів не є функцією кримінального розшуку і що головним його завданням є розкриття злочинів за допомогою проведення розшукових заходів[1]. На противагу цій думці висловлювалося міркування, що органи дізнання, в тому числі й міліції, кримінального розшуку та ВНК, можуть і повинні сполучати розслідування з іншими покладеними на них функціями. З метою реалізації зазначеної тенденції в лютому 1920 р. на засіданні представників НКЮ і НКВС було розглянуто питання про об'єднання слідчих органів НКЮ з кримінально-розшуковими апаратами НКВС, тобто намічалося повне злиття розшуку, дізнання і попереднього слідства[2].

У квітні 1920 р. Колегія НКВС РРФСР ухвалила визнати необхідним злиття також кримінального розшуку і слідства. У зв'язку з прийняттям цього рішення були навіть розроблені проекти Положення й Інструкції про слідчо-розшукову міліцію, в яких окреслювалося коло повноважень працівників кримінального розшуку і слідчих усередині слідчо-розшукового апарату. Працівники кримінального розшуку повинні були вести розшук злочинців, а слідчий — координувати і спрямовувати їх дії, перевіряти й закріплювати отримані докази.

Третій Всеросійський з'їзд діячів радянської юстиції, що відбувся в червні 1920 р., не підтримав ідею створення єдиного слідчо-розшукового апарату і висловився за збереження існуючого на той час порядку розслідування кримінальних справ. Але недосконалість законодавства в питаннях регламентації дій по виявленню і фіксації обставин учинення злочинів і діяльності органів, уповноважених на їх проведення, була очевидною. У цей період на практиці дізнання у кримінальних справах провадилося в такий спосіб, що розслідувати в повному обсязі більшість кримінальних справ стала міліція, у зв'язку з чим на цьому з'їзді зазначалося, що слідчі комісії поступово перестали одержувати справи для проведення розслідування, яке розпочиналося й закінчувалося міліцією. Вважалося, що основною причиною такого становища була велика кількість в чинених злочинів за явним браком кількості слідчих комісій, ЯКІ не встигали розслідувати кримінальні справи .

[1] Див.: *Портнов В. Л.* Процессуальные формы дознания в первые годы Советской власти (1917-1920)//Правоведение. — 1969. — № 2 . — С . 104.

[2] Материалы Народного Комиссариата юстиции.— Вып. 11-12.— Петроград, 1921. — С. 18.

Суттєвий вплив на підвищення ефективності розшукової діяльності в інтересах кримінального судочинства мала постанова РНК УСРР від 25 жовтня 1921 р., № 58/119, що надала право НКВС створювати при Центральному управлінні кримінального розшуку допоміжні апарати для боротьби з кримінальними злочинами. Важливими нормативними актами, якими закладалися правові, організаційні й тактичні засади агентурної роботи, організації розшуку для забезпечення інтересів кримінального процесу, були: Положення про секретно-оперативний відділ ВНК, прийняте IV конференцією надзвичайних комісій 6 лютого 1920 р. та затверджене колегією ВНК; Наказ ВНК № 216 від 17 липня 1921 р. «Про введення в дію Інструкції «Про інформаторську службу, розробку справ, про секретну агентуру й про ведення агентурної роботи»; Інструкція від 2 січня 1922 р. «Щодо організації секретної агентури в установах кримінального розшуку». В останній зазначалося, що «секретна агентура організується для попередження й розкриття всякого роду злочинів шляхом завчасного інформування про злочини, які готуються, і для збору відомостей, що сприяють розкриттю вже вчинених злочинів». У цій Інструкції були визначені завдання секретної агентури: контроль за злочинним елементом; збір відомостей про кубла, блатхати, харчевні, чайні, квартири повій, самогонників, торговців наркотиками, кубла для азартних ігор; контроль за місцями збуту краденого, квартирами баришників, майстернями з виготовлення знарядь злочинів, фальшивих документів і т. п.; «проводка» і все негласне спостереження; підсадка в камеру. Цей документ нормативно закріпив створення штатного негласного апарату, поділив секретну агентуру на секретних розвідників і негласних інформаторів, що мало велике значення для розвитку інформаційно-забезпечувальної функції кримінального процесу.

Незважаючи на те, що ідея про злиття розшукової діяльності й слідства не зайшла підтримки на третьому Всеросійському з'їзді діячів радянської юстиції у лютому 1920 р. і не була втілена в роботу НКВС,

[1] Материалы Народного Комиссариата юстиции.— Вып. 11-12.— Петроград, 1921. — С . 18. .

вона була сприйнята у цей же час IV Всеросійською конференцією надзвичайних комісій й реалізована керівництвом ВНК. При прийнятті такого рішення виходили з того, що для покращання організації розшукової діяльності і слідчої роботи слід ліквідувати інститут слідчих і передати його функції оперативним підрозділам, на оперативних працівників яких покласти обов'язок проводити розслідування кримінальних справ по агентурних розробках, які вони ж мали і реалізовувати. Тим самим переслідувалася мета забезпечення тісного зв'язку агентурно-оперативної і кримінально-процесуальної діяльності.

Таким чином, інститут попереднього (досудового слідства) фактично був скасований в органах ВНК і розшукові та слідчі функції з лютого 1920 р. і до грудня 1938 р. входили до повноважень однієї посадової особи — працівника оперативного підрозділу, що водночас проводив комплекс оперативно-розшукових заходів та процесуальних дій. Інструкцією слідчої частини Управління Особливих відділів передбачалось також, що порушенню кримінальної справи, як правило, повинна передувати оперативна діяльність. За наявності достатніх оперативних даних секретно-оперативна частина оперативного відділу проводила арешт і передавала заарештованого разом з усіма матеріалами до комендатури. Звідти матеріали надходили до старшого слідчого, який одночасно був співробітником оперативного відділу. Він лише виносив постанову про прийняття справи до свого провадження і починав проведення слідства. Обґрунтованість оперативних заходів і матеріалів перевірялась у ході слідства у справі. Слідчий відповідав за те, щоб усім арештованим якнайшвидше було пред'явлено обвинувачення, а якщо матеріалів для цього було недостатньо, то за його розпорядженням без будь-яких інших узгоджень арештований звільнявся з під варти .

Першою спробою вдосконалення процесуальної діяльності, що суттєво вплинуло на характер взаємозв'язку розшукової діяльності й кримінального процесу, стала кодифікація радянського законодавства. Перший КПК УСРР 1922 р.[2] (далі КПК 1922 р.), присвятивши дізнанню главу VIII, у жодній із її статей не вживав термін «розшукова діяльність». Зміст статей 103-108 свідчить про те, що дізнання ним визначалося як форма попереднього (досудового) розслідування кримінальної справи, як принципово однакові види попереднього роз-

Див.: *Маймескулов Л. Н. Рогожин А и г*

к о м и ? тм ^ ^ ^ о ^ ^ Го ^ 2 Н : U ~ Z T Z * I в с є у к « « « ч а й н а я СУ УССР.- 1922.- №41 - Т 440- v * ~ Х а Р ь к о в - 1990. —С 126-127 Харьков, 1922.

слідування[1], що призвело до стирання відмінностей між дізнанням і попереднім слідством. Разом із цим КПК 1922 р. згідно зі ст. 102 до органів дізнання, крім органів міліції, податкової, продовольчої, санітарної, технічної, торгової інспекцій і інспекції у справах праці, відносив також органи кримінального розшуку (п. 1) та державного політичного управління (ДПУ) (п. 2), на які відомчими нормативними актами покладалися й розшукові функції. Органи дізнання були підлеглі прокуророві і здійснювали функцію обвинувачення. На органи дізнання покладався обов'язок уживати заходів до того, щоб до початку попереднього слідства були збережені сліди злочину і щоб для підозрюваного була усунута можливість приховатися (ст. 103 КПК 1922 р.). Як і жандармська поліція за СКС 1864 р., органи дізнання наділялися правом проводити весь комплекс процесуальних дій: допити підозрюваних, свідків, виїмки, обшуки, огляди, освідування, затримання підозрюваних (статті 104, 105). Таким чином, органи дізнання (кримінального розшуку та ДПУ) наділялися одночасно процесуальними й розшуковими функціями. У жодній з норм КПК 1922 р. не вказувалося на можливість використання результатів розшуку у кримінальному судочинстві. Проте пункт 5 ст. 106 КПК серед інших приводів до порушення кримінальної справи передбачав також такий привід, як безпосередній розсуд органу дізнання, а підставами до проведення окремих слідчих дій, наприклад обшуку (ст. 178 КПК 1922 р.), були «достатні підстави вважати, що в якому-небудь приміщенні чи в якої-небудь особи знаходяться предмети, які можуть мати значення для справи». Поняття «достатні підстави» в кримінально-процесуальному законодавстві не розкривалося. З аналізу кримінальних справ того часу можна зробити висновок, що у формуванні таких підстав використовувалися також і матеріали розшукової діяльності.

КПК 1922 р., присвятивши доказам главу IV, не дав нормативно-правового визначення поняття доказів. Зміст цієї глави, а також матеріали кримінальних справ того часу свідчать про те, що матеріали розшукової діяльності як докази за КПК 1922 р. не визнавалися. У статті 62 цього Кодексу вказувалося, що доказами є показання свідків, висновок експертів, протоколи оглядів та інші письмові документи, а також особисті пояснення обвинуваченого. У статті 61 КПК 1922 р. встановлювалося, що суд не обмежений ніякими формальними доказами й від нього залежить відповідно до обставин справи допускати той чи інший доказ чи витребувати його від третіх осіб, для яких

[1] *Гродзинський М. М.* До перегляду КПК УРСР // Вісник радянської юстиції. — 1930. — №20-21. — С 164-175.

така вимога є обов'язковою. Присяга як доказ не допускалася, що було новелою радянського процесуального законодавства.

Слід зазначити, їло з усіх КПК республік СРСР того часу лише в ст. 93 КПК РСРФР 1923 р. було закріплено, що «анонімні заяви можуть бути приводом до порушення кримінального переслідування лише після попередньої перевірки їх органом дізнання», тобто цією нормою передбачалося використання оперативно-розшукових заходів в інтересах кримінального процесу, проте положення цієї норми нерідко у зазначений період використовувалося і в інших республіках СРСР.

Особливістю КПК 1922 р. було те, що з його прийняттям намітилася тенденція до всебічного спрощення процесуальних форм судочинства на всіх його стадіях, і особливо на досудових, що знаходило підтримку на сторінках юридичних видань і обґрунтовувалося зайвим формалізмом досудового розслідування, що мало місце за СКС, необхідністю скорочення строку між вчиненням злочину й застосуванням покарання[1]. Зростання пропозицій, спрямованих на спрощення форми судочинства, збігалося з посиленням державної боротьби з «куркулями», з тероризмом[2], з контрреволюцією тощо.

Дізнання відповідно до КПК 1922 р. провадилося у формах, передбачених для попереднього слідства, і матеріали дізнання мали силу доказів для суду. Стирання принципових відмінностей між досудовим слідством і дізнанням йшло не в напряму посилення процесуальних гарантій при провадженні дізнання, а навпаки, досудове слідство «поступово ставало лише особливим видом дізнання, яке відрізнялося від останнього тим, що воно проводилося не міліцією і кримінальним розшуком, а спеціально виділеним для цього працівником — слідчим»[3].

Подальший розвиток нормативно-правового регулювання кримінального розшуку в напряму підвищення його ефективності по забезпеченню інтересів кримінального процесу привів до відокремлення агентури від розвідки, що було закріплено Інструкцією про організацію секретної агентури й інформування в установах кримінального

[1] Див.: *Люблинский П. И.* Упрощение порядка процесса по УПК// Право и жизнь.— 1924. — № 10. — С. 51—70; *Волков Г. И.* Необходимо упростить уголовное судопроизводство // Вестник советской юстиции. — 1924. — № 5-6. — С. 133-134; *Эстрин А.* Как улучшить и упростить наш уголовный процесс // Еженедельник советской юстиции. — 1924. — №49.— С. 1177-1178; *Ривлин М.* О некоторых формальностях процесса// Советская юстиция. — 1930. ~ № 17. — С. 27.

[2] О внесении изменений в действующие уголовно-процессуальные кодексы союзных республик: Закон СССР от 01 декабря 1934 г.// Социалистическая законность.— 1934.— № 12. — С. 29.

[3] *Люблинский П. И.* Гарантии прав подозреваемого при производстве дознания // Вестник советской юстиции. — 1924. — №15. — С. 457.

розшуку УРСР, оголошену наказом по кримінальному розшуку республіки № 19 від 6 лютого 1923 р., яка регламентувала діяльність цих підрозділів. 18 вересня 1924 р. НКВС було затверджено Інструкцію про порядок діяльності губернсько-міських відділів кримінального розшуку УРСР, у якій поруч з питаннями організації взаємодії апарату кримінального розшуку з органами міліції, державної безпеки, судово-слідчими установами регламентувався й порядок ведіння дізнання, а також діяльності агентурно-розшукового відділення, до складу якого входила група розвідки, що здійснювала зовнішнє спостереження з метою розкриття особливо тяжких злочинів.

У цей період було покладено початок формуванню основних інститутів розшукової діяльності: служби розшуку, агентурного апарату, служби негласного спостереження (розвідки) та ін., які знайшли свій подальший розвиток у більш пізніх відомчих нормативно-правових актах. Саме в цей час з'явилися в нормативному обігу поняття «розвідка» (кримінальна), «розвідник», а термін «агент» у нормативних актах і наукових джерелах того часу мав двояке значення: особа, яка співробітничала з розшуковими органами на негласній оплатній позаштатній основі, і негласний кадровий працівник розшуку.

Терміном «розвідка» в подальшому позначалися як один із видів діяльності органів міліції, так і підрозділи зовнішнього спостереження[1]. В органах державної безпеки відповідні підрозділи називалися «зовнішня розвідка». Розшукова діяльність у розглядуваний період не була предметом наукових досліджень фахівців у цій галузі. Перші спроби підвести теоретичну базу під цю діяльність зробили криміналісти , тому аж до 50-х років XX ст. розшукова діяльність вважалася предметом криміналістики[3].

[1] Див.: *Якимов И. Н.* Практическое руководство к расследованию преступлений. — М, 1924. — С. 140; Сборник законодательных документов по вопросам организации и деятельности советской милиции (1917-1934 гг.).— М., 1957; Необходимое руководство для агентов Чрезвычайных комиссий. — М, 2001.

Див.: *Семеновский П.* Дактилоскопия как метод регистрации.— М., 1923; *Гейндль Р.* Уголовная техника. Из материалов уголовного розыска. — М., 1925; *Якимов И. Н.* Современное искусство // Административный вестник. — 1925. — № 4. — С. 12-23; *Штибер В., Шнейкерт Г.* Практическое руководство для работников уголовного розыска. — М., 1925; *Потапов С. М.* Судебная фотография. — М., 1926; та ін.

[3] Див.: *Винберг А. И.* Криминалистика. Вып. 1. Введение в криминалистику: Предмет, метод, система курса и история советской криминалистики. — М, 1950; *Васильев А. Н.* Следственная тактика и ее место в системе криминалистики // Советская криминалистика на службе следствия.— М, 1961.— Вып. 15.— С. 38-39; Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования: Учебник / Под. ред. Т. В. Аверьяновой и Р. С. Белкина. — М., 1997. — С. 54-55; *Яблоков Н. П.* Криминалистические основы оперативно-розыскной деятельности // Вестник Московского университета.-—Сер. 11. Право. — 2001. — № 1. — С. 30-33; та ін.

У напряму посилення репресивної політики правлячого режиму була прийнята постанова Президії ЦВК СРСР від 9 червня 1927 р., що надала органам ДПУ право розгляду в позасудовому порядку справ щодо «білогвардійців, шпигунів і бандитів, аж до застосування до них найвищої міри покарання» . Тобто з цього часу органи державної безпеки у справах про злочини проти держави наділялися в тому числі й судовими функціями.

Окрім того, Наркомюстом СРСР у цей період була висунута ідея максимального спрощення кримінального процесу. З цього приводу в постанові НКЮ РРФСР від 9 червня 1927 р. зазначалося: «Наш КПК є осколком сучасного буржуазного змагального процесу. Історично останній створювався буржуазією як засіб боротьби проти класової сваволі абсолютистських судів у період боротьби буржуазії з абсолютизмом. Звідси низка формально-правових гарантій. Звідси засади безпосередності, гласності й усності, які характеризують буржуазний процес»[2].

КПК УСРР 1927 р. (далі КПК 1927 р.)[3] вперше на законодавчому рівні визначив початковий момент провадження у кримінальній справі, де у примітці 1 до ст. 93 зазначалося, що таким моментом є прийняття судом, прокурором, слідчим і органом дізнання справи до свого провадження[4]. Проте в КПК 1927 р. не передбачалося обов'язкового винесення про це постанови. На практиці оформлення порушення провадження у кримінальній справі здійснювалося або резолюцією на заяві про злочин, або шляхом складання відповідної постанови .

Тенденції до спрощення процесуальної форми, що знайшли своє відображення й у КПК 1927 р., вплинули на зміну характеру взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу та на особливості використання матеріалів розшукової діяльності в кримінальному процесі.

Дізнання в цей період розглядалося як початковий, первинний етап попереднього розслідування, що мав обмежуватися слідчими діями термінового характеру з метою забезпечення успішного проведення подальшого розслідування (огляд місця події, затримання підозрюваного, первинний допит потерпілих, свідків), як одна з форм

С 194 История советских органов государственной безопасности: Учебник.— М., 1977.—

[2] Постановление коллегии НКЮ РСФСР (из протокола №464/д заседания от 9 июня 1927 г.) // Еженедельник советской юстиции. — 1927. — № 47. — Ст. 1472.
[3] СУ УССР. — 1927. — № 36-38. — Ст. 167-168
" УПК УССР. — Киев, 1939. — С. 41.

Строгович М. С. Учебник уголовного процесса. — М., 1931. — С. 32.

попереднього розслідування кримінальної справи'. Поряд з цим вважалося, що, оскільки діяльність органів міліції, розшуку і ДПУ не обмежена відомчими межами, то ці органи мають право проводити розслідування в будь-яких справах[2]. Відомчими нормативними актами на окремі із них (органи кримінального розшуку, ДПУ) покладалося й здійснення ОРД, причому як розвідувально-пошукової функції, так і як функції по оперативно-розшуковому забезпеченню попереднього (досудового провадження),

З переданням слідчого апарату НКВС у повне підпорядкування прокуратурі на слідчого був покладений обов'язок безпосереднього нагляду за розслідуванням злочинів органами дізнання.

Подібно до КПК 1922 р., КПК 1927 р. не містив жодної норми, яка б вказувала на можливість проведення уповноваженими органами розшукових заходів і використання їх результатів в інтересах кримінального судочинства. Водночас у п. 4 ст. 88 КПК зазначалося, що приводом до порушення кримінальної справи є безпосередній розсуд органу дізнання. Серед органів дізнання в п. 1 ст. 94 називалися органи міліції і кримінального розшуку, а в п. 2 цієї ж статті — органи ДПУ.

У частині 2 ст. 97 КПК вказувалося, що «орган дізнання вживає заходів до припинення ухилення від слідства осіб, на яких падає підозра у вчиненні злочину, та заходів, що перешкоджають знищенню або приховуванню слідів злочину; виїмки, обшуки, огляди, освідування при цьому можуть бути проведені у тих випадках, коли є достатні підстави вважати, що сліди злочину й речові докази можуть бути знищені або приховані».

Аналіз норм кримінально-процесуального законодавства, відомчих нормативних актів та практики дає змогу зробити висновок, що з прийняттям КПК 1927 р. результати розшукової діяльності широко використовувалися у кримінальному процесі як приводи та підстави до порушення провадження у кримінальній справі, проведення слідчих дій та при прийнятті інших процесуальних заходів. Так, наприклад, у коментарі до съ 91 КПК з цього приводу вказувалося: «Відсутність у заяві всіх необхідних даних для встановлення її автора (прізвище написано нерозбірливо або відсутнє місце проживання заявника

Див.: *Громов В.* Дознание и предварительное следствие.— М., 1928.— С. 22; *Гельфанд И. А.* О Некоторых вопросах предварительного расследования в общесоюзном уголовно-процессуальном законодательстве // Научные записки КГУ им. Т. Г. Шевченко: Юрид. сб. — Вып. П. —Киев, 1948.— Т. VII. — С . 52; та ін.

[2] Див.: *Розенберг Д.* О дознании // Уголовно-процессуальный кодекс: Комментарий / Сост. Бродер Г., Викторов А. и др.; Под рйд. С. ПрИгоВа и М. Шарея. — Харьков, 1928. — С. 167.

тощо) чи відсутність під заявою підпису не є підставою для відмови в прийнятті такої заяви, оскільки анонімні заяви можуть бути підставою для негласної перевірки, а після неї — навіть приводом для порушення кримінальної справи»[1].

КПК 1927 р. повністю відтворив положення КПК 1922 р. щодо доказів, їм присвячено главу IV, і лише у ст. 58 подано їх перелік (показання свідків і потерпілих, висновок експерта, речові докази, протоколи оглядів та інші письмові документи, а також особисті пояснення обвинуваченого). При цьому нормативного визначення поняття доказів у цьому кодексі не давалося[2]. Хоча КПК 1927 р. використання матеріалів розшукової діяльності для отримання доказів не передбачав, проте така практика в роки репресій була поширеною.

5 липня 1929 р. Наркомюстом було видано циркуляр №93 «Про спрощення кримінального процесу». У ньому під приводом більш оперативного розслідування і посилення боротьби зі злочинністю скасовувалося встановлене кримінально-процесуальним законодавством обов'язкове винесення постанови про порушення провадження у кримінальній справі. Цей процесуальний документ пропонувалося замінити на резолюцію міліціонера, слідчого або прокурора.

Постановою ВЦВК і РНК РРФСР від 20 жовтня 1929 р. повноваження органів дізнання практично урівнювалися з повноваженнями слідчого, органи дізнання набули можливості самостійно припиняти провадження у кримінальних справах, а також з «дозволу прокурора слідчий міг передати розслідування будь-якої справи про злочини іншим органам розслідування»[3].

Зазначена постанова практично стерла межу між дізнанням і слідством, між розшуком і юстицією на стадії попереднього розслідування. Розшуковою діяльністю в цей час, як справедливо вказував С. О. Голунський, займалися не тільки міліція, органи кримінального розшуку і органи державної безпеки як органи дізнання, а й слідчі . Розширення кола справ, які були віднесені до підслідності органів дізнання, за рахунок скорочення підслідності слідчих призвело до того,

[1] Див.: *Обуховский В.* Уголовно-процессуальный кодекс: Комментарий / Сост. Бродер Г., Викторов А. и др.; Под ред. С. Пригова и М. Шагея. — Харьков, 1928. — С. 161.

У коментарі до КПК 1927 р. докази ототожнювалися з їх джерелами.— *ГродзинськийМ.* Уголовно-процессуальный кодекс. Комментарий/ Сост. Бродер Г., Викторов А. и др.; Под ред. С. Пригова и М. Шагея. — Харьков, 1928. — С. 114.

[3] СУ. — 1929. — № 78. — Ст. 756.

Див.: *Голунский С. А.* Вопросы о реформе предварительного следствия // Проблемы социалистического права. — 1933. —№ 14. — С. 17.

що більшість кримінальних справ розслідувалася не слідчим апаратом прокуратури, а міліцією і органами державної безпеки як органами дізнання за підслідністю. Нехтування процесуальною формою у вирішенні завдань забезпечення законних прав та інтересів учасників кримінального процесу й об'єктивності розслідування призвело до зниження якості як розшуку, так і слідства .

У 1929 р. касаційна колегія Верховного Суду РРСФР своїм інструктивним листом запропонувала «скоротити обсяг повноважень судового слідства дослідженням основних моментів, які визначають ступінь соціальної небезпеки злочину й особи, яка його вчинила, у всіх тих випадках, коли ці моменти безспірно доведені»[2].

В. І. Громов, характеризуючи органи дізнання того часу, до повноважень яких входили функції розшуку та слідства, писав: «Наш КПК, хоча й залишив формальне розмежування процесу розслідування на ці два види (дізнання і слідство), однак, установив, що принципової різниці між актами дізнання й актами попереднього слідства бути не повинно і що ті й інші акти повинні мати однакову доказову силу в процесі» .

У квітні 1934 р. відбулася перша Всесоюзна нарада судово-прокурорських працівників, на якій було засуджено процесуальне спрощенство. Вказувалося на необхідність дотримання процесуальних норм і на те, що порушення кримінальних справ може мати місце лише за наявності приводу й підстав, зазначених у законі, і з обов'язковим винесенням постанови. Визнавалося також, що органи дізнання не в змозі забезпечувати якість розслідування злочинів, де є труднощі в доказуванні. Зазначалося, що особливо низька якість у справах про розкрадання. Було визнано необхідним зосередити розслідування цієї категорії справ у компетенції слідчих, обмеживши повноваження міліції як органу дізнання в цих справах лише проведенням невідкладних слідчих дій, як це, власне, й передбачалося законодавством. Однак відсутність чіткого розуміння відмінностей між дізнанням і слідством у кінцевому підсумку виявлялася в наділенні органів дізнання обов'язком

[1] На Всесоюзній нараді Прокуратури СРСР у липні 1936 р. вказувалося на неприпустимість того, що лише 18-20 % кримінальних справ розслідувалися слідчими прокуратури, а 80-82 % — іншими органами (органами дізнання —*М. П.).* — Социалистическая законность. — 1936. — № 8 . — С . 24.

Цит за: *Рогачевский Л. А.* К истории вопроса о защите и праве на защиту в советском уголовном судопроизводстве: факты и уроки// Советское государство и право.— 1989.— № 2. — С. 52-53.

Громов В, И. Предварительное расследование в советском уголовном процессе. — М., 1931. — С . 54.

розслідування усе більшої кількості кримінальних справ у повному обсязі.

На виконання цієї резолюції у директивному листі Прокурора СРСР від 13 серпня 1934 р. «Про якість розслідування» підкреслювалося, що «порушення кримінальної справи і початок розслідування можуть мати місце лише після винесення мотивованої постанови відповідним слідчим органом, яка затверджена прокурором»[1]. У цей же період науковцями у системі кримінального процесу виділяється самостійна стадія «Порушення кримінальної справи»[2]. Стадію порушення провадження у кримінальній справі розглядали як вирішення відповідними державними органами питання про наявність чи відсутність достатніх підстав для початку провадження у справі[3]. Такі підстави могли бути отримані й в ході розшукової діяльності.

У цьому листі указувалося, що однією з основних причин незадовільного стану розслідування є порушення правил підслідності. З метою підвищення якості розслідування вважалося за необхідне здійснити «вилучення з відання слідчого низки справ, що являють значну складність і вимагають відповідної кваліфікації органів розслідування» . Таким чином, з установленої законом підслідності слідчих було вилучено й віднесено до відання НКВС як органу дізнання справи про державні злочини.

1 грудня 1934 р. Президія ЦВК прийняла постанову, якою вносилися зміни до КПК союзних республік щодо «розслідування й розгляду справ про терористичні організації й терористичні акти проти працівників Радянської влади»[5]. Ця постанова поставила попереднє (досудове) слідство й суд у цих справах в умови, що виключатш об'єктивність у з'ясуванні всіх обставин справи (спрощена процесуальна форма передбачала: а) скорочені строки попереднього слідства — не більше 10 діб; б) вручення обвинуваченому обвинувального висновку за одну добу до розгляду справи в суді; в) слухання справ без участі сторін; г) відсутність можливості касаційного оскарження

[1] Сборник приказов Прокуратуры Союза ССР, действующих на 1-е декабря 1938 года/ Сост. Б. И. Солерс, Д. И. Орлов; Под ред. А. Я. Вышинского. — М., 1939. — С. 150-151.

Див.: *Строгович М. С.* Уголовный процесс. — М., 1935. — С. 47.

Див.: *Бажанов М., Крупаткин Л.* Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе // Социалистическая законность. — 1951. — №2. — С. 33.

[4] Сборник приказов Прокуратуры Союза ССР, действующих на 1-е декабря 1938 года/ Сост. Б. И. Солерс, Д. И. Орлов; Под ред. А. Я. Вышинского. — М., 1939. — С. 150-151.

Маслов В., Чистяков Н. Сталинские репрессии и советская юстиция // Коммунист. — 1990.— №10.— С. 107; Реабілітація репресованих: законодавство та судова практика/ За ред. В. Т. Маляренка. — К., 1997. — С. 38-39.

вироків і подачі клопотань про помилування; д) негайне виконання вироку до вищої міри покарання) '. На її виконання Прокурор СРСР А. Вишинський 23 січня 1935 р. видав директиву, якою приписувалося справи, заведені на підставі агентурних даних, у яких не було достатніх документальних даних для розгляду в судах, направляти на розгляд особливої наради при НКВС СРСР .

У 1937 р. Президією ЦВК було видано ще два циркуляри, в яких приписувалося справи за обвинуваченням у державних злочинах передавати на розгляд «трійки», особливої наради, якщо «характер доказів винності обвинуваченого не дозволяє їх використання в судовому засіданні»[3].

Циркуляром Х 7 від 1938 р. прокурорам СРСР і НКВС СРСР на порушення кримінально-процесуального законодавства приписувалося: «Розслідування у справах, що виникали в результаті агентурно-оперативної роботи міліції, вести органами міліції» .

Довгий час у радянській науковій доктрині вважалося, що рішення про злиття ОРД і кримінального процесу зумовлювалося «об'єктивною необхідністю»[5]. Однак, як свідчать архівні матеріали того часу (організаційно-розпорядчі й аналітичні документи, кримінальні й оперативно-розшукові справи), поєднання оперативно-розшукової і слідчої діяльності в одному підрозділі ВНК-ДПУ-НКВС й віднесення до повноважень однієї особи за відсутності належного відомчого й[1] судового контролю та дієвого прокурорського нагляду не лише не сприяло поліпшенню цих двох самостійних і дуже відмінних за своїми формами та методами видів діяльності, а й створило певні труднощі як у розслідуванні кримінальних справ, так і в оперативно-розшуковій роботі, й обґрунтовувалося лише чинниками суб'єктивного характеру. Більше того, це було однією з причин, що дала можливість перетворити органи державної безпеки в 1920-1938 рр. на карально-репресивну машину правлячого режиму, яка призвела не лише до грубого порушення прав людини, а й до злочинів геноциду проти власного народу, в результаті якого було знищено понад 20 млн людей.

[1] СЗ СССР. — 1934. — Відділ І. — № 64. — Ст. 459.

[2] Див.: *Маслов В., Чистяков Н.* Вказана праця. — С 107.

[3] Див.: *Пристайко В., Пшенніков О., Шаповал Ю.* Трагічні дати історії: охранка // З архівів ВУЧК-ГПУ-НКВД-КГБ: Наук, і докум. журн. — К., 1997. — №1/2. — С 75.

[4] Цит за: *Ларин А. М.* Заметки о предварительном следствии в России // Государство и право. — 1993.—№3.— С. 73.

[5] Див.: *Чистяков Н. Ф.* Осуществление принципа социалистической законности в расследовании уголовных дел органами государственной безопасности: Дис. ... канд. юрид. наук.—М., 1968. — С. 88.

Аналіз кримінальних справ цього періоду у злочинах проти держави свідчить про низьку якість процесуальних документів, відсутність у них доказів обвинувачення, яке Грунтувалося, як правило, лише на сфальсифікованих агентурно-оперативних даних та особистому зізнанні обвинуваченого, яке було отримане із застосуванням тортур. При цьому слід особливо відзначити низьку якість оперативно-розшукової роботи, яка в окремих випадках у справах про злочини проти держави практично не велась, на що справедливо указувалося у постанові РНК СРСР та ЦК ВКП (б) від 17 листопада 1938 р. «Про арешти, прокурорський нагляд і ведіння слідства», в якій зазначалося, що працівники НКВС «запустили агентурно-інформаційну роботу, втратили інтерес до агентурних заходів, які відіграють важливу роль у чекістській діяльності, надаючи перевагу спрощеним засобам— масовим арештам».

З метою розмежування в діяльності правоохоронних органів адміністративної і процесуальної функцій, усунення порушень кримінально-процесуального законодавства і підвищення ефективності досудового слідства на виконання постанови РНК СРСР і ЦК ВКП(б) від 17 листопада 1938 р. «Про арешти, прокурорський нагляд і ведення слідства» 22 грудня 1938 р. була створена єдина Слідча частина НКВС СРСР (пізніше — 6-й відділ ДУДБ, слідча частина на правах управління, слідча частина з особливо важливих справ). Аналогічні підрозділи були створені і в місцевих органах державної безпеки (ГУДБ НКВС).

З цього часу слідчі органів державної безпеки розслідували кримінальні справи і займалися лише одним видом оперативної роботи — проводили внутрішньокамерну розробку арештованих у цих справах, результати якої використовувалися в кримінальному процесі в організаційно-тактичних цілях при прийнятті відповідних процесуальних рішень. Інших оперативних заходів чи розробок слідчі органів держбезпеки не здійснювали.

Відомчими нормативними актами на слідчих покладався обов'язок при розслідуванні кримінальних справ постійно підтримувати тісний контакт з оперативними відділами, для того щоб спільними узгодженими діями, використовуючи процесуальні та оперативні засоби, розкривати тяжкі злочини. Такий контакт мав на меті й надання допомоги оперативним підрозділам у здобутті даних розвідувального та контррозвідувального характеру, а також даних, що були необхідні для вживання заходів профілактичного впливу щодо об'єктів розвідувальної чи контррозвідувальної заінтересованості.

На розвиток розшукової діяльності й використання її результатів у кримінальному процесі суттєво вплинули наукові погляди А. Вишинського, який ще у 1927 р. зазначав, що основним, вирішальним при оцінці обставин кримінальної справи «поряд з формальною логікою доказування» є «почуття класової правди, яке повинне допомагати розібратися там, де формальна логіка призводить до одного, а класове чуття підказує інше— іншу оцінку й інше рішення»[1]. Особливо негативні наслідки мали його теоретичні положення про винятковість показань обвинувачених у справах про «антирадянські організації та групи». «Пояснення обвинувачених, — писав він, — у такого роду справах неминуче набувають характеру і значення повних доказів, найважливіших вирішальних доказів. Це пояснюється самими особливостями цих обставин, особливостями їх юридичної природи» . На той час цими теоретичними положеннями обґрунтовувалася репресивна політика ЦК ВКП(б), яка реалізовувалася через відповідні рішення РНК СРСР і ЦК ВКП(б). На їх виконання в усіх справах про «контрреволюційні злочини»[3] в роки репресій оперативні працівники НКВС замість кропіткої оперативно-розшукової роботи по добуванню об'єктивної інформації про ознаки злочину будь-якою ціною прагнули домогтися від обвинувачених зізнань шляхом застосування психічних та фізичних тортур, вважаючи їх найбільш вагомими у справі, що зводило розшукову роботу нанівець, надавало їй суто формального характеру, оскільки так звані «докази» добувалися здебільшого тортурами, хоча в ст. 134 КПК 1927 р. була встановлена пряма заборона «домагатися показань чи зізнання обвинуваченого шляхом насилля, погроз та ін. подібних заходів».

Жертвами такої правової політики сталінської епохи були не лише пересічні громадяни, а й самі представники репресивної машини — працівники органів НКВС, прокуратури й суду .

Прикладом цього є архівна кримінальна справа № 2033 за обвинуваченням колишнього заступника начальника відділу УДБ НКВСУ по Харківській області Б. Фрея у вчиненні злочину, передбаченого

[1] Див.: *Жогин Н. В.* Об извращении Вышинским теории советского права и практики // Советское государство и право. — 1965. — № 3. — С. 24; *Вышинский А. Я.* Курс советского уголовного процесса. — М., 1927. — С. 79.

[2] *Вышинский А. Я.* Теория доказательств в советском уголовном процессе. — М, 1950. — С. 264-265.

[3] У ході роботи в групі Управління СБ України в Харківській області з перегляду архівних кримінальних справ щодо осіб, незаконно репресованих у 1937-1950 рр., автором у 1989—1991 рр. особисто було переглянуто понад 1500 таких справ.

[4] У роки репресій було страчено майже 22 тисячі лише працівників органів ДПУ-НКВС різного рангу.

ст. 206-17 п. «а» КК УРСР (в ред. від 1 лютого 1940 р. — зловживання владою), із якої встановлено, що він, працюючи начальником відділення, а потім заступником начальника 4-го відділу УДБ НКВСУ по Харківській області, застосовував незаконні методи слідства: бив, об^ ражав арештованих, вимагаючи від них показань про їх нібито контрреволюційну діяльність. Допитаний як свідок у цій справі колишній прокурор Харківської області М. Брон на допиті 17 червня 1939 р. показав, що у процесі слідства Фрей бив його, наносив образи й вимагав показань про його нібито причетність до контрреволюційної організації: «Мене змушували годинами простоювати біля стінки і застосовували незвичайний спосіб так званої «собачої будки». У кімнаті № 111, де знаходилася каса, мене змушували залазити між касою й простінком і гавкати, називаючи фашистським собакою... На 5-й чи 6-й день я був не в змозі стояти і впав без тями, в мене горлом пішла кров...»[1]. А ось показання колишнього заступника прокурора Харківської області А. Тимохіна, які він дав 22 травня 1939 р.: «Фрей, Замков і Ленський тримали мене прив'язаним до стільця, підпалювали вуха, ніс, примушували їсти папір, танцювати, кричати півнем, били чобітьми, ребром долоні й кулаками». Подібні показання дав також і колишній заступник прокурора Харківської області О. Мороз[2]. Допитаний у цій же справі колишній начальник відділу НКВСУ по Харківській області В. Ленський підтвердив, що «в цей період обстановка в НКВСУ була така, що у всьому приміщенні лунали крики та стогнання»[3].

Із кримінальної справи за обвинуваченням Л. Якушева-Бабкіна, арештованого 18 грудня 1938 р. й засудженого 20 червня 1939 р. Військовою Колегією Верховного Суду СРСР за ст. 58-7 КК РРФСР строком на 20 років з позбавленням прав на 5 років, встановлено, що «працюючи начальником НКВСУ по Житомирській області, а згодом Наркомом внутрішніх справ Кримської АРСР, з метою виклику незадоволення й озлоблення населення до Радянської влади, проводив активну ворожу підривну роботу з порушення революційної законності. З цією метою Якушев проводив масові арешти безневинних людей, серед яких були стаханівці й фахівці. Будучи Наркомом внутрішніх справ Кримської АРСР, Якушев одноосібно переглядав рішення трійки. Зокрема, він, одержавши телеграфне розпорядження СНК СРСР і ЦК КПРС про припинення роботи Трійки, одноосібно змінив вирок,

[1] Архівна кримінальна справа № 2033 за обвинуваченням Фрея Б. К. — Т. 1. — С 76-77 //АОС ДІУ СБ України.

[2] Там само. — С. 137-151.

[3] Там само. — Т. 3. — С 183.

при цьому 47 чоловік арештованих були ним одноосібно присуджені до розстрілу, з них 22 чоловіки були розстріляні... За особистим наказом Якушева-Бабкіна виконані вироки й відносно вагітних жінок...»[1].

Пояснюючи причини тортур, які застосовувалися в розшуковій і слідчій практиці органів державної безпеки, Й. Сталін 10 січня 1939 р. у надісланій секретарям обкомів, крайкомів, ЦК ВКП(б) республік, начальникам управлінь НКВС і наркомам внутрішніх справ республік шифротелеграмі вказував: «ЦК ВКП(б) роз'яснює, що застосування фізичного впливу в практиці НКВС було допущено у 1937 році з дозволу ЦК ВКП(б)... Відомо, що всі буржуазні розвідки застосовують фізичний вплив щодо представників соціалістичного пролетаріату, отже, фізичний вплив буде застосовуватися надалі як виняток щодо явних ворогів народу і таких, які не роззброїлися, як цілком правильний доцільний метод»[2]. Проте цей лист Й. Сталіна насправді спотворює істинність причин репресій у державі. Одним із підтверджень цього є розпорядження Наркома НКВС М. Єжова, видане ним у серпні 1937 р. на виконання тодішніх установок ЦК ВКП(б), у якому всім територіальним органам НКВС визначалися відповідні нормативи на проведення репресій по категоріях, де перша — передбачала обов'язковий розстріл, друга — ув'язнення у концтаборі.

На виконання цього розпорядження заступник начальника управління НКВС по Харківській області Л. Рейхман у лютому 1938 р., підводячи підсумки роботи управління, доповідав: «Згідно з Вашим наказом про очистку області від класово-ворожого елементу по Харківській області особливою трійкою засуджено — 9850 чоловік. З них по першій категорії — 3450 чоловік, по другій — 6400 чоловік». У цій же доповідній міститься і його мотивоване прохання про збільшення лімітів по репресіях для Харківської області, а саме: «...враховуючи засміченість Харківської області, необхідно провести сильну очистку її від ворожих елементів, а тому вважав би необхідним надати додаткові ліміти в розмірах 8000 чоловік, із них 3000 чоловік — по першій категорії, по другій — 5000 чоловік»[3].

[1] Архівна кримінальна справа № 967200 за обвинуваченням Якушева-Бабкина Л. Т. за ст. 58[7] КК РРФСР//Архів ФСБ РФ.

Цит за: *Маслов В. Чистяков Н.* Сталинские репрессии и советская юстиция // Коммунист. — 1990. — № 10. — С. 55.

Оглядова довідка архівної кримінальної справи № 9755094 за обвинуваченням Рейхмана Л. Й., яка знаходиться в архівній кримінальній справі № 08839 за обвинуваченням Сенчука А. К. (арк. спр. 82-83), реабілітованого 15 жовтня 1955 р. // Архів Управління СБ України в Харківській області.

Таким чином, всупереч чинним Конституціям СРСР і УРСР та кримінально-процесуальному законодавству тільки в Україні в 1937-1938 роках позасудовими органами — «особливими нарадами», «трійками» НКВС було розглянуто 111 526 справ; рішеннями наркому внутрішніх справ СРСР та Прокурора СССР — 60 229 справ, в той час як судовими органами — лише 5 130 справ.

У післявоєнний період на розшукову діяльність і особливості використання її результатів у кримінальному процесі вплинуло реформування 18 березня 1946 р. НКВС у МВС, об'єднання 7 березня 1953 р. МВС і МГБ, створення 13 березня 1954 р. КДБ, скасування 19 квітня 1956 р. постанови Президії ЦВК СРСР від 1 грудня 1934 р. «Про порядок ведення справ про підготовку чи здійснення терористичних актів» і ЦВК СРСР від 1 грудня і 14 вересня 1937 р. «Про внесення змін до чинних КПК союзних республік», якими встановлювався виключний порядок розслідування і судового розгляду справ про шкідництво, терористичні акти й контрабанду, а також ліквідація 1 вересня 1953 р. Особливої наради при МВС СРСР як позасудового органу, що користувався правом застосування санкцій кримінального закону.

Друга половина 50-х років XX ст. ознаменувалася спадом репресій тоталітарного радянського режиму, що обумовило необхідність розробки нового кримінально-процесуального законодавства, яке значно розширило гарантії прав особи у кримінальному процесі.

У науковому обігу у середині 50-х років XX ст. напередодні прийняття Основ кримінального судочинства та КПК союзних республік вперше з'явився термін «оперативно-розшукова діяльність»[1], який за своїм змістом включав у себе як розшукову роботу за фактом вчинення злочину, так і пошуково-розвідувальну роботу, спрямовану на попереджувальне виявлення осіб, що замишляють злочинну діяльність чи готуються до неї, причин та умов, що могли призвести до вчинення злочинів, а також окремі їх ознаки. На необхідність цієї діяльності для кримінального процесу вказував Д. С Карєв, справедливо зазначаючи, що «в низці справ (крадіжка, розбій, бандитизм і т. д.) розкриття злочинів, розшук і затримання злочинців можуть бути успішно здійснені оперативно-розшуковою діяльністю органів міліції; первинні

[1] Див.: *Карев Д.* Вопросы уголовного процесса в связи с проектом УПК СССР// Социалистическая законность. — 1954. — № 2. — С. 35; *Він же.* Уголовно-процессуальное законодательство союзных республик // Там само. — 1959. — № 6. — С. 14; *Васильев А.* Дознание и предварительное следствие // Там само. — 1959. — № 3. — С. 15.

слідчі дії по виявленню слідів злочину і злочинця легше провести цим органам»[1].

У теорії криміналістики в цей час окремі науковці висловлювали думку, що розшукова та оперативно-розшукова діяльність є тотожними, відмежовуючи в той же час проведення розшукових слідчих дій слідчого від оперативних заходів органу дізнання[2]. Водночас з цього приводу була й інша, більш переконлива точка зору, згідно з якою ОРД надавалося самостійне значення, оскільки вважалося, що методи здійснення оперативно-розвідувальних заходів визначаються іншими актами, а не кримінально-процесуальним законодавством[3].

З цього часу термін «оперативно-розшукова діяльність» у зазначеному розумінні широко вживався в теорії, нормативних актах та в практиці органів внутрішніх справ і за своїм змістом означав таємну діяльність органів дізнання з виявлення й розкриття злочинів за допомогою спеціальних засобів, що проводилися у визначених відомчими нормативно-правовими актами формах .

У той же час у наукових джерелах, нормативно-правових актах і в практиці органів державної безпеки в досліджуваний період термін «оперативно-розшукова діяльність» не вживався. Використовувалися терміни «оперативна діяльність», «агентурно-оперативна діяльність», «розвідувальна діяльність», «контррозвідувальна діяльність» та ін. Хоча в зазначені поняття вченими того часу вкладався інколи різний зміст, проте загальним для вказаних понять всіма фахівцями, що дотримувалися точки зору про їх нетотожність, називалося використання специфічних засобів, які мають негласний характер[5].

[1] *Карев Д.* Вопросы уголовного процесса в связи с проектом УПК СССР // Социалистическая законность. — 1954. — № 2. — С. 35.

[2] Див.: *Белкин Р. С.* Курс криминалистики: В 3 т. — М., 1997. — Т. 2. — С. 204-205.

[3] Див.: *Крылов И. Ф., Бастрыкин А. И.* Розыск, дознание, следствие: Учеб. пособие. — Л., 1984, — С . 8-9.

[4] Див.: *Лекарь, А. Г., Волынский А. Ф., Гребельский Д. В., Самойлов В. Г.* Методологические проблемы теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Труды КВШ МВД СССР. — 1976. — № 8 ее. — С. 5-Ю; *Сидоренко И. И.* Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел: учебная дисциплина, самостоятельная юридическая наука, отрасль права // Труды КВШ МВД СССР. — 1981. — № 3 ее. — С. 72; Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования: Учебник / Под. ред. Т. В. Аверьяновой и Р. С. Белкина. — М., 1997. — С. 56; та ін.

[5] Див.: *Савченко А. П.* Агентурно-оперативная деятельность органов советской контрразведки как объект правового регулирования // Труды ВКШ КГБ СССР. — 1981. — № 24. — С. 216-224; та ін.

Отже, підсумовуючи викладене, слід зазначити, що у різні періоди радянської доби до прийняття КПК 1960 р. в Україні особливості використання матеріалів ОРД у кримінальному судочинстві обумовлювалися характером взаємозв'язку розшукової діяльності й кримінального процесу. Такий взаємозв'язок, перш за все, залежав від політичних чинників, якими визначалася роль правоохоронних органів (куди включався і суд) у державному функціонуванні.

У 20-40-х роках XX ст. в органах ВНК-ДПУ-НКВС ОРД і попереднє слідство належали до компетенції одного підрозділу й входили, як правило, до повноважень однієї особи. КПК 1922 р. та КПК 1927 р. встановлювали спрощенні процесуальні форми судочинства на всіх його стадіях, що обґрунтовувалося зайвим формалізмом досудового розслідування, необхідністю скорочення часу між вчиненням злочину й застосуванням покарання. Дізнання у цей час розглядалося як початковий етап попереднього розслідування, що мав обмежуватися слідчими діями термінового характеру, як одна із його форм. Для органів ВНК-ДПУ-НКВС у 20-40-ві роки XX ст. воно було єдиною формою попереднього розслідування. У 30-50-ті роки XX ст. органи державної безпеки були перетворені на карально-репресивну машину правлячого режиму, які діяли фактично поза межами права, поза прокурорським наглядом і судовим контролем, із застосуванням тортур. ОРД у злочинах проти держави фактично була єдиним засобом реалізації кримінально-правової політики держави, в якій кримінальний процес мав лише допоміжний і не завжди обов'язковий характер. Його форми використовувалися, як правило, для наданням рішенням репресивних органів «правового характеру». Більшість кримінальних справ, у яких використовувалися матеріали ОРД, розслідуваних цими органами, вирішувалася у позасудовому порядку «двійками», «трійками», «особливими нарадами».

Такий порядок вирішення кримінальних справ створював для правлячого тоталітарного комуністичного режиму ефективну маневрену репресивну машину, яка була здатна миттєво розправлятися з будь-якими політичними опонентами. Цьому сприяло: впровадження спрощених процесуальних форм; зосередження розшуку, дізнання і слідства в органах державної безпеки в 20-30-ті роки в одних і тих самих підрозділах та в компетенції одних і тих самих осіб; відсутність будь-яких процесуальних гарантій для осіб, що притягувалися до кримінальної відповідальності у державних злочинах, і ставлення до таких гарантій як до непотрібних, таких, що обтяжують кримінальний процес

формальностями (хоча кримінально-процесуальне законодавство того часу таких винятків не передбачало); широке розповсюдження у 30-50-ті роки XX ст. практики приєднання до кримінальних справ у державних злочинах таємних пакетів з позначкою «Тільки для головуючого!» з меморандумами оперативно-розшукових справ чи окремих оперативно-розшукових заходів, що впливало на формування внутрішнього переконання суду, а інколи було й прямим тиском на суд при прийнятті ним відповідних процесуальних рішень у кримінальних справах (це призводило до того, що процесуальні рішення на підставі матеріалів ОРД органів державної безпеки приймалися без будь-якої процесуальної перевірки таких матеріалів навіть судом); відсутність будь-якого прокурорського нагляду й судового контролю за ОРД та належного прокурорського нагляду й судового контролю за використанням матеріалів ОРД у кримінальному процесі.

До прийняття в 1958 р. Основ кримінального судочинства та в 1960 р. КПК УРСР існування ОРД як самостійного виду державної правоохоронної діяльності, що включала як розшукову, так і розвідувально-пошукову роботу, взагалі замовчувалося й ретельно приховувалося від громадськості, хоча ця діяльність відігравала важливу роль у боротьбі із загальнокримінальною злочинністю, а у політичних репресіях, що здійснювалися органами державної безпеки, ОРД фактично була злита з досудовим слідством, яке мало суто формальний характер і здійснювалося в основному в інтересах тоталітарного комуністичного режиму з грубим порушенням прав людини.

Негативний досвід впливу ОРД на кримінальне судочинство в 30-50-ті роки XX ст. у кримінальних справах про злочини проти держави призвів до того, що окремі сучасні правники висловлюють категоричну думку про недопустимість зрощування оперативно-розшукових і кримінально-процесуальних функцій навіть на досудових стадіях сучасного кримінального процесу України або за умов забезпечення такого «зрощування» відповідними процесуальними формами та інститутами прокурорського нагляду й судового контролю з метою недопущення порушення прав людини та забезпечення ефективності кримінального судочинства.

При оцінці будь-яких правових інститутів кримінального процесу та ОРД періоду репресій радянської доби з точки зору права слід враховувати, що ці інститути в той час були спотворені політичними чинниками й діяльність владних суб'єктів кримінального процесу фактично здійснювалася поза правовими нормами.

§ 3. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі в радянську добу після прийняття КПК України 1960 р.

Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі в радянську добу обумовлювалося характером взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу, який визначався прийнятими 25 грудня 1958 р. Основами кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік (далі — Основи)[1] та КПК союзних республік у 1960-1961 рр.

Нове кримінально-процесуальне законодавство вперше за радянської доби передбачило можливість використання оперативно-розшукових заходів (далі— ОРЗ) в інтересах кримінального судочинства. У статті 29 Основ вказувалося, що на органи дізнання покладається «вжиття необхідних оперативно-розшукових заходів з метою виявлення ознак злочину й осіб, що їх вчинили». Дане положення згодом було дослівно відтворене в ч. 1 ст. 103 КПК УРСР 1960 р.[2]

Особливістю кримінально-процесуального законодавства цього періоду є те, що воно дало нормативне визначення поняття доказів, а також докладно визначало порядок їх отримання. КПК України 1960 р. вперше у вітчизняній історії у главі 5 визначив, що доказами в кримінальній справі є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

Ці дані встановлюються: показаннями свідків, показаннями потерпілого, показаннями підозрюваного, показаннями обвинуваченого, висновком експерта, речовими доказами, протоколами слідчих і судових дій та іншими документами (ст. 65 КПК).

Новелами нового кримінально-процесуального законодавства, які впливали на особливості використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі для отримання доказів, було те, що він визначив порядок отримання доказів (ст. 66 КПК України), їх оцінку (ст. 67 КПК України) та предмет доказування у кримінальних справах (ст. 64 КПК України).

[1] Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. — 1959 — №1. — Ст. 15.

[2] Ведомости Верховного Совета УССР. — 1961. — № 2. — Ст. 15.

Нормативно-правове визначення поняття доказів, порядку їх отримання та оцінки, а також предмета доказування мало велике значення, особливо після репресій 30-50-х років XX ст., оскільки створювало певні гарантії невизнання доказами таких фактичних даних, які отримані з порушенням процесуальної форми, у тому числі й в ході ОРД, запобіганню їх фальсифікацій та необгрунтованого притягнення осіб до кримінальної відповідальності й засудження.

Змістовно функції ОРД на практиці не були розширені, проте закріплення у КПК можливості здійснення оперативно-розшукових заходів в інтересах кримінального судочинства мало велике значення для визначення характеру взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу та особливостей використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства. Водночас на ефективність цього взаємозв'язку негативного впливало те, що в законодавстві не були визначені поняття «оперативно-розшукова діяльність», «оперативно-розшукові заходи», «розшукові дії» та їх співвідношення, а у правовій, у тому числі й спеціальній, літературі з цього приводу розгорнулися наукові дискусії. Саме в цей період наука ОРД[2] набуває самостійного характеру, виокремлюючись

[1] Див.: *Лекарь А. Г.* Соотношение оперативно-розыскных мер и следственных действий в предотвращении и раскрытии преступлений // Труды ВШ МООП РСФСР. — 1963. — № 3с. — С. 47; *Лекарь А. Г., Синшов Г. К.* Некоторые вопросы совершенствования работы негласного аппарата// Оперативно-розыскная работа.— 1970.— №57.— С. 27-33; *Возный А. Ф., Корсаков С. В.* О доказательственном значении некоторых данных, добытых оперативно-розыскным путем// Труды КВШ МВД СССР.— 1971.— № 2с. — С. 34-37; *Богданов Б. Е.* Организация оперативного обслуживания аппаратами БХСС объектов и отраслей народного хозяйства: Метод, пособие. — М., 1972; *Лукашов В. А.* Правовые и организационно-тактические проблемы советского уголовного розыска: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1972; *Алексеев А. Я, Синшов Г. К.* Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел.— М., 1973; Личный сыск: Учеб. пособие/ Вандышев А. С, Волынский А. Ф., Гребельский Д. В. и др. — М., 1973; *Возный А. Ф.* Оперативная разработка: Уголовно-правовые основы. — Киев, 1973; *Синилов Г. К.* Правовые, информационные и тактические основы оперативно-розыскной деятельности советской милиции. — М., 1975; *Лекарь, А. Г., Волынский А. Ф., Гребельский Д. В., Самойлов В. Г.* Методологические проблемы теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Труды КВШ МВД СССР. — 1976. — №8 се.. — С. 3-34; *Вандышев А. С.* Методологические и организационно-тактические проблемы оперативного поиска// Труды КВШ МВД СССР.— 1976.— № 8 ее. — С. 35-49; *Лукашов В. А.* Введение в курс «Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел»: Учеб. пособие. — Киев, 1976; *Гребельский Д. В.* Теоретические основы и организационно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1977; *Самойлов В. Г.* Документирование по делам оперативной разработки: Учеб. пособие. — Горький, 1978; та ін.

[2] Теорія ОРД, яка вивчає специфічні закономірності з метою розробки спеціальних засобів і методів боротьби зі злочинністю, вже не могла розглядатися як частина криміналістичної теорії. У той же час для криміналістики особливий інтерес мала розробка в теорії ОРД таких питань, як зміст і види оперативної інформації, зв'язок оперативної інформації з інформаційними процесами при доказуванні, шляхи й межі використання в ОРД криміналістичних

з криміналістики як науки, що вивчає певну трупу об'єктивних закономірностей дійсності й заснованих на пізнанні цих закономірностей засобів і методів розслідування злочинів та запобігання їм . У цей період створюється потужна відомча нормативно-правова база органів внутрішніх справ з правового регулювання ОРД, у тому числі й щодо оперативно-розшукового забезпечення попереднього (досудового) слідства та використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства.

При цьому слід зазначити, що термін «оперативно-розшукова діяльність» у законодавстві того часу взагалі не вживався. У КПК УРСР 1960 р. використовувалися такі терміни, як «оперативно-розшукові заходи» (ч. 3 ст. 104), «розшукові дії» (ч. 3 ст. 114). Зважаючи на важливість визначення таких понять, як «оперативно-розшукові заходи», «оперативно-розшукові дії», «розшукові дії», особливо для взаємодії органів слідства й дізнання при виконанні останніми відповідно до ч. 3 ст. 114 КПК України доручень слідчого про проведення розшукових дій, а також для використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі, одразу ж навколо їх змісту та співвідношення серед фахівців у галузі кримінального процесу, криміналістики й ОРД розгорнулись гострі наукові дискусії.

Так, одні дослідники, визначаючи ОРЗ як збірне поняття, що включає поряд з розшуковими так звані «оперативні заходи», розуміли під ними «заходи непроцесуального характеру, в основі яких є використання негласних засобів і методів», тобто ототожнювали ОРЗ із розшуковими діями[2]. На думку інших, поняття «розшукові дії» за своїм змістом більш широке, ніж «оперативно-розшукові заходи», і співвідношення між ними визначається як рід до виду[1]. Виходячи з цього, «оперативно-розшукові заходи», як і «пошукові дії негласного характеру» , вважалися негласною частиною розшукових дій.

У деяких працях вказувалося на необхідність розглядати поняття «розшукові заходи» як родове, що охоплює весь комплекс застосовуваних у процесі розслідування непроцесуальних заходів, спрямованих на виявлення злочинів і осіб, винних у їх вчиненні[3].

Інші вчені, використовуючи як родове поняття «оперативно-розшукові заходи», теж поділяли їх на гласну й негласну частини. Гласну частину вони називали «розшуковими діями», негласну — «оперативними заходами» . Висловлювалася думка, що оперативна робота має гласний характер[5].

Окремі науковці виходили із самостійного характеру ОРЗ і розшукових дій[6]. З цього приводу О. Г. Птицин писав, що поділ на оперативну йрозшукову діяльність є необхідним, оскільки здійснення кожної з них перебуває в межах компетенції різних органів: розшукову діяльність здійснюють всі органи дізнання й слідства, а оперативну — лише деякі з них за допомогою спеціальних прийомів, методів і засобів та переважно в негласній формі[7]. Стосовно співвідношення ОРЗ і оперативно-розшукових дій висловлювалися думки, що це тотожні поняття[8].

У процесуальній, криміналістичній і спеціальній літературі ОРЗ включалися до поняття ОРД, яка визначалася як система розвідуваль-

засобів .і прийомів та співвідношення оперативно-розшукових і слідчих заходів, поєднання гласних і негласних методів, мета, напрями та прийоми використання оперативним працівникам інформації, яка надається йому слідчим, тощо.

В усіх підручниках з кримінального процесу, що вийшли друком після прийняття Основ та КПК союзних республік, питання про наукові засади ОРД не розкривалося, навіть при розгляді питання про співвідношення науки кримінального процесу з іншими галузями наукових знань, у тому числі із криміналістикою. У деяких із них згадувалися ОРЗ як джерело безпосереднього виявлення органом дізнання ознак злочину. — *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса: В 2 т. — М., 1968. — Т. I. — С. 101-102; Советский уголовный процесс/ Под ред. Д. С. Карева.— М„ 1968.— С. 36-37; Советский уголовный процесс/ Под ред. М. И. Бажанова и Ю. М. Грошевого. — Киев, 1983.— С. 17; та ін. У навчальному посібнику П. А. Лупінської вказувалося, що розробкою тактики оперативно-розшукових дій (ОРЗ. — *М.* Я.) повинні займатися криміналісти. — *Лупинская П. А.* Доказывание в советском уголовном процессе. — М., 1966. — С. 20.

[1] Криминалистика социалистических стран/ Под ред. В. Я. Коддина.— М, 1986.— С. 22; та ін.

[2] Див.: *Белкин Р. С.* Собирание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы. — М: Наука, 1966. — С. 39; Криминалистика / Под ред. А. Н. Васильева. — М., 1971. — С. 417-422; *Осипов А. Ф.* Вопросы соотношения уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности (взаимодействие следователей с органами дознания): Учеб. пособие.— М., 1976. — С. 20-23.

Див.: *Гуткин И. М.О* соотношении понятий «оперативно-розыскные меры» и «розыскные действия» в советском уголовно-процессуальном законодательстве// 50 лет советской прокуратуры и проблемы совершенствования предварительного следствия.— Л 1972.— С. 60-63.

Див.: *Якупов Р. Х, Айдаров И. И.* Пределы поручения следователя органу дознания// Груды Горьковской ВШ МВД СССР. — 1976. — Вып. 6. - С. 133.

Див.: *Сазоник И. П.* Тактические основы производства розыскных действий по уголовным делам о государственных преступлениях: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук.— М 1988. — С . 12-14.

Див.: *Бакрадзе А.* Надзор за законностью оперативно-розыскных мер// Социалистическая законность. — 1968. — № 2. — С. 41-43; *Лузгин И. М.* Методологические проблемы расследования. — М., 1973. — С. 209; *Кузнецов Н. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. — Воронеж, 1983. — С. 69; та ін.

Див.: *Куклин В. И.* Неотложные следственные действия. — Казань, 1967. — С. 120.

Див.: *Ларин А. М.* Расследование по уголовному делу: процессуальные функции. — М., 1986. — С. 7; *Косенко А. С.* Розыскные действия в советском уголовном процессе: Учеб. пособие. — Хабаровск, 1989. — С. 7.

Див.: *Птицын А. Г.* Использование оперативно-розыскной информации на предварительном следствии: Проблемная лекция по курсу криминалистики. — Киев, 1977. — С. 7-8.

Див.: *Алексеев А. И., Синилов Г. К.* Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. — М., 1973. — С. 98.

них (пошукових) заходів, заснованих переважно на застосуванні негласних заходів і методів попередження, припинення злочинів, а також розшуку злочинців, що переховуються[1]. Подібні визначення поняття ОРД з певними відмінностями пропонували й інші правники[2]. ОРД, з погляду тогочасних науковців органів внутрішніх справ, включала в себе як розшукову функцію — розшук встановлених осіб чи груп осіб, предметів тощо, так і розвідувально-пошукову функцію — виявлення за певними ознаками окремих осіб, груп, предметів, процесів тощо.

Закріплення в кримінально-процесуальному законодавстві можливості застосування органами дізнання ОРЗ та використання їх в інтересах кримінального судочинства поставило питання про взаємозв'язок ОРД і кримінального процесу та про процесуальну природу ОРЗ і дізнання. Причому ці питання розглядалися лише в контексті повноважень органу дізнання.

Так, одні автори, які відстоювали саме синтез оперативно-розшукових і кримінально-процесуальних повноважень органу дізнання, включали ОРЗ до змісту дізнання, обґрунтовуючи це тим, що вжиття зазначених заходів закріплено в кримінально-процесуальному законі[3]. Р. М. Готліб писав, що дізнання є «врегульованою нормами

Див.: Основы оперативно-розыскной деятельности органов милиции УССР/ Отв. ред. И.Бондаренко.— Киев, 1965.— С. 8; Оперативно-розыскная деятельность органов охраны общественного порядка. Раздел 1: Основы оперативно-розыскной деятельности / Под общ. ред. А. Я. Кудрявцева. — М., 1966. — С. 8; *Васильев А. Н., Яблоков Н. П.* Предмет, система и теоретические основы криминалистики. — М, 1984. — С. 49.

[2] Див.: *Птицын А. Г.* Основные вопросы теории и практики координации следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий при расследовании хищений, совершенных должностными лицами: Дис. ... канд. юрид. наук. — Харьков, 1969.— С. 30; Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел. Общая часть: Учебник / Под ред. А. Г. Лекаря и Д. В. Гребельского. — М., 1972. — С. 8; *Синилов Г. К.* Правовые, информационные и тактические основы оперативно-розыскной деятельности советской милиции. — М., 1975. — С. 28; *Лукашов В. А.* Введение в курс «Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел»: Учеб. пособие. — Киев, 1976. — С. 23; *Дубинский А. Я.* Исполнение процессуальных решений следователя: Правовые и организационные проблемы. — Киев, 1984. — С. 104; Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел: Общая часть. Разделы I—VII: Учебник / Под ред. В. М. Атмажитова. — М, 1990. — С. 15.

[3] Див.: *Коврига З. Ф.* Дознание в органах милиции.— Воронеж, 1964.— С. 7; *Иванов В. А.* Дознание в советском уголовном процессе: Учеб. пособие.— Л., 1966.— С. 8; *Мальцев Е. Г.* О принципах и условиях сочетания оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий // Вопросы уголовного права, процесса и криминалистики: Ученые записки Пермского ун-та — 1967. — № 187. — С. 73-76; Советский уголовный процесс / Под ред. Д. С. Карева. — М., 1968. — С. 201; *Лимаренко С. Л.* Основные этапы развития органов предварительного расследования Украинской ССР: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К, 1972. — С. 18; *Ломовский В. Д.* О понятии дознания и полномочиях органов дознания по уголовным делам, им не подследственным // Вопросы организации суда и осуществления правосудия в СССР. — Калининград, 1974. — Вып. 3. — С. 85-87; *Крылов И. Ф., Бастрыкин А. И.*

права діяльністю спеціально уповноважених державних органів, яка здійснюється оперативно-розшуковими і процесуальними методами під наглядом прокурора з метою виявлення, розкриття, попередження й припинення злочинів»[1]. Зазначалося, що процесуальна діяльність доповнює оперативно-розшукову роботу і є її продовженням . Положення ст. 103 КПК УРСР (ст. 118 КПК РРФСР), які покладали на органи дізнання вжиття необхідних ОРЗ із метою виявлення ознак злочину й осіб, що його вчинили, розглядалися як указівки на необхідність зближення процесуальних і непроцесуальних методів. Поділяючи цю точку зору, Д. С Карєв визначав дізнання як найпростішу форму розслідування кримінальних справ, у якій застосовуються як оперативно-розшукові, так і слідчі методи попередження, припинення й розкриття злочинів . Виходячи з цього, висловлювалася думка, що при порушенні органом дізнання кримінальної справи за оперативними матеріалами проведення невідкладних слідчих дій доцільно доручати саме тому практичному працівнику, який намічав і здійснював ОРЗ .

Інші автори вважали, що оперативно-розшукова та кримінально-процесуальна — різні за своєю природою і самостійні види державної діяльності[5]. Виходячи з цього, М. С. Строгович зазначав: «Оперативно-розшукова діяльність — це сукупність різних дій, що не мають процесуального характеру й не наділені процесуальною формою» . Зазначалося, що ОРД, хоч і сприяє кримінальному судочинству, проте виходить за його межі[7]. С. А. Шейфер зауважував, що оперативно-

Розыск, дознание, следствие: Учеб. пособие. — Л., 1984. — С. 8-9; *Абдумаджидов Г.* Расследование преступлений. — Ташкент, 1986. — С. 70; *Кругликов А. П.* Правовое положение органов и лиц, производящих дознание в советском уголовном процессе. — Волгоград, 1986.— С. 5; та ін.

Готлиб Р. М. Прокурорский надзор за исполнением законов при производстве дознания органами милиции. — Л., 1970. — С. 4.

" Див.: *Коврига З. Ф.* Вказана праця. — С. 11.

[3] Советский уголовный процесс / Под ред. Д. С. Карева. — М, 1968. — С. 201.

[4] Див.: Милиция как орган дознания: Учеб. пособие / Под ред. Е. А. Гомилко. — Киев, 1989. — С . 14-15.

[5] Див.: *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса: В 2 т. — М, 1970. — Т. П. — С. 29; *Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькинд П. С.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. — Воронеж, 1978. — С. 51; *Грянко В. В., Дубинский А. Я., КузминовА. С.* Дознание в органах внутренних дел Украинской ССР.— Киев, 1980.— С. 9-12; *Крылов И. Ф., Бастрыкин А. И.* Вказана праця. — С. 8-9; *Дубинский А. Я.* Вказана праця. — С. 99; *Гуткин И. М.* Некоторые вопросы теории и практики применения законодательства об органах дознания // Формы досудебного производства и их совершенствование. — Волгоград, 1989.— С. 78.

[6] *Строгович М. С.* Вказана праця. — С. 9.

[7] Дознание в органах внутренних дел / Под ред. А. А. Чувилева. — М., 1986. — С. 51.

розшукова й кримінально процесуальна діяльність засновані на різних принципах[1].

У цьому контексті А. Я. Дубинський вказував, що включення ОРД до поняття «дізнання» обумовлено необгрунтованим змішуванням двох близьких, але зовсім різних за значенням понять «дізнання як діяльність» і «орган дізнання, який діє певним чином»[2]. Він наголошував, що «зрощування цих двох функцій неприпустимо, оскільки воно може негативно позначитися на оцінці доказів, що збираються, об'єктивності розслідування й формуванні висновків у кримінальній справі... Теоретичне визнання положення, що дізнання включає виконання оперативно-розшукових заходів, нерідко призводить на практиці до того, що особа, яка проводить дізнання, здійснює й оперативно-розшукові заходи» .

У науковій літературі з цього приводу слушно зазначалося, що кримінально-процесуальний закон, згадуючи ОРЗ, лише передбачає їхню допустимість, необхідність і мету застосування. Однак правова регламентація цих заходів у КПК відсутня, що вказує на їхній непроцесуальний характер. Вони лише здійснюються поряд і в тісному зв'язку з процесуальною діяльністю . Як аргумент на користь того, що ОРЗ є непроцесуальними, вказувалася також можливість проведення їх до порушення кримінальної справи[5]. Відстоюючи цю точку зору, І. М. Гуткін зазначав, що від того, що ОРЗ здійснюються тим самим суб'єктом, що й кримінально-процесуальні — органом дізнання, — вони не стають складовою дізнання[6]. Для таких органів, — наголошував Р. С Бєлкін, — характерно те, що їхня діяльність не вичерпується проведенням дізнання (розслідування), вони виконують

Шейфер С. А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. — М., 1981. — С . 26.

Дубинский А. Я. Исполнение процессуальных решений следователя: Правовые и организационные проблемы. —Киев, 1984. — С. 99.

[3] Милиция как орган дознания: Учеб. пособие/ Под ред. Е. А. Гомилко.— Киев, 1989. — С . 14-15.

Див.: *Грянко В. В., Дубинский А. Я., Кузминов А. С.* Дознание в органах внутренних дел Украинской ССР. — Киев, 1980. — С. 9-12; *Крылов И. Ф., Бастрыкин А. И.* Розыск, дознание, следствие: Учеб. пособие.— Л., 1984.— С. 8-9; Дознание в органах внутренних дел/ Под ред. А. А. Чувилева. — М., 1986. — С. 8; Милиция как орган дознания: Учеб. пособие / Под ред. Е. А. Гомилко. — Киев, 1989. — С. 14.

Див.: *Лукьянчиков Е. Д.* Рецензия на кн.: Абдумаджидов Г. Расследование преступлений (процессуально-правовое исследование) // Правоведение. — 1988. — № 3. — С. 103.

Гуткин И. М. Некоторые вопросы теории и практики применения законодательства об органах дознания // Формы досудебного производства и их совершенствование. — Волгоград, 1989. — С . 78

й інші функції. Специфічною діяльністю органу дізнання, на його думку, є розшукова діяльність. Істотна особливість ОРЗ полягає в тому, що вони не мають властивості кримінально-процесуальних актів і тому не наділяються процесуальними формами[1]. Будучи прибічником цієї точки зору, Ю. Ф. Карасьов справедливо зазначав, що хоча оперативно-розшукові й кримінально-процесуальні функції не можна змішувати, та поряд із цим їх не слід і протиставляти, оскільки лише у взаємодії вони можуть дати відчутні результати в боротьбі зі злочинністю[2]. Цю думку поділяв і В. М. Горбачов, наголошуючи, що взаємодія органів слідства й дізнання є однією з умов успішного розкриття й розслідування злочинів[3].

У статті 98 КПК УРСР 1960 р. вперше на законодавчому рівні було закріплене положення щодо винесення постанови про порушення кримінальної справи при наявності приводів та підстав, які вказують на ознаки злочину, що дало можливість окремим авторам стверджувати, що «практично порушення кримінальної справи і початок дізнання і досудового слідства зближуються одне з одним в тих випадках, коли справу розслідує орган, який порушив справу; але й у цьому випадку порушення кримінальної справи не втрачає свого значення окремої стадії кримінального процесу» .

Таким чином, дізнання визначалося як перша стадія кримінального процесу і як форма попереднього (досудового) розслідування після порушення провадження у кримінальній справі[5]. Визнаючи дізнання самостійною стадією кримінального процесу, окремі науковці висували ідею процесуалізації перевірки заяв та повідомлень про злочин і пропонували розширити коло слідчих дій, що провадяться до порушення кримінальної справи, доповнивши його такими, як проведення обшуків, накладення арештів на майно у невідкладних випадках[6]; затримання підозрюваного і пов'язані з ним дії (особистий обшук

[1] *Белкин Р. С.* Собирание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы. — М. 1966. — С . 39.

[2] *Карасев Ю. Ф.* Возбуждение уголовного дела в органах КГБ: Автореф. дис. ... канд. юрид наук. — М., 1970. — С . 5.

/ *прбачев В. Н.* Некоторые вопросы взаимодействия следственных и оперативных подраздс- і иий органов КГБ по использованию оперативной информации при возбуждении уголовного тела//Труды ВКШ КГБ СССР. — 1971. — №3. — С. 194.

(ив.: *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса: В 2 т.— М., 1970.— Т. II. (. 10-11.

, 1ин.: *Михайленко А. Р.* Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе /1 Ю і ред. проф. А. Л. Цыпкина. — Саратов, 1975. — С. 5.

' Див.: *Мартынович И. И.* Некоторые вопросы возбуждения уголовного дела// Ученые записки БГУ. — Мн., 1957. — Вып. 34. — С. 125-129.

і освідування підозрюваного, огляд його одягу, житла, виїмка необхідних для дослідження предметів)[1]; освідування потерпілого,[2] проведення експертиз ; судово-медичне освідування свідка, допит потерпілого і підозрюваного, якщо вони перебувають у стані, коли є загроза їхньому життю . Проте у цієї ідеї були й противники, які вважали, що немає підстав для штучного розмежування порушення кримінальної справи і попереднього розслідування на дві стадії, оскільки порушення кримінальної справи зводиться по суті до складання єдиного документа — постанови про порушення кримінальної справи[5], або що перша стадія кримінального процесу не є такою, оскільки вона являє собою лише перевірку заяв і повідомлень про злочини»[6].

Отже, намагання вчених після прийняття кримінально-процесуального законодавства 1960 р. розширити і більш докладно формалізувати засоби пізнання в ході встановлення обставин для порушення провадження у кримінальній справі є, на наш погляд, намаганням сформувати більш надійні гарантії захисту прав особи від необгрунтованих кримінальних розслідувань, що мали місце в перші роки радянської влади й набули масштабних розмірів у роки сталінських репресій.

Виходячи з неоднозначного розуміння в теорії ОРД і кримінального процесу співвідношення ОРД і кримінального процесу (включення ОРД до змісту дізнання, тобто надання ОРД процесуального статусу, або ж розуміння ОРД і кримінального процесу як різних за своєю природою, самостійних видів державної діяльності), неоднозначно вирішувалося й питання щодо використання матеріалів ОРД як приводів та підстав для порушення провадження у кримінальній справі, проведення слідчих дій та використання їх для прийняття інших процесуальних рішень і в доказуванні.

Одні автори вважали, що приводом до порушення кримінальної справи є безпосереднє виявлення ознак злочину органом дізнання в результаті його ОРД (п. 5 ст. 94 КПК України, п. 6 ст. 108 КПК РРФСР у ред. 1960 р.)[1]. На думку інших, оперативно-розшукові дані про злочин самі собою не можуть бути покладені в основу прийняття рішення про порушення провадження у кримінальній справі, оскільки закон не вказує такі джерела як приводи до порушення кримінальної справи .

Пропонувалося також використовувати матеріали ОРД для порушення кримінальної справи через такий привід, як повідомлення про злочин установ чи посадових осіб (п. 1 ст. 94 КПК України) , або ж розглядати результати ОРД як окремий привід до порушення кримінальної справи, у зв'язку з чим доповнити КПК відповідним положенням .

Неоднозначно вирішувалося в теорії кримінального процесу в цей період і питання щодо можливості використання матеріалів ОРД як підстав для порушення провадження у кримінальній справі. На формування підстав як достатніх даних, що вказують на ознаки злочину, впливала відсутність єдності думок вчених на розуміння сутності доказів і доказування у кримінальному процесі, співвідношення кримінально-процесуального доказування і пізнання.

Див.: *Михайленко А. Р.* Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе / Под ред. проф. А. Л. Цыпкина. — Саратов, 1975. — С. 18-19.

Див.: *Альперт С. А., Стремовский В. А.* Возбуждение уголовного дела органами милиции.— Харьков, 1957.

Див.: *Мартынович И. И.* Некоторые вопросы возбуждения уголовного дела // Ученые записки БГУ. — Мн., 1957. — Вып. 34. . — С. 125-129; *Светланов Е. М.* Технические средства для производства криминалистических экспертиз на месте происшествия // Теория и практика получения доказательственной информации техническими средствами на предварительном следствии. — Киев, 1980; *Федоров Ю. Д.* Использование специальных знаний при осмотре места происшествия // Пути совершенствования следственных аппаратов органов внутренних дел. — Ташкент, 1987.

Див.: *Гаврилов А. Г., Стремовский В. А.* Законность и обоснованность возбуждения уголовного дела в советском уголовном процессе. — Ростов, 1968.

Див.: *Чельцов М. А.* Советский уголовный процесс. — М., 1962. — С. 231.

Див.: *Балашов А.* Действительно ли возбуждение уголовного дела— первоначальная стадия уголовного процесса? // Законность. — 1989. — № 8. — С. 53-54.

[1] *Карасев Ю. Ф.* Возбуждение уголовного дела в органах КГБ: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. — М., 1970. — С 7; *Горбачев В. Н.* Некоторые вопросы взаимодействия следственных и оперативных подразделений органов КГБ по использованию оперативной информации при возбуждении уголовного дела// Труды ВКШ КГБ СССР. — 1971. — № 3. — С. 200; *Михайленко А Р.* Вказана праця. — С. 54; *Жогин Н. В., Фаткуллин Ф. Н.* Возбуждение уголовного дела.— М, 1961. — С. 115;. *Вони ж.* Предварительное следствие в советском уголовном процессе. — М., 1965.— С. 7; *Бородин С. В.* Некоторые правовые вопросы взаимодействия оперативного работника и следователя органов охраны общественного порядка// Труды ВНИИИОП МООП СССР. — 1967. — № 9с. — С. 21-35; *Григорьев В. Н.* Непосредственное обнаружение признаков преступления органом дознания, следователем, прокурором, судом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Д., 1982. — С. 10; *Кузнецов Н. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. — Воронеж, 1983. — С. 73; та ін.

[2] Див.: *Бородин С. В., Осипов А. Ф.* Некоторые правовые вопросы взаимодействия следователя и оперативного работника при возбуждении уголовного дела // Бюллетень по обмену опытом оперативной работы. — М, 1966. — № 37. — С. 60.

[3] Див.: *Бурыкин В. М.* Некоторые вопросы соблюдения социалистической законности при взаимодействии оперативного работника БХСС и следователя органов внутренних дел // Пути дальнейшего укрепления законности в деятельности органов внутренних дел в свете решений XXIV съезда КПСС. — Ереван, 1974. -- С. 242.

[4] Див.: *Томин В. Т.* Острые углы уголовного судопроизводства. — М., 1991. — С. 116.

Вчені, які вважали доказами лише фактичні дані, дійшли висновку, що всі ці дані, в тому числі й такі, на підставі яких приймаються рішення про порушення провадження у кримінальній справі, мають ознаки кримінально-процесуальних доказів і є такими[1], а «збирання доказів є метою стадії порушення кримінальної справи»[2]. Така точка зору призводила до помилкового висновку, що фактичні дані (дані про факти), в тому числі й отримані в ході ОРД, можуть бути також доказами у кримінальній справі, а також що ОРД є складовою деяких етапів доказування, оскільки вона може бути засобом виявлення доказів[3].

Ця думка поділялася і В. Ф. Робозеровим, який навів на її користь додаткові аргументи, вважаючи, що інформація, отримана органами дізнання оперативно-розшуковим шляхом у ході виконання доручення слідчого, використовується як засіб пізнання у кримінальному судочинстві й може знадобитися на будь-якому етапі розслідування, а не лише на деяких. З його погляду, «оперативно-розшукові заходи... правомірно вважати однією зі складових процесу доказування»[4].

Розвиваючи цю думку, І. Л. Петрухін запропонував таку конструкцію взаємодії оперативно-розшукових органів та слідчого в ході доказування, за якої «злочин оперативно-розшукові органи розкривають, а слідчі процесуально оформляють зібрані докази та перевіряють їх», тобто, виходячи з цього, проведення слідчих дій, що доповнюють оперативно-розшукову роботу і є її продовженням, обумовлено результатами ОРД[5].

Правниками, які вважали, що доказування є суто кримінально-процесуальною діяльністю, що здійснюється лише після порушення

[1] Див.: *Ульянова Л. Т.* О достаточности доказательств // Вестник Моск. ун-та. — 1974. — № 6. — С. 23-24; *Кузнецов Н. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. — Воронеж, 1983. — С . 13.

[2] *Кузнецов Н. П.* Вказана праця.

[3] Див.: *Ратинов А. Р.* Взаимодействие следователей прокуратуры и милиции при расследовании преступлений// Практика применения нового уголовно-процессуального законодательства.— М., 1962.— С. 86-89; *Винберг А., Кочаров Г., Миньковский Г.* Актуальные вопросы теории судебных доказательств// Социалистическая законность.— 1963.— № 12.— С. 24; *Хоменкер* М. Л. Борьба с хищениями, незаконными изготовлением, распространением и потреблением наркотических веществ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1966; *Малаховская Н. Т.* Некоторые теоретические вопросы применения оперативной техники // Труды ВНИИИОП МООП СССР. — 1967..— № 9с. — С. 43.

Робозеров В. Ф. Оперативно-розыскная информация в системе судебного доказывания // Правоведение. — 1978. — № 6. — С. 107-108.

Петрухин И. Л. О расширении защиты на предварительном следствии // Советское государство и право.— 1982.—№ 1. — С. 67-68. ,

провадження у кримінальній справі згідно з нормами доказового npja-ва, а ОРД лежить за його межами, такий погляд був підданий справедливій критиці. Так, наприклад, М. В. Жогін і Ф. Н. Фаткуллін *ШПЩ* ли, що «стадія порушення кримінальної справи має чітко обмежене завдання, яка не містить у собі доказування» . Виходячи з цього, вчені справедливо зазначали, що «не можна вимагати, щоб постанова про порушення провадження у кримінальній справі ґрунтувалася на розгорнутій системі доказів, оскільки в першій стадії кримінального судочинства їх ще майже немає; але ця постанова має включати аналіз наявних даних; повинна бути вмотивована посиланням на найбільш важливі з них»[2].

Вважаючи доказування кримінально-процесуальною діяльністю, яка здійснюється лише після порушення провадження у кримінальній справі, О. Н. Колесниченко писав, що «ОРД у цілому має допоміжний, підсобний характер щодо доказування. Найважливіше завдання ОРД — установити можливі джерела збирання доказів і тим самим допомогти обранню ефективних шляхів розкриття й попередження злочинів. Допоміжна роль оперативно-розшукової роботи у тому саме й повинна виявлятися, щоб сприяти слідчому обрати і вчасно провести найефективніші процесуальні слідчі дії. Загальновідома роль оперативно-розшукової роботи, що забезпечує ефективність обшуків, допитів та інших дій. Тому не можна вважати правильним, щоб ОРД входила до процесу доказування»[3].

Ця точка зору поділялася й О. Г. Лекарем, який вважав, що «відомості про речові об'єкти (речі й документи), як і будь-які фактичні дані, можуть бути отримані з будь-яких джерел, зокрема, у результаті проведення Оперативно-розшукових заходів, з повідомлень громадських організацій, окремих громадян тощо... такі відомості мають велике значення для виявлення доказів у кримінальній справі; правильно й те, що об'єктивне існування фактичних даних, які можуть мати доказове значення, не втрачається від того, що джерело відомостей про них у зазначених випадках є непроцесуальним. Однак доказові якості, а отже, й доказове значення будь-яких фактичних даних, установлюються лише шляхом проведення відповідних слідчих дій; більше того,

[1] *ЖогиН Н. В. Фаткуллин Ф. Н.* Возбуждение уголовного дела. — *Ы.,* 1961. — С. 173.

[2] Там само. — С. 20.

[3] *Колесниченко А.* О соотношении доказывания и оперативно-розыскной деятельности // Социалистическая законность. — 1963. — № 8. — С. 54.

саме виявлення їх як судових доказів можливо лише процесуальним шляхом, тому не можна вважати надходження відомостей про місце знаходження тих чи інших об'єктів або про існування тих чи інших фактичних даних їх виявленням у процесуальному розумінні»[1].

На обгрунтування такої позиції В. Я. Дорохов слушно зазначав, що збирання доказів являє собою процесуальну діяльність органів дізнання, слідчого, прокурора й суду, спрямовану на виявлення фактичних даних і їх процесуальне оформлення. Виявлення і сприйняття фактичних даних, що стосуються справи, відбуваються в процесі проведення передбачених законом процесуальних дій (обшук, допит та ін.). Дії ж із встановлення джерел доказів і одержання відомостей про місце знаходження предметів і документів закон не відносить до діяльності по збиранню доказів. Зібрати відомості про джерела доказів — ще не означає отримати самі докази. Наявність таких відомостей створює лише можливість для виявлення доказів, що може перетворитися на реальність або залишитися нереалізованою. Якщо докази не були отримані, то, природно, не можна говорити і про процес доказування чи про його окремі елементи. Доказування неможливо здійснювати без доказів. Процес доказування, — цілком справедливо підсумовував В. Я. Дорохов, — це кримінально-процесуальна діяльність, проведена в межах, окреслених кримінально-процесуальним законом. ОРД перебуває за цими межами, не регламентується кримінально-процесуальним законом, хоч і має істотне значення для правильного, повного й швидкого здійснення процесу доказування . Оперативні й розшукові заходи вкрай необхідні для виявлення джерел доказів, та частиною процесу доказування вони не є .

У цьому контексті М. М. Михеєнко вказував, що ОРЗ можу і ь допомогти виявити носіїв можливої доказової інформації і визначити конкретні процесуальні способи її отримання з метою збирання доказів, однак останні можна зібрати, сформувати лише процесуальним шляхом[4]. Подібна думка висловлювалася також С А. Альпертом, М. І. Бажановим, Р. С. Бєлкіним, І. П. Воробйовим, В. І. Зажицьким, О. М. Ларіним, А. Л. Ривліним, Н. В. Сібільовою, С. А. Шейфером та ін.[1]

Таким чином, тогочасна концепція доказування у кримінальній справі, якої дотримувалася більшість науковців, розглядала його як суто кримінально-процесуальну діяльність, що здійснюється після порушення провадження у кримінальній справі, і відводила ОРД лише допоміжну, орієнтовну роль у «виявленні джерел доказів» і не включала її до процесу доказування. На наш погляд, така концепція є науково обгрунтованою, перевірена практикою, проте у сучасних умовах розвитку кримінально-процесуальної науки вона потребує певних уточнень, про що йтиметься у наступних розділах цієї роботи.

Щодо використання матеріалів ОРД як підстав до проведення слідчих дій та прийняття інших процесуальних рішень у теорії кримінального процесу, криміналістики й ОРД висловлювалися такі погляди. Одні правники вважали, що підставами для прийняття будь-яких процесуальних рішень повинні бути лише достовірні докази[2]. Інші науковці припускали, що в основу рішення про проведення слідчих дій можуть бути покладені фактичні дані з більшим чи меншим ступенем імовірності, які забезпечують досягнення мети проведеної дії[3]. Вважалося, що в законі щодо підстав проведення слідчих дій, метою яких є отримання доказів, вказується на фактичні дані, а не на докази. Пізнання, яке здійснюється з метою отримання таких підстав, не є кримінально-процесуальним доказуванням з усіма притаманними

[1] *Лекарь А. Г.* Научные основы организации предотвращения преступлений органами внутренних дел. — М., 1969. — С. 42-43.

[2] *Дорохов В. Я.* Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе. — М., 1981. — С . 220-223.

[3] *Він же.* Проблемы истины, понятие доказательства и природы доказательств в советском уголовном процессе: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1975. — С. 35.

[4] *Михеенко М. М.* Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. — Киев, 1984.— С. 13.

[1] Див.: *Ларин А.* Некоторые проблемы теории доказательств// Соц. законность.— 1963.— № 8 . — С. 54; *Ривлин А., Альперт С, Бажанов М.* О доказательствах в советском уголовном судопроизводстве // Социалистическая законность. — 1963. — № 9. — С. 42; *Белкин Р. С.* Собирание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы. — М, 1966. — С. 38-43; *Воробьев И. П.* К вопросу о значении оперативно-розыскной информации уголовного розыска для процесса доказывания // Труды КВШ. — 1976. — № 8 ее. — С. 137—147; *СибилеваН. В.* Допустимость доказательств в советском уголовном процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. — Харьков, 1986. — С. 17, 40-42; *Шейфер С. А.* Собирание доказательств в советском уголовном процессе: методологические и правовые проблемы. — Саратов, 1986. — С. 34; *Зажицкий В. И.* Уголовно-процессуальное доказывание и другие способы познавательной деятельности в уголовном судопроизводстве // Труды ВКШ КГБ СССР. — 1987. — № 41-42. — С. 345-346.

[2] Див.: *Лупинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве, их виды, содержание и формы. — М., 1976. — С. 16; *Дубинский А. Я.* Исполнение процессуальных решений следователя: Правовые и организационные проблемы. — Киев, 1984. — С. 22-23; та ін.

[3] Див.: *Дорохов В. Я.* Вказана праця. — С. 321; *Зажицкий В. И., Шумило Н. Е.* Актуальные вопросы обоснованности производства некоторых следственных действий при расследовании уголовный дел о государственных преступлениях // Труды ВКШ КГБ СССР. — 1985. — № 36. — С. 296; та ін.

йому особливостями. Тому з метою виявлення підстав для проведення слідчих дій поряд з процесуальними можуть бути використані й оперативно-розшукові та інші непроцесуальні засоби пізнання[1]. Зазначалося, що обґрунтування допоміжних рішень, як правило, не перебуває у прямій залежності від достовірності установлення фактичних їх підстав . З цього приводу Д. І. Бедняков зазначав, що даних ОРД як підстав для проведення обшуку як слідчої дії цілком достатньо, якщо мова йде про вторгнення в права обвинуваченого й підозрюваного. Відносно ж потерпілого та свідка ці підстави повинні ґрунтуватися на доказах. Утім, далі він уточнював, що «у випадках, які не терплять зволікань, слідчий, маючи достовірні оперативні дані, не звертаючись за санкцією до прокурора, може прийняти рішення про проведення обшуку у свідка (потерпілого) на підставі одних лише оперативних даних»[3].

У теорії доказового права зазначалося, що «оперативна інформація, як і інші фактичні дані, які не мають процесуальної форми, властивої доказам відповідного виду, не може замінити доказову інформацію». Водночас допускалася можливість застосування результатів ОРД у доказуванні в допоміжній якості. Відомості, отримані в ході ОРД, підрозділялися, виходячи з процесуальної корисності, на дві групи. До першої включалися ті, що безпосередньо вказують на фактичні дані, які, будучи зібрані й закріплені процесуальними засобами, могли бути доказами в справі; у цьому разі ОРЗ розглядалися як засіб, що полегшує відшукання доказів. До другої групи входили відомості, які, хоч і не містили вказівок на конкретні фактичні дані, що могли бути використані як докази у кримінальній справі, й шляхи їх відшукання, але висвітлювали подію злочину й окремі обставини, які обмежували коло підозрюваних. Ці дані пропонувалося використовувати для правильного орієнтування в розслідуваній події, для побудови версій, для визначення напрямку розслідування й розшуку осіб,

Див.: *Карелов Ю. Ф.* Использование оперативной информации при принятии решения о производстве следственных действий// Актуальные проблемы совершенствования следственных действий. — Ташкент, 1984.— С. 137-144; *Зажицкий В.* Я, *Шумило Н. Е.* Актуальные вопросы обоснованности производства некоторых следственных действий при расследовании уголовный дел о государственных преступлениях // Труды ВКШ КГБ СССР. — 1985. — №36. — С . 296.

Див.: *Смирнов А. В.* Достаточность фактических оснований для уголовно-процессуальных решений // Правоведение. — 1983. — № 5. — С. 84.

Бедняков Д. И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М, 1991. — С . 105.

запідозрених у вчиненні злочину, для обрання тактичних прийомів і засобів .

Узятий наприкінці 80-х років XX ст. у СРСР курс на демократизацію суспільства та розбудову правової держави закономірно обумовив необхідність правового врегулювання таємної діяльності із застосування спеціальних сил та засобів, що вплинуло на характер взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу та особливості використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства. Законом СРСР від 12 червня 1990 р. «Про внесення змін і доповнень до Основ кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік»[2] були внесені зміни до ст. 29 Основ, частина 2 якої на органи дізнання поклала «вжиття необхідних оперативно-розшукових заходів, у тому числі з використанням відеозапису, кіно-, фотозйомки та звукозапису, з метою виявлення злочину й осіб, які його вчинили, виявлення фактичних даних, що можуть бути використані як докази у кримінальній справі після їхньої перевірки відповідно до кримінально-процесуального законодавства».

На реалізацію цієї норми Мін'юстом СРСР, Верховним Судом СРСР, КДБ та МВС СРСР були розроблені та затверджені ЗО червня 1990 р. «Рекомендації по застосуванню засобів відео- і звукозапису, кіноапаратури, телефонного зв'язку і використанню отриманих результатів при розкритті і розслідуванні злочинів», які були погоджені з Генеральним прокурором України. Певною мірою Рекомендації визначили вперше в СРСР принципи та умови проведення ОРД в інтересах кримінального судочинства, а також використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі.

Зазначена новела активізувала наукову дискусію навколо доказової цінності результатів ОРД[3], однак у зв'язку з тим, що прийняття цієї

Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М., 1973. — С . 528-529.

[2] Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. — 1990. — №.26, —Ст. 495.

[3] Див.: *Бедняков Д. И.* Вказана праця; *Безлепкин Б. Т.* Проблемы уголовно-процессуального доказывания // Советское государство и право. — 1991. — № 8. — С. 105; *Григорьев В. Н., Гришин С. П.* Результаты применения технических средств в процесс доказывания // Цель и средства в уголовном судопроизводстве. — Н. Новгород, 1991. — С. 145-149; *Карнеева Л.. М.* Доказательственное значение материалов видео- и звукозаписи // Вестник Верховного Суда СССР. — 1991. — № 7. — С. 31-32; *Томин В. Т.* Острые углы доктринального обеспечения радикальной реформы уголовного судопроизводства // Цель и средства в уголовном процессе. — Н. Новгород, 1991. — *С. 9; Комашовский В.* Оперативная видео- и звукозапись в процессе доказывания // Законность. — 1992. — № 12. — С. 21-23; та ін.

норми, на наш погляд, не було достатньою мірою науково обґрунтованим, у практичній діяльності вона застосовувалася вкрай рідко.

Беручи участь у дискусії з питання використання результатів ОРД у кримінальному процесі, Д. І. Бедняков пропонував використовувати їх у доказовому аспекті в трьох основних напрямках: а) для встановлення осіб, що можуть бути свідками у кримінальній справі; б) для виявлення предметів, що можуть бути джерелами доказів; в) для фіксації дій злочинців. Окрім того, автор наголошував, що інформація, отримана оперативно-розшуковим шляхом, може застосовуватися для прийняття деяких процесуальних рішень, що не підлягають обгрунтуванню доказами, а також при обранні тактики проведення слідчих дій і як речові докази й документи. Способами залучення даних ОРД до кримінального процесу називалися: громадське документування, тактична операція, рапорт оперативного співробітника[1].

Досліджуючи проблему використання результатів ОРД у кримінальному процесі для отримання доказів, В. Т. Томін запропонував переглянути окремі теоретико-практичні засади доказового права, що, на його думку, перешкоджають ефективному використанню в кримінальному процесі інформації, здобутої оперативно-розшуковим шляхом. Він зазначав: «У сьогоднішній практиці доказування у кримінальних справах панує, якщо так можна сказати, генезисний підхід: умовою допустимості джерела доказів є простежування його шляху — від виникнення до появи в кримінальній справі... Цей підхід зупиняє на вході до кримінальної справи низку об'єктів, що могли б стати дуже інформативними джерелами доказів. Не можна сказати, щоб така процедура була встановлена кримінально-процесуальним законом. Ще менше у винятковості генезисного підходу гносеологічних засад. З гносеологічної позиції не менш надійно забезпечує істинність пізнання доказування тотожності, на чому й побудовані, власне кажучи, всі ідентифікаційні експертизи. Між тим сформовані стереотипи в доказуванні такі, що вимагають у будь-якому випадку, в тому числі й у разі доведеної тотожності, простежувати генезис об'єкта... Перед кримінально-процесуальною і криміналістичною науками, здається, стоїть важливе завдання показати, що доказування через тотожність здатне замінити доказування через генезис»[2]. Розвиваючи ідею використання

[1] *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М., 1991. — С. 83-85,110.

[2] *Томин В. Т.* Острые углы доктринального обеспечения радикальной реформы уголовного судопроизводства / Цель и средства в уголовном процессе. — Н. Новгород, 1991. — С. 9.

ОРД у кримінально-процесуальному доказуванні, Б. Т. Безлєпкін висловив думку, що існують «такі ситуації, коли для оцінки доказового значення, належності й вірогідності інформації, що має певний предмет і документ, питання про те, від кого, коли, де й за яких обставин він здобутий, безвідносні, позбавлені змісту і тому виходять за межі необхідності як слідчого, так і судового дослідження... Мусувати їх у кримінальному процесі... можна хіба що з цікавості. Підтвердження вірогідності фотозображення повинне стосуватися лише фотозображення (чи це не фотомонтаж), а не обставин фотографування»[1]. Зазначена позиція у правовій літературі була піддана справедливій критиці[2], адже цілком очевидно, що без дослідження способу отримання доказів неможливо встановити допустимість ані їх джерел, ані їх самих.

Отже, КПК України 1960 р., маючи на меті усунення найбільш одіозних рис кримінального процесу сталінського режиму, запропонував певні засади посилення гарантій особи в захисті її прав та законних інтересів, які набували свого розвитку в подальших змінах та доповненнях до нього, що вплинуло на характер взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу. Проте в умовах тоталітарного радянського режиму ці засади були непослідовними й недостатньо ефективними, оскільки будувалися на концепції єдності державної влади, яку представляли в кримінальному процесі органи дізнання, що поєднували в собі функції розшуку та попереднього розслідування кримінальної справи (досудового слідства), органи попереднього (досудового) слідства, прокуратури й суду, а також на визнанні пріоритету., інтересів держави над інтересами особи, що не відповідає засадам демократичної, правової держави. КПК України 1960 р., хоча прямо на це й не вказує, проте зі змісту низки його норм випливає можливість використання матеріалів ОРД як приводів та підстав до порушення кримінальної справи, для проведення окремих слідчих дій і прийняття інших процесуальних рішень, а також для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальному процесі. Звертає на себе увагу те, що, з одного боку, відповідно до ч. 1 ст. 103 КПК на органи дізнання покладається обов'язок вжиття необхідних оперативно-розшукових заходів з метою виявлення ознак злочину й осіб, що його вчинили, згідно з ч. 3 ст. 104 і ч. 3 ст. 114 КПК орган дізнання за дорученням

[1] *Безлепки'н Б. Т.* Проблемы уголовно-процессуального доказывания // Советское государство и право. — 1991. — № 8. — С. 105.

[2] Див.: *Зажицкий В.* Вопросы доказательственного права // Советская юстиция. — 1992. — № 19-20. — С. 3—4; *Шейфер С. А.* Законодательные аспекты Закона об оперативно-розыскной деятельности // Государство и право. — 1994. — № 1. — С. 94-101; та ін.

слідчого зобов'язаний проводити розшукові заходи, а з іншого — регламентація використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі відсутня. Суперечливою є й норми ст. 66 КПК, які не визначають розмежування між фактичними даними, у тому числі й отриманими в ході ОРД (ч. 3), і доказами у кримінальному процесі. Це негативно позначається на правозастосовній діяльності й потребує законодавчого врегулювання. Аналіз норм так званої стадії «порушення кримінальної справи» дає підстави для висновку, що вона має розшуковий характер, який набирає тенденцію до розширення, про що свідчить, наприклад, ч. 5 ст. 97 КПК. Пізнавальні засоби в цій стадії не мають чітко встановлених форм і по суті збігаються з пізнавальними засобами в ОРД (відібрання пояснення, витребування документів, проведення ОРЗ). Метою цієї стадії є встановлення підстав для початку кримінального процесу або відмови в цьому, тому і назва цієї стадії, що не відповідає її сутності, і повноваження її владних суб'єктів у новому кримінально-процесуальному законі повинні бути змінені.

У перших законодавчих проектах, підготовлених науковцями органів внутрішніх справ напередодні розпаду СРСР, ОРД визначалася як державно-правовий засіб, передбачений для забезпечення кримінально-процесуальних та інших завдань боротьби зі злочинністю, як допроцесуальна стадія кримінального процесу[1]. Такий підхід, з нашого погляду, неповно розкривав сутність ОРД, визначав характер взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу, й не відповідав засадам сучасної державно-правової політики у сфері боротьби зі злочинністю та захисту прав і свобод людини, оскільки в сучасних умовах не всю ОРД можна вважати «допроцесуальною стадією кримінального процесу». ОРД, на наш погляд, повинна також здійснювати й інформаційно-забезпечувальну функцію досудового розслідування та прокурорського обвинувачення у суді, окрім того, вона повинна використовуватися не лише в інтересах кримінального судочинства, а й виконувати запобіжно-профілактичну функцію (превенцію) у боротьбі зі злочинністю (нами буде зроблена спроба довести це у наступних розділах роботи).

КПК УРСР 1960 р. вперше у кримінально-процесуальному праві радянської доби передбачав можливість використання ОРД в інтересах кримінального судочинства, покладаючи на органи дізнання

[1] Проект Закона СССР «Об оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел». — М., 1991. — Ст. 1; *Фролов В. Ю., Чечетин А. Е., Пежин В. С, Митрофанов Ё. Л.* Проект Закона РСФСР «Об оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел». — Омск, 1991. — Ст. 1; Проект Закона РСФСР «Об оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел». — М., 1991. — Ст. 1.

обов'язок вжиття необхідних ОРЗ з метою виявлення ознак злочину й осіб, що їх вчинили (ч. 1 ст. 103). Хоча КПК прямо на це й не вказував, проте зі змісту низки його норм (статті 65, 66, 78, 83, 94, 103, 104, 106, 177, 178 та ін.) випливає можливість використання матеріалів ОРД як приводів та підстав для порушення провадження у кримінальній справі та проведення окремих слідчих дій і прийняття інших процесуальних рішень, а також для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі. На підставі його норм у період 60-90-х років XX ст. вченими були розроблені засади використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі, які певною мірою можуть бути використані у сучасній теорії, законодавстві та на практиці.

Характерною рисою взаємозв'язку розшукової діяльності і кримінального процесу України за КПК 1960 р. було те, що дізнання, яке входило до компетенції органів державної безпеки і внутрішніх справ поряд із оперативно-розшуковою функцією, у цей період наділялося також і кримінально-процесуально функцією (було однією з форм досудового розслідування кримінальної справи). На характер взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу за КПК України 1960 р. негативно впливала відсутність належного прокурорського нагляду та судового контролю за ОРД та використанням її матеріалів у кримінальному процесі.

* * * * *

Проведений аналіз взаємозв'язку розшукової діяльності і кримінального процесу та використання результатів розшукової діяльності в інтересах кримінального судочинства впродовж досліджуваного періоду дає підстави для висновку про те, що маючи специфічні якості, які дозволяють оперативно і потай реагувати на ознаки злочину, розшук супроводжує кримінальний процес протягом всієї його історії. На нього у всі часи покладалося виявлення події злочину та причетних до нього осіб, а в ркремі історичні періоди становлення й розвитку української держави функції розшуку, досудового (попереднього) слідства та суду навіть становили єдине ціле й поєднувалися в одному державному органі чи входили до повноважень однієї особи, що зумовлювало характер їх взаємозв'язку та визначало особливості використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства.

Особливості використання матеріалів розшуку в інтересах кримінального судочинства обумовлювалися характером взаємозв'язку розшукової і кримінально-процесуальної діяльності, який впродовж

його розвитку залежав віл і йпу (форми, моделі) кримінального процесу, на яку впливали стан розвитку демократичних засад суспільства, рівень соціально-правової цінності та захищеності особи у державі, національні традиції й правова культура суспільства.

Впродовж століть у різні періоди розвитку демократії в нашій країні розшук, як правило, був інформаційно-забезпечувальною функцією кримінального процесу. Розшуковими заходами, які не були докладно врегульовані правовими нормами й мали переважно таємний характер, що забезпечувало їм оперативність, встановлювалися обставини злочину й особи, які його вчинили. Матеріали розшуку використовувалися для прийняття певних рішень у кримінальному процесі.

У реакційні часи, і особливо в часи репресій, розшук у кримінальних справах проти держави був фактично єдиним засобом реалізації її кримінально-правової політики із наданням уповноваженим на його здійснення органам чи особам права на застосування тортур. Кримінальний процес у цей час мав лише допоміжний характер до розшуку, а його форми, як правило, використовувалися для надання рішенням цих органів та осіб формально правового характеру.

РОЗДІЛ 2

ВИКОРИСТАННЯ МАТЕРІАЛІВ РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

§ 1. Використання матеріалів розшукової діяльності у кримінальному процесі західноєвропейських країн і США

При вирішенні проблеми використання матеріалів ОРД у вітчизняному кримінальному процесі важливо враховувати досвід західноєвропейських країн і США, які визнаються світовою спільнотою взірцем справжньої демократії та цивілізованості. Порівняльне правознавство як один з універсальних методів юридичної науки дає змогу розкрити сутність досліджуваних юридичних конструкцій через їх зіставлення з аналогічними елементами інших правових систем .

Цей досвід, на наш погляд, можна використати як у теорії ОРД і кримінального процесу, так і в законотворчій та правозастосовній діяльності, на що неодноразово наголошувалося у вітчизняних наукових джерелах . Проте дотепер досвід зазначених країн не став предметом комплексного монографічного дослідження у сучасній вітчизняній науці. Лише окремим аспектам сутності розшукової діяльності та її значенню для кримінального процесу західноєвропейських країн і США присвячено низку праць українських вчених та науковців

[1] Докладно див.: *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В. А. Туманова. — М., 1999; *Гуценко К. Ф., Головко Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесс западных государств. — М., 2002; Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток / В. С. Журавський, О. В. Зайчик, О. Л. Копиленко, Н. М. Оніщенко; За заг. ред. В. С Журавського. — К., 2003; *Стойко Н. Г.* Уголовный процесе западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем. — СПб., 2006; та ін.

[2] Див.: *Тертышник В.* М, *Слинько С. В.* Теория доказательств. — Харьков, 1998.— С. 90-91; *Антонов К. В.* Проблеми використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному судочинстві // Вісник Луганського інституту внутрішніх справ. — 2000. — № 2. — С.195-208; *Тертишник В. М.* Гарантії істини та захисту прав і свобод людини в кримінальному процесі. — Дніпропетровськ, 2002. — С. 172; *Дідоренко Е.* Деякі проблеми теорії та практики кримінального процесу // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 2-3 (33-34). — С. 714-715; та ін.

[3] Див.: *Міхеєнко М. М., Шибіко В. П.* Кримінально-процесуальне право Великобританії, США і Франції.— К., 1988; *Міхеєнко М. М., Молдован В. В., Радзієвська Л. К.* Порівняльне судове право: Підруч. — К., 1993; *Молдован В. В., Молдован А. В.*

країн СНД[1]. Важливе значення для розуміння генезису проблеми використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі західних країн і США мають роботи як дореволюційних вчених[2], так і фахівців у цій галузі радянської доби[3].

Однак у вітчизняній науці до цього часу не повністю з'ясована сутність розшукової діяльності поліції і спецслужб західних країн і США, її значення для кримінального процесу, зважаючи на належність його до того чи іншого історичного типу (форми, моделі)[4], не проаналізовані недоліки використання розшукової інформації в кримінальному процесі західних країн і США з огляду на сучасні тенденції в його правовому регулюванні та впливу на цей процес Європейського Суду з прав людини (далі ЄСПЛ). Викладене ускладнює

Порівняльне кримінапьно-процесуальне право: Україна, ФРН, Франція, Англія, США. — К., 1999; *Савченко А. В.* Використання інформаторів і таємні операції за кордоном (з досвіду роботи поліції Нідерландів) // Теорія оперативно-розшукової діяльності правоохоронних органів / За ред. В. Л. Регульського. — Л., 2000. — С 249-255; *Корнієнко М. В.* Законодавче забезпечення розслідування організованої злочинної діяльності у США//Шляхи вдосконалення оперативно-розшукової діяльності: 36. наук, праць/Гол. ред. В. Л. Ортинський. —Л., 2002. —С 3-18; та ін.

Див.: *Ковалев В. А.* Буржуазная законность: теоретические иллюзии и судебно-полицейская реальность. — М., 1986; *Костин П. В.* Тайная полиция США. ФБР: прошлое и настоящее.— 2-е изд., доп. и перераб.— М., 1986; *Филимонов Б. А.* Основы организации и функционирования полиции зарубежных государств и использование их опыта для совершенствования деятельности органов внутренних дел России: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. — М., 1997; *Махов В. Н., Пешков М. А.* Уголовный процесс США (досудебные стадии). — М, 1998; *Пешков М. А.* Арест и обыск в уголовном процессе США. — М., 1998; *БруснщынЛ. В.* Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование).— М., 2001; *Смирнов М. П.* Оперативно-розыскная деятельность полиции зарубежных стран. — М., 2001; *Гуценко К. Ф., Головко Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесс западных государств. — М., 2002; *Стойко Н. Г.* Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем. — СПб., 2006; та ін.

Див.: *Квачевский А.* Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по судебным уставам 1964 года. Теоретическое и практическое руководство, ч. II: О дознании и розыске.— СПб., 1864.— С. 8-31; *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. — Т. 1 / Печат. по 3-му изд., СПб., 1910. — СПб., 1996. — С. 17-32; та ін.

Див.: *Полянский Н. Н.* Доказательства в иностранном уголовном процессе. Вопросы и тенденции нового времени. — М, 1946; *Міхеєнко М. М., Шибіко В. П.* Кримінально-процесуальне право Великобританії, США і Франції. — К., 1988; та ін.

[4] Докладно про форми (моделі) кримінального процесу див.: *Смирнов А. В.* Модели уголовного процесса. — СПб., 2002.

виявлення тих засад, які можуть бути об'єктом дослідження й використання досвіду західних країн і США у вітчизняній теорії, законодавстві й практиці.

Виходячи із наведеного, у цьому параграфі роботи, з урахуванням її обсягу, ставиться за мету дослідити зазначені питання, проаналізувавши лише найсуттєвіші з них у тих країнах, досвід яких, на нашу думку, є для вітчизняної теорії, законодавства й практики найприйнятнішим. Наше дослідження переважно спиратиметься на досвід Франції, ФРН — країни із злагодженою й ефективною системою законодавства у цій сфері; Великої Британії та США, досвід розбудови соціальної, демократичної, правової держави яких останнім часом намагається наслідувати Україна. У цьому параграфі будуть також розглянуті окремі аспекти використання результатів розшукових заходів поліції та спецслужб у кримінальному процесі інших західних країн.

Аналіз законодавства й практики західних країн та США свідчить про те, що в них розшуковій діяльності поліції та спецслужб відводиться провідне місце у боротьбі зі злочинністю та захисті прав людини, адже, як зазначають фахівці, саме за допомогою спеціальних засобів, форм та методів ними розкривається понад 85 % всіх зареєстрованих злочинів[1]. При цьому слід зазначити, що в західних країнах і США спеціального законодавчого визначення поняття «оперативно-розшукова діяльність» не існує. Не оперують цим поняттям і теорія кримінального процесу та криміналістика цих країн. Заходи поліції з розкриття злочинів у правових актах тут називаються «поліцейським дізнанням», «поліцейським розслідуванням», «поліцейським процесом», «діями по збиранню доказів для суду», «поліцейською розвідкою«, «поліцейським розшуком» (далі по тексту в роботі для зручності замість цих термінів буде вживатися термін «оперативно-розшукова діяльність» — ОРД).

У західних країнах та США діє досить розгалужена система поліцейських органів та спецслужб, які поряд з іншими функціями здійснюють збір (здобування) оперативно-розшукової інформації в інтересах кримінального судочинства та в деяких із них — досудове провадження у кримінальних справах.

Див.: *Маркушин А. Г.* Оперативно-розыскная деятельность — необходимость и законность.— 2-е изд., перераб. и доп.— П. Новгород, 1997.— С. 22; *Брусницын Л. В.* Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование). — М, 2001. — С. 139.

Наприклад, у США існує понад 20 тис. поліцейських органів. Лише на федеральному рівні їх більше 20. Особливість діяльності поліції США полягає в тому, що вона не має єдиного централізованого органу управління. Провідне місце серед поліцейських органів займає Федеральне бюро розслідувань — ФБР (FBI). До компетенції ФБР віднесено розслідування понад 200 злочинів, передбачених відповідними статтями федерального кримінального законодавства США.

У США існують спеціальні підрозділи розвідувальної служби поліції, що входять до поліцейських організацій різних рівнів. їх основними завданнями є здобування інформації про ознаки злочину та причетних до нього осіб. Ці підрозділи складаються з оперативних, експертних та аналітичних груп, які здійснюють здобування такої інформації гласними й негласними методами. Поліція США уповноважена й на проведення досудового розслідування.

У Великій Британії поліція віднесена до органів переслідування. Загальне керівництво поліцейськими службами в цій країні покладено на Міністра внутрішніх справ. Інколи поліцейські функції в інтересах кримінального судочинства покладаються й на інші правоохоронні органи (податкову службу, митну службу, міграційну службу тощо).

За статтею 14 КПК Франції повноваження з проведення дізнання у кримінальних справах, що полягає у встановленні факту порушення кримінального закону, збирання про це доказів і розшук осіб, які його вчинили, до почату слідства (так звані функції «судової поліції») покладаються на два відомства: національну поліцію й національну жандармерію. Остання входить до структури Міністерства оборони. Дізнання в кримінально-процесуальній теорії цієї країни розглядається як початкова стадія досудової частини кримінального процесу, до якої включається також порушення кримінального переслідування і попереднє (досудове) слідство'.

У ФРН також існує міжвідомча структура поліцейських органів. Важливе місце в структурі, як і в інших західних країнах, посідає розвідувальна служба поліції, яка входить до складу підрозділів розшуку. Обов'язком цього підрозділу, поряд з проведенням інших оперативно-розшукових заходів, є організація зовнішнього спостереження за певними криміногенними об'єктами та особами, схильними до вчинення злочинів, для попередження їх вчинення (кримінальна превенція) та

[1] Code de procedure penale. Paris: Jurisprudence generale Dalloz. KJC 9405.C66x 1996. // <http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame_codesl.htm>, станом на 2.02.2007 р.

з метою захоплення підозрюваних осіб на місці вчинення злочинів. У ході такого спостереження широко використовуються сучасні технічні засоби.

У цих країнах використання оперативно-розшукових заходів у боротьбі з кримінальною злочинністю регламентується законодавчими й підзаконними нормативними актами, у тому числі й з обмеженим доступом. У США, наприклад, основні повноваження ФБР закріплені в чотирьох адміністративних актах, виданих Генеральним аторнеєм і Президентом США: в Інструктивному листі Генерального аторнея директору ФБР від 15 грудня 1976 р. «Використання інформаторів у розслідуванні у справах внутрішньої безпеки, організованої злочинності та в інших кримінальних справах»; Інструкції Генерального аторнея про порядок проведення секретних операцій ФБР (січень 1981 р.); Виконавчому наказі президента США № 12333 від 4 грудня 1981 р. «Розвідувальна діяльність США»; Інструкції Генерального аторнея від 7 березня 1983 р. «Про порядок розслідування у справах про загальнокримінальні злочини, діяльність підприємств, організовану злочинність, внутрішню безпеку і тероризм». Окрім того, до розділу XVIII Зводу законів США включені спеціальні положення, які визначають ті дії спецслужб і кримінальної поліції, що стосуються доступу до ліній комунікацій (телеграф, телефон, радіо, комп'ютерний зв'язок) з метою одержання контррозвідувальних даних; перехоплення радіотелекомунікаційних ліній; здійснення технічних засобів перехоплення, їхнього поширення і володіння ними; одержання дозволу на використання оперативно-технічних засобів на території США, а також на їхнє використання проти американських громадян; процедури використання техніки перехоплення; захисту від незаконного зняття інформації, доступу співробітників урядових органів до банку даних і обліків використання радіоелектронних засобів зв'язку; розкриття поштових відправлень тощо .

У ФРН ОРД та використання її результатів у кримінальному процесі регулюється КПК ФРН, прийнятим 1 лютого 1977 р. (в редакції

[1] У вітчизняних наукових і навчальних джерелах та на практиці посаду аторнея в США інколи помилково ототожнюють з посадою прокурора в Україні чи інших подібних правових системах, проте функції цих посадових осіб повністю не збігаються.— *Шишкін В. І.* Судові системи країн світу: Навч. посіб.: У 3 кн.— К., 2001.— Кн. 1. — С 166-167.

[2] Див:: *Смирнов М. П.* Комментарии оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран. — М., 2002. — С. 99-104.

від 7 квітня 1997 р.)[1], в який вносилися суттєві зміни та доповнення. Так, наприклад, законом «Про боротьбу з нелегальною торгівлею наркотиками та іншими формами організованої злочинності» від 15 липня 1992 р. КПК ФРН доповнено параграфами, що регулюють проведення негласних оперативно-розшукових заходів, зокрема, оперативне впровадження офіційних співробітників поліції як секретних агентів у. злочинні організації; негласне фотографування, негласне зовнішнє спостереження. Законом ФРН «Про боротьбу з організованою злочинністю» від 4 травня 1998 р. до КПК ФРН внесено доповнення, відповідно до якого за наявності підозри у вчиненні відповідних тяжких злочинів допускається не лише прослуховування телефонних розмов, а й таємне прослуховування всіх розмов, що ведуться в будь-якому жилому приміщенні (§ 100с КПК ФРН).

ОРД поліції ФРН регламентується й іншими законодавчими та відомчими нормативними актами, у тому числі з обмеженим доступом. Так, закон «Про поліцію» землі Північний Рейн-Вестфалія ФРН від 25 березня 1980 р., доповнений законом від 26 червня 1984 р., передбачає розділ «Особливі методи збору інформації»[2]. Закон ФРН «Про загальний поліцейський розшук» від 19 квітня 1986 р. надав право поліції з метою затримання підозрюваних та розкриття злочинів вводити в комп'ютери поліцейських оперативно-довідкових систем оперативну інформацію, яка збирається щодо громадян, а також автоматично «прочитувати» за допомогою комп'ютерів спеціально виготовлені паспорти та посвідчення особи із закодованими в них відомостями про їх власників.

Закон Великої Британії від 28 липня 2000 р. «Про регламентацію повноважень із розслідування»[3], незважаючи на її національні традиції ,

[1] Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ. Рабочий перевод Германского Фонда международного сотрудничества и Организации безопасности и сотрудничества в Европе. — Stand: Dezember 2003; Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ // http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltext/vstgblruss.pdf, станом на 4.02.2007 р.

[2] Борьба с преступностью за рубежом: Инф. бюл. ВИНИТИ.— М., 1991.—-№10. — С. 15-17.

[3] Regulation of Investigatory Powers Act 2000 // The Public General Acts and General Synod Measures. — London: HMSO, 2001. — Ch. 23.

[4] Велика Британія є провідним представником системи загального (прецедентного) права. Раніше вважалося, що англійське право — це право, створене суддями *(Дайси А. В.* Основы государственного права Англии.— М., 1907.— С. 231). Нині в системі джерел зросла роль статутного (законодавчого) права. Ці джерела права існують як рівнозначні. Хоча останнім часом все частіше спростовується можливість і допустимість судової правотворчості (доклад, див.: Malone v. Metropolitan Police

кодифікував усе попереднє законодавство щодо ОРД[1]. Цей законодавчий акт складається з п'яти частин (83 статей) та 5 додатків. Він регулює всю негласну діяльність спецслужб і правозастосовних органів Великої Британії, що стосується або може стосуватися основних прав громадян; поширює свою дію на всі спецслужби й правозастосовні органи країни; установлює чіткі підстави, умови й порядок санкціонування та проведення оперативно-розшукових заходів на основі узагальнення і кодифікації попереднього й статутного чи прецедентного права з урахуванням досвіду інших держав і рекомендацій Європейського Суду з прав людини. Його положення прямо впливають на використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства Великої Британії.

Отже, аналіз законодавчих актів, які регулюють ОРД західних країн, дає підстави для висновку, що поліцейські заходи за своїм змістом, з огляду на вітчизняний кримінальний процес та ОРД, поєднують у собі розшукові, оперативно-розшукові заходи й слідчі дії. Серед основних негласних поліцейських заходів (у деяких джерелах їх називають методами) можна виділити такі: візуальне спостереження, у тому числі і з застосуванням технічних засобів; контроль (перлюстрація) поштової кореспонденції; контроль телефонних та інших переговорів; агентурне проникнення; контрольована поставка.

На особливості використання оперативно-розшукової інформації в кримінальному процесі західних країн суттєво впливає тип (форма, модель) і структура національного судочинства. При цьому слід зазначити, що у більшості західних країн (Великій Британії, Франції, СІЛА, ФРН та ін.) немає стадії порушення провадження у кримінальній справі, а у стадії досудового (попереднього) слідства (у Великій Британії, наприклад, вона відсутня) кожної із цих країн є свої особливості.

Commissioner// Macdonald R.SI.J., Mat-sher F. and Petzold H. The European System for the Protection of Human Rights. — Dordrechts, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. — P. 305). Особливістю законодавства Великої Британії є його некодифікованість *(Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В. А. Туманова. — М., 1999. — С. 207-268).

До прийняття цього Закону окремі питання ОРД регламентувалися такими законодавчими актами: «Про телеграф», 1949 р. (The Telegraph Act 1949// The Public General Acts and General Synod Measures. — London: HMSO, 1950); «Про перехоплення повідомлень», 1985 р. (Interception of Communications Act 1985 // Там само, 1986); «Про Службу безпеки», 1989 р. (зі змінами, внесеними в 1996 р.) (Security Service Act 1989 // Там само, 1990; Security Service Act 1996 // Там само, 1997); «Про розвідувальні служби», 1994 р. (Intelligence Services Act 1994// Там само, 1995); «Про поліцію», 1997 р. (The Police Act 1997 // Там само, 1998).

У Великій Британії й США, меншою мірою у ФРН та Франції, законодавство й практика передбачають спрощений порядок досудового провадження у кримінальних справах про значну частину правопорушень, що розглядаються як менш тяжкі. Це дозволяє поліції витрачати основні зусилля на збір інформації про фактичні дані, які можуть бути використані як докази у суді, та пошук і встановлення запідозрених осіб, очевидців правопорушень, звівши до мінімуму роботу із закріплення такої інформації.

Так, наприклад, у справах про злочини у сфері наркобізнесу[1] агент Адміністрації США з питань боротьби з незаконним обігом наркотиків — АБНОН (DEA) проводить досудове провадження у повному обсязі і після закінчення передає справу прокуророві, який направляє її до суду. Особливістю проведення досудового слідства цього спеціального правоохоронного органу є відсутність чітких термінів і обмежень щодо його провадження. Це забезпечує певну самостійність діяльності агентів АБНОН у документуванні злочинної діяльності та отриманні доказової інформації. Разом із цим, якщо встановлена особа, підозрювана у вчиненні злочину, прокурор зобов'язаний у 24-годинний строк забезпечити, щоб вона постала перед судом, та надати суду всі наявні в справі матеріали для вирішення питання про обрання щодо неї відповідного запобіжного заходу.

Специфікою кримінального процесу ФРН є те, що досудове (попереднє) розслідування за КПК ФРН проводиться у формі прокурорського дізнання, під час якого чини поліції під керівництвом прокурора збирають матеріали про обставини вчинення кримінального діяння, на підставі яких прокурором приймається рішення про порушення публічного обвинувачення в суді або про закриття справи.

Досудове (попереднє) розслідування у діяльності поліції західних країн і США, поряд з іншими її функціями, займає особливе місце і здійснюється з використанням різних форм та методів збору інформації про обставини злочинів й осіб, які їх вчинили, вчиняють або готують, про осіб, які тією або іншою мірою причетні до злочину, та інші обставини, що можуть сприяти його розкриттю та прийняттю у кримінальній справі законних і обґрунтованих рішень. Воно

Відповідальність за злочини у сфері незаконного обігу наркотичних засобів передбачена частиною D «Правопорушення і штрафи» (Offenses and Penalties) глави 13 «Запобігання зловживанням наркотиками і контроль» (Drug Abuse Prevention and Control) розділу 21 «Продовольство і наркотики» (Food and Drugs), Законом «Про контрольовані речовини» (Uniform Controlled Substances Act 1990) Зводу законів США (1996 Edition, Federal Criminal Code and Rules as amended to January 3, 1996).

здійснюється поліцією за допомогою як слідчих дій, так і розшукових заходів. При цьому слід враховувати, що в поліцейському дізнанні багатьох країн не існує чіткого розмежування на гласні й негласні методи одержання інформації в інтересах кримінального процесу.

Негласні розвідувальні методи у досудовій стадії процесу є основними в роботі кримінальної поліції. У зв'язку з цим досудове (попереднє) слідство тісно пов'язане з розшуковою діяльністю, що впливає на форми та методи використання здобутої в ході негласної діяльності поліції інформації в інтересах кримінального судочинства й у цілому — на ефективність боротьби зі злочинністю та захист прав людини.

Службовці органів кримінальної (судової) поліції західних країн поєднують у собі функції слідчого та оперативного службовця, якщо ці функції оцінювати з огляду вітчизняного кримінального процесу, де вони розділені і їх виконують різні службові особи: слідчий, повноваження якого визначені ст. 114 КПК України, та оперативний працівник, повноваження якого визначені ст. 103 КПК України, Законом про ОРД, та ін. законодавчими і відомчими правовими актами.

Так, наприклад, виходячи із пріоритетних напрямів діяльності правоохоронних органів США у протидії незаконному наркотичному обігу, визначених законодавчо, Адміністрації США з питань боротьби з незаконним обігом наркотиків— АБНОН (DEA) за підслідністю провадить досудове слідство у кримінальних справах про діяльність угруповань, що спеціалізуються на наркобізнесі та «відмиванні брудних» грошей від нього. У ході розслідування цих злочинів АБНОН, як і ФБР США, мають право використовувати будь-які законні методи гласного й негласного характеру. Застосування цих методів залежить від гіпотетичної можливості отримання завчасно необхідної інформації про обставини злочину та причетних до нього осіб за мінімального втручання у приватне життя (privacy) громадян. Рішення про використання певного методу залежить від ступеня тяжкості злочину та ймовірності інформації, що вказує на наявність злочину у сфері наркотичного обігу. Вибір методу розслідування зазначених злочинів обумовлюється також і конкретними обставинами, що виникають у тій чи іншій ситуації. При цьому застосування відповідних методів розслідування злочинів у цій сфері повинно відповідати певним положенням, які містяться у відомчих інструкціях та правилах ФБР і АБНОН, а також у керівних документах Міністерства юстиції США[1], а саме: інформація,

[1] Див.: *Ronald Kessler.* The Bureau: The Secret History of the FBI, — USA, New York, 2003. — 576 p.

отримана від конфіденційних джерел має використовуватися згідно з Інструкцією Міністерства юстиції «Використання інформації від інформантів та з інших конфіденційних джерел»; операції за участю тайних агентів мають проводитися відповідно до Інструкції Міністерства юстиції «Про операції ФБР із участю тайних агентів»; неконсесуальне спостереження (без відома особи, відносно якої застосовується даний метод) за допомогою електронної апаратури здійснюється відповідно до процедури отримання ордера і вимог розділу III закону «Про контроль за злочинністю і безпекою вулиць» від 1968 р., розділу 18 Кодексу США, ст. 2510-2520; для встановлення автоматичного пристрою, що реєструє телефонні номери, вимагається дозвіл Міністерства юстиції. Для цього потрібен письмовий дозвіл Федерального окружного суду, який поновлюється кожні 30 днів, згідно з меморандумом для всіх федеральних прокурорів від помічника Міністра юстиції, відповідального за карне управління від 18 грудня 1979 р.; дозвіл на консенсуальне електронне підслуховування (з відома та на прохання особи, яка підозрює настання небезпечних для неї наслідків або вчинення стосовно неї злочину та звертається офіційно з цього приводу до правоохоронного органу) видається на підставі положення Міністерства юстиції. Для здійснення консенсуального підслуховування нетелефонних розмов вимагається дозвіл Директора ФБР або заступника Директора — начальника управління з оперативної боротьби з правопорушеннями або ж другого помічника Генерального аторнея — начальника карного управління. Це стосується операцій, для проведення яких потрібна портативна апаратура, використовувана учасником операції. Зазначена вимога поширюється і на використання стаціонарної апаратури, яка також контролюється учасниками операції. Для консенсуального підслуховування необхідно отримати попередній дозвіл відповідального спеціального агента ФБР, за винятком термінових випадків; обшук та накладення арешту на майно підозрюваного чи обвинуваченого здійснюються лише за наявності офіційного ордера, за винятком випадків, коли юридично нормативно передбачено проведення обшуку та накладення арешту на майно без ордера; коли обвинуваченого представляє його адвокат, то ФБР і АБНОН, навіть за відсутності адвоката, повинні дотримуватися законів і процедури, що встановлені Міністерством юстиції стосовно осіб, які репрезентуються адвокатами. Відповідальний спеціальний агент або призначений представник, а також аторней (прокурор) повинні періодично звертатися до переліку законів та процедур, які ними застосовуються.

Серед осіб, які безпосередньо здійснюють добування інформації, що сприяє розкриттю найбільш небезпечних, складних замаскованих злочинів, у західних країнах і США особливе місце посідають кадрові службовці поліцейського чи слідчого органу, які залежно від країни називаються секретними агентами, спеціальними агентами, агентами розшуку (у вітчизняній літературі їх інколи помилково ототожнюють з особами, які співпрацюють з поліцією чи спецслужбами на конфіденційній негласній основі), скритими дізнавачами, секретними службовцями, секретними детективами, офіцерами поліції та ін.

Діяльність зазначених осіб пов'язана із широким застосуванням у практичній діяльності поліцейських органів методу агентурного проникнення, який створює умови для всебічного й повного документування та розслідування злочинної діяльності, а також контролю за нею.

Ретроспективне дослідження методу агентурного проникнення свідчить про те, що, наприклад, ФБР США застосовує інститут секретних агентів у кримінальних розслідуваннях лише з 1972 р. Ця практика себе виправдала й має стійку тенденцію до розширення у сфері організованої злочинності. Так, якщо в 1973-1974 рр. секретні агенти використовувалися близько в 30 кримінальних справах, то в 1984 р. кількість таких розслідувань сягала вже 391, а витрати на їх використання становили 12 млн 513 тис. дол. США.

Один з найбільш відомих фактів агентурного проникнення в злочинне середовище був розкритий у 1982 р. — проникнення агента ФБР Джо Пістоуна у вищі кола «La Cosa Nostra», де він провів десять років. Результатом цієї операції стала можливість судового переслідування низки лідерів американської мафії[1]. Сьогодні цей ефективний метод таємного розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів, що вчиняються, як правило, організованими угрупованнями, активно застосовують всі органи поліції західних країн.

Відповідно до абз. 2 § 110а КПК ФРН скритими дізнавачами (секретними агентами) є кадрові службовці поліції, які для збору інформації на певний час переводяться на нелегальне положення зі зміною справжніх даних про особу відповідно до розробленої легенди. З використанням легенди їм надається право цією нормою закону брати участь у відповідних правовідносинах.

[1] *Адашкевич Ю. Н.* Агентурный метод в борьбе с преступностью в зарубежных странах. В кн.: Организованная преступность / Под ред. А. И. Долговой, С. В. Дьякова. — М., 1999. — С. 212-213.

Згідно з абз. 1 цього параграфа скриті дізнавачі можуть використовуватися для розкриття злочинів, якщо є достатні фактичні дані для припущення про вчинення тяжкого злочину в сфері нелегального обігу наркотичних засобів або зброї, підробки грошових знаків чи знаків оплати, у сфері охорони держави (§ 74а, § 120 Закону про судоустрій), «у вигляді промислу або за звичкою» чи членом банди або організовано в інший спосіб.

Для розкриття злочинів скриті дізнавачі можуть використовуватися також у випадку, якщо на підставі відповідних фактів існує загроза повторності вчинення зазначених злочинів. їх використання допустиме лише у разі, коли розкриття таких злочинів при застосуванні іншого способу буде безперспективним або суттєво ускладненим. Для розкриття злочинів скриті дізнавачі можуть бути використані і тоді, коли особливе значення кримінального діяння робить їх використання доцільним, а інші заходи його розкриття є безперспективними. В абзаці 3 цього параграфа передбачається, що у разі необхідності для розробки й підтримання легенди можуть виготовлятися, змінюватися й використовуватися відповідні документи.

Використання скритого дізнавача КПК ФРН (абз. 1 § 110Ь) допускає лише за згодою прокуратури. У разі небезпеки зволікання і якщо рішення прокуратури не може бути отримано своєчасно, то воно повинно бути негайно отримано додатково. Використання скритого дізнавача має бути припинено, якщо прокуратура не дасть згоди на це впродовж трьох днів. Дозвіл на використання скритого дізнавача дається у письмовій формі з вказівкою строку його дії. Подовження строку допускається лише в разі існування передумов для використання цього заходу.

На використання скритого дізнавача, спрямованого проти певного обвинуваченого, або якщо скритий дізнавач входить у жиле приміщення особи, потрібна згода уповноваженого судді. У разі небезпеки зволікання для цього достатньо згоди прокуратури. Та якщо рішення прокуратури не може бути отримано своєчасно, то і в цьому випадку воно повинно бути негайно отримано додатково. Цей захід повинен бути припинений, якщо суддя не дасть своєї згоди на його проведення впродовж трьох днів (абз. 1 § 110Ь КПК ФРН).

КПК ФРН встановлює, що ідентичність скритого дізнавача може бути збережена в таємниці і після закінчення його використання. Проте прокурор і суддя, які уповноважені давати згоду на його використання, вправі вимагати, щоб ідентичність цієї особи була їм розкрита.

Для інших учасників кримінального провадження збереження ідентичності скритого дізнавача в таємниці допускається на підставі § 96 КПК ФРН, в якому зазначається, що не можна вимагати подання або видачі справ чи інших документів, які знаходяться на службовому збереженні установами чи публічними службовцями, якщо їх вищестоящий орган заявить, що оприлюднення змісту цих справ або документів може завдати шкоди Федерації чи одній із федеральних земель.

Здебільшого це стосується тих випадків, як зазначається в абз. 3 § 110Ь КПК ФРН, коли є підстави для побоювання, що таке розкриття поставить під загрозу життя, здоров'я чи свободу скритого дізнавача або іншої особи чи можливість подальшого використання скритого дізнавача.

На підставі § 110с КПК ФРН скриті дізнавачі, використовуючи розроблену легенду, можуть відвідувати жилі приміщення за згодою уповноваженої особи. У зазначеній нормі наголошується, що згода на цей захід не може бути отримана в результаті фальсифікації права на вхід до жилого приміщення. У цьому параграфі також вказується, що повноваження скритого дізнавача визначають КПК та інші правові акти, що дає підстави для висновку про більш докладну регламентацію цього заходу відомчими закритими нормативними актами.

КПК ФРН встановлює, що особи, в жиле приміщення яких увійшов скритий дізнавач, повинні бути повідомлені про операцію (абз. 1 § 110d КПК ФРН). Проте нами не виявлено використання цієї норми на практиці. На наш погляд, при здійсненні такого повідомлення втрачається сенс цієї операції. Тим більше, що у цій же нормі робиться застереження, що таке повідомлення може бути не зроблене, якщо є загроза меті розслідування, громадській безпеці, життю, здоров'ю будь-якої особи, а також можливості подальшого використання скритого дізнавача.

Рішення, а також інші документи про використання скритого дізнавача зберігаються в прокуратурі. Вони долучаються до матеріалів кримінальної справи лише тоді, коли немає загрози меті розслідування, громадській безпеці, життю, здоров'ю будь-якої особи, а також можливості подальшого використання скритого дізнавача.

Отримана в результаті використання скритого дізнавача інформація про осіб може бути використана і в інших кримінальних провадженнях з метою отримання доказів, проте лише у тому випадку, коли в ході її оцінки буде виявлений тяжкий злочин у сфері нелегального обігу наркотичних засобів або зброї, підробки грошових знаків

чи знаків оплати, у сфері охорони держави (§ 74а, § 120 Закону про судоустрій), «у вигляді промислу або за звичкою» або членом банди чи організовано в інший спосіб (§ 1 Юе КПК ФРН).

Як свідчить аналіз літератури та практики діяльності правоохоронних органів західних країн, одним із основних джерел інформації поліції цих країн є інформатори — особи, які на негласній конфіденційній основі залучаються до збору (добування) інформації, що використовується для боротьби з найбільш небезпечними злочинами. У кожній із зазначених країн вони мають свою класифікацію, правовий режим та практику застосування в оперативно-розшуковій роботі, які багато в чому схожі. У США, наприклад, інформатор — головна фігура після штатного службовця правоохоронного органу (агента) в системі збирання інформації в інтересах кримінального судочинства та попередження злочинів. На підтвердження цього в одному з рішень Верховного Суду США вказується, що «використання секретних інформаторів і таємних агентів є законною та правильною практикою правозастосовних органів, яка виправдана інтересами громадян. Фактично без використання інформаторів багато злочинів залишилось би без відплати і правопорушники уникнули б притягнення до відповідальності»[1].

Враховуючи важливість інституту інформаторів для боротьби зі злочинністю й використання отриманої з їх допомогою інформації в інтересах кримінального судочинства, у деяких землях ФРН на початку 80-х років прийняті відомчі правові акти, які регулюють роботу з інформаторами. Так, наприклад, у загальних положеннях Циркуляру з використання агентів та інших інформаторів від 30 березня 1982 р., схваленого Гамбурзькими органами внутрішніх справ і юстиції, а також Федеральним відомством кримінальної поліції, зазначено, що згідно з вимогами правової держави органи кримінального переслідування зобов'язані надавати всі наявні матеріали у відповідній справі для їх використання в судовому засіданні, щоб забезпечити встановлення істини і здійснення права на захист.

Для виконання завдань забезпечення безпеки суспільства й кримінального переслідування злочинців та з метою своєчасного отримання інформації поліції рекомендується в злочинних сферах мати інформаторів. Співробітництво з такими інформаторами може бути здійснено лише за наявності гарантій збереження в таємниці їх зв'язків з поліцією, а також даних про їх особу та місце перебування. Такі дані

[1] The National Sheriff. — 1973. — April-May. — P. 18.

не повинні розкриватися навіть у судовому засіданні при поданні клопотань учасниками процесу про допит їх як свідків.

Надання гарантій конфіденційності використання інформаторів є принципово визнаним у судовій практиці та в юридичній літературі державно-правовим заходом забезпечення їх безпеки і гарантій від кримінального переслідування осіб, що вчинили злочин. Однак у кримінальному судочинстві таким чином обмежується можливість суду досліджувати докази й можливість обвинуваченого здійснювати своє право на захист. Тому забезпечення конфіденційності та використання інформаторів в інтересах кримінального судочинства обмежується тими рамками, в яких можуть бути відхилені судові запити про надання даних, що стосуються особи та місцеперебування інформатора. У пункті 6.4 зазначеного Циркуляру з цього приводу вказується, що відповідно до формулювання дозволу на дачу показань службовців поліції (§ 54 КПК ФРН; § 66 Гамбурзького Закону «Про службовців») на запитання про конспіративні дії, особливо про співробітництво інформаторів, у судовому процесі відповідати не дозволяється. Згідно з пунктом 6.5 цього Циркуляру, якщо в інтересах встановлення істини суд вважає все ж за необхідне заслухати показання особи, якій гарантована конфіденційність або конспіративність як свідка, то, керуючись принципами правосуддя, необхідно використати всі можливості, щоб провести допит такої особи відповідно до вимог судочинства, притаманних правовій державі. Особливо важливо перевірити, чи достатні відповідні процесуальні заходи (наприклад, виключення гласності; допит суддею, який має спеціальне повноваження, за відсутності інших членів суду тощо) для забезпечення безпеки свідка або його конспіративності. У подібних випадках Сенат як вища судова інстанція згідно з § 96 КПК ФРН може прийняти рішення про відмову у видачі осіб, необхідних для викликання свідка, або погодитися на допит з дотриманням відповідних умов (загальна або обмежена заборона)[1].

Кримінально-процесуальне законодавство та інші законодавчі й відомчі акти західних країн передбачають спеціальний імунітет для свідків-поліцейських, інформаторів поліції, що називається «гарантією нерозголошення» («гарантією невикриття»), згідно з яким, виходячи з публічних інтересів, ці особи можуть не розкривати в судовому

[1] Див.: *Гесснер Р., Герцог У.* За фасадом права: Методы новой тайной полиции. — М., 1990. — С. 65-67.

засіданні джерело інформації чи характер дій щодо її отримання. Виступи поліцейських у судах західних країн є звичайною практикою. Вони розглядають це як складову свого службового обов'язку. Поліцейські можуть бути допитані як свідки з питань гласного й таємного відеозапису, фотозйомки, звукозапису тощо. Суди, у свою чергу, вважають їх показання «авторитетними доказами».

Кримінально-процесуальне законодавство деяких країн з метою забезпечення безпеки таємних службовців поліції, інформаторів та інших осіб, нерозкриття форм та методів таємної діяльності поліції при допитах службовців поліції з питань розшукової діяльності передбачає «свідчення зі слів або слуху».

Так, за законодавством США у суді може бути допитаний службовець поліції про дані, які стали йому відомі від інформатора. У кримінальному процесі Великої Британії поліцейський чиновник, який виступає в суді як свідок, може не називати імені інформатора. Свідку також не можна ставити запитання, чи не є він сам секретним агентом або інформатором. Окрім того, свідок обвинувачення (поліцейський секретний агент) на судове засідання не викликається, його показання оголошуються в суді без вказівки на джерело їх одержання.

Відповідно до Закону США «Про захист особового складу розвідки» від 23 червня 1982 р. гарантується правовий захист «особи негласних співробітників, агентів, інформаторів та інших джерел інформації США» (розділ VI). За розголошення відомостей про агента винна особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності у вигляді штрафу у розмірі до 50 тис. дол. США або тюремного ув'язнення на строк до 10 років, або обох цих покарань разом.

У Франції особа й конфіденційність отриманих від неї відомостей захищені гарантіями, які становлять службову таємницю, але в окремих випадках поліція може прийняти рішення про «розкриття» такої особи. Таке можливо лише за умови її особистої згоди. Водночас звертає на себе увагу те, що чинний КПК Франції не містить заборони на використання показань осіб з питань, пов'язаних із їх професійною діяльністю, за винятком показань журналіста (ч. 2 ст. 109 КПК). Проте правило щодо заборони допиту службовців поліції з питань їх професійної діяльності застосовується у практиці органів попереднього слідства та суду Франції.

У ФРН допустимий і допит «за судовим дорученням» агента поліції «спеціально уповноваженим суддею-доповідачем» з оголошенням змісту протоколу його допиту в суді.

У судах Баварії ФРН у разі необхідності використання показань впровадженого в злочинну групу агента поліції суд допитує одного з його старших начальників. Такі показання визнаються судом доказами.

Кримінально-процесуальне законодавство Австрії встановлює, що особа негласного службовця в суді може бути розкрита лише в разі, якщо вона сама виступає суб'єктом кримінального розслідування[1].

Бельгійське кримінально-процесуальне законодавство передбачає право збереження в таємниці особи негласного службовця поліції чи її інформатора в суді з метою забезпечення як їх безпеки, так і охорони інтересів боротьби зі злочинністю. Водночас королівський прокурор може вимагати від поліції повідомлень про особу, від якої отримано конфіденційні відомості, якщо він вважає за необхідне виконувати свої функції як обвинувач. Однак у разі загрози безпеці такій особі чи іншим особам такі відомості можуть не розголошуватися .

Відповідно до кримінально-процесуального законодавства Нідерландів неможливо використання анонімних показань у суді. Тому без розкриття особи інформатора чи агента поліції отримана від них інформація не може бути визнана судовим доказом. Проте така інформація може бути підставою для проведення, наприклад, обшуку в помешканні особи, щодо якої є інформація, що вона там зберігає зброю, наркотики тощо, та проведення інших слідчих чи розшукових дій[3].

За кримінально-процесуальним законодавством Фінляндії поліція може не розкривати особу негласного службовця поліції чи її інформатора під час судового слідства. Однак існує обмеження: суд має право вимагати розшифровки особи негласного службовця поліції чи інформатора, якщо розглядається справа, за якою передбачено покарання у вигляді позбавлення волі строком на 6 років і більше[4].

Істотною гарантією проти свавілля поліції в ході збирання інформації в інтересах кримінального процесу є передбачена західними системами кримінального судочинства можливість сторони захисту

[1] StrafprozeBordnung 1975 (StPO)// http://www.sbg.ac.at/sslc/docs/stpo/stpo_index.htm, станом на 8.01.2007 р.

[2] Code d'instruction criminelle// http:// editions.larcier. com/resources/titles/8044100 515530/extras/p01iD6.pdf, станом на 8.01.2007 р.

[3] Wetboek van strafvordering // http://www.teurlingsellens.nl/ Wetboekvan Strafvordering. html, станом на 8.01.2007 р.

[4] Criminal Procedure Act. (689/1997; AMENDMENTS UP TO. 260/2002. INCLUDED)// http://www.finlex.fi/en/laki/kaarmokset/1997/enl9970689.pdf, станом на 4,01.2007 р.

заявляти клопотання про відвід доказів, наданих суду стороною обвинувачення, у ФРН цей інститут названо правом сторони захисту заявляти клопотання про «надання й дослідження доказів». Проте цей інститут має низку винятків.

Зокрема, у кримінальному судочинстві ФРН вимога сторони захисту допитати в суді інформатора, повідомлення якого є підставою для ухвалення рішення про проведення тих або інших дій (у тому числі й негласних), пов'язаних із втручанням у права обвинуваченого, які охороняються Конституцією ФРН, з метою публічного дослідження обґрунтованості такого рішення відхиляються судами на підставі § 244 абз. 3 КПК ФРН за правилом «заборони доказування» або у зв'язку із «недосяжністю свідка».

Кримінально-процесуальне законодавство ФРН встановлює винятки й щодо допиту в суді службовця поліції, який отримав відповідні дані про злочин від інформатора. В одному випадку, в такому допиті взагалі може бути відмовлено за правилом «заборони доказування», оскільки відповідно до абз. 1 § 54 КПК ФРН скритий дізнавач як державний службовець не може бути допитаний у суді як свідок про обставини, що становлять державну чи службову таємницю, якщо в нього немає на це відповідного дозволу уповноважених посадових осіб поліції.

. В інших випадках, якщо показання службовця поліції чи контррбзвідки (відомства з охорони Конституції) є «єдиним доказом» у^сримінальній справі, діє правило «обмеженого дозволу». Його суть полягає в тому, що службовцям зазначених відомств дозволяється виступати в суді як свідкам і давати показання, у тому числі використовуючи й відомості, отримані від інформаторів, однак при цьому забороняється розшифровувати своє джерело інформації, тобто інформатора . Така практика визнається звичайною й узаконена Верховним Судом ФРН. Так, наприклад, у Ревізійному вироку Федеральної судової палати у справі Г. Енеса від 1 липня 1962 р. показання службовців поліції, які виступили як «свідки по слуху» (Zeugen vom Hoerensasagen), визнані «достовірними» й цілком «коректними», водночас у ньому ж зазначено, що за загальним правилом ухвалення обвинувального вироку, коли джерело «показання по слуху» залишається невідомим, становить значну небезпеку[2].

Див.: *ФилимоновБ. А.* Уголовный процесе ФРГ. — М., 1974.—-С. 108.
Там само. — С 65.

Що стосується відмови суду допитати самого інформатора через його «недосяжність», то вона ґрунтується на тому, що принцип «безпосередності», властивий німецькому судочинству, має деякі винятки. Наприклад, показання свідка, які він дав на досудовому слідстві, оголошуються в суді у його відсутності, якщо явці свідка до суду заважають непереборні обставини, велика віддаленість від місця засідання, невідомість його перебування в даний момент та інше. Третім правилом, що дозволяє легітимно використовувати «свідчення по слуху», є визнання судами службовців поліції експертами з питань оцінки повідомлених інформатором відомостей.

Слід зазначити, що допустимість доказів, отриманих за правилами «показання по слуху», «недосяжності свідка», «заборони доказування», «обмеженого дозволу» у суді — одна з дискусійних проблем у правозастосовній практиці та теорії кримінального процесу ФРН . Значна частина правників[2] вбачає в такій практиці порушення ст. 6 ч. 3 п. «d» Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод людини від 4 листопада 1950 р. (далі — Конвенція 1950 р.)[3], яка передбачає «право обвинуваченого допитувати свідків, що свідчать проти нього, чи право на те, щоб ці свідки були допитані, й мати право на виклик і допит його свідків на тих самих умовах, що й для свідків, які свідчать проти нього». Саме таку позицію з цього питання, як вбачається з його рішень, займає ЄСПЛ, який розглядає її як проблему використання показань анонімних свідків у кримінальному процесі .

Так, наприклад, у справі Ван Мешелен та інші проти Нідерландів від 23 квітня 1997 р. (Van Mechelen and Others v. the Netherlands) ЄСПЛ зазначив, що одні лише «оперативні потреби поліції» збереження анонімності свідка не можуть бути достатньою підставою для обмеження права на захист. ЄСПЛ при цьому вказав, що вирок суду не може бути

[1] Див.: *Филимонов Б. А.* Уголовный процесе ФРГ.— М, 1974.— С 107-112; *Roxin C.* Strafverfahrensrecht. — Muenchen, 1995. — S. 331, 343; Kriminalistik, 1990. — № 12. — S. 662-667; Борьба с преступностью за рубежом (по материалам зарубежной печати). — М, 1991. — № 11. — С.38-43; та ін.

[2] Див.: *F. V. Zezschwitz.* Verfassungsrechtliche Problematik administrativer Aussagebeschraenkungen im Strafprocess // NJW, 1972. — S. 799; *Hoffmann P.* Der imerreichbare Zeuge im Strafprocess. — Berlin, 1991. — S. 197; та ін.

[3] Международная защита прав человека. Документы и комментарии / Сост. и автор комментариев М. В. Буроменский. — Харьков, 1998. — С. 66-126.

[4] Див.: *Карибов К. Ф.* Проблема использования показаний анонимных свидетелей в уголовном процессе в свете решений Европейского суда по правам человека // Вестник Моск. ун-та. — Сер. 11. Право. — 2001. — № 5. — С. 83-90.

заснований «виключно або більшою мірою» на показаннях анонімних свідків, як було в зазначеній справі, де «єдиним доказом, на який покладався Апеляційний суд, що підтверджував впізнання заявників як осіб, що вчинили злочин, були показання анонімних офіцерів поліції»[1].

Право обвинуваченого на допит свідків, які свідчать проти нього, в інтерпретації ЄСПЛ означає, що всі докази повинні бути, як правило^ представлені в публічному судовому розгляді у присутності обвинуваченого з дотриманням змагальної процедури. Використання для обгрунтування обвинувального вироку показань свідків, даних ними в ході попереднього розслідування поліції чи органам юстиції (судовий слідчим), саме по собі не суперечить ст. 6 Конвенції 1950 р., однак да умови поваги прав захисту. Це право передбачає, що в обвинуваченого чи, принаймні, у його захисника була можливість на досудових стадіях процесу допитати свідка обвинувачення і заперечувати його показання або в момент дачі ним показань, або пізніше. Тому ЄСПЛ визнається порушенням Конвенції 1950 р., коли обвинувальні вироки національних судів ґрунтуються на повідомленнях осіб, персональні дані яких були приховані від захисту і при цьому ані обвинувачений, ані його захисник не одержали можливості безпосередньо допитати свідка на жодній зі стадій процесу[2]. Поряд із цим ЄСПЛ не вважає порушенням п. «d» ч. 3 ст. 6 Конвенції 1950 р., якщо встановлено, що труднощі захисту щодо допиту анонімних свідків були належним чином урівноважені судовою процедурою, яку застосовували судові інстанції .

У низці своїх рішень ЄСПЛ сформулював ті критерії, за якими він визначає достатність компенсаційних заходів, на які може розраховувати сторона захисту. По-перше, показання анонімного свідка можуть бути покладені в основу обвинувального вироку, якщо тільки ці показання були отримані в результаті допиту свідка перед незалежним і неупередженим судом за участю сторін при дотриманні змагальності процесу; на досудових стадіях процесу в ролі судового органу може

[1] *Van Mechelen* and Others v. The Netherlands, judgment of 23 April 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-Ш. http://www.echr.coe.int/ECHR/SiteMap.aspx, станом на 4.02.2007 р.

Див.: *Карибов К. Ф.* Проблема использования показаний анонимных свидетелей в уголовном процессе в свете решений Европейского суда по правам человека // Вестник Моск. ун-та. — Сер. П. Право. — 2001. — № 5. — С. 84-85.

[3] Европейский суд по правам человека: Избранные решения: В 2 т. — М., 2000. — Т. 2. — С. 444. •

виступати і слідчий суддя. Суду (суддям) має бути цілком відома особа свідка; обвинуваченому і його захиснику вона може не повідомлятися, однак у будь-якому випадку сторона захисту повинна мати можливість бути присутньою при допиті свідка на умовах, що дозволяють спостерігати за поведінкою допитуваного і ставити йому запитання (запитання і відповіді, які можуть розкрити особу свідка, суддя вправі відвести). По-друге, надання свідкам анонімності повинне мати достатнє обґрунтування. Тому одна лише тяжкість інкримінованого обвинуваченому злочину не може вважатися достатньою підставою для прийняття такого рішення. По-третє, для захисту свідків (потерпілих) мають застосовуватися заходи, які найменш обмежують за даних умов право захисту (пріоритет менш обмежувальних заходів)[1].

Під безпосереднім впливом рішень ЄСПЛ деякі західні країни скорегували своє законодавство з цього питання. Наприклад, до КПК Австрії внесені зміни, згідно з якими забороняється використовувати як докази показання службовців поліції, що з мотивів збереження службової таємниці відмовляються називати своїх негласних інформантів .

Важливими і результативними оперативно-розшуковими заходами поліції в боротьбі зі злочинністю є зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за телефонними розмовами, листуванням, телеграфною та іншою кореспонденцією, візуальне спостереження, контрольована поставка.

Прослуховування телефонних розмов, як вважають фахівці західних країн, дозволяє правоохоронним органам проводити спостереження за поведінкою людей для одержання і фіксації інформації, зміст якої може бути доказом винності осіб, підозрюваних у вчиненні злочинів, а також здійснювати цей захід з метою запобігання злочинам.

У США, наприклад, згідно із законом 1968 р. «Про контроль над злочинністю і безпекою на вулицях» метою електронного підслуховування є одержання інформації, необхідної для захисту національної безпеки країни й боротьби з організованою злочинністю, а також для виявлення осіб, що вчинили, вчиняють або готуються вчинити тяжкі злочини. Під останніми розуміються діяння, за вчинення яких закон

[1] Див.: *Карибов К. Ф.* Проблема использования показаний анонимных свидетелей в уголовном процессе в свете решений Европейского суда по правам человека // Вестник Моск. ун-та. — Сер. 11, Право. — 2001. — № 5. — С. 87-88.

[2] *Schwaighofer K.* Der Unmittelbarkeitsgrundsatz beim Zeugenbeweis und seine Ausnahmen // Osterreichische Juristenzeitung, 1996. — S. 133.

передбачає страту або тюремне ув'язнення на строк більше року. § 2516 глави 119 Зводу законів США встановлює, що дозвіл на перехоплення телеграфних чи усних повідомлень установлює міністр юстиції або будь-який з його помічників, спеціально ним призначених. Вони можуть уповноважити будь-якого федерального суддю компетентної юрисдикції правом на видання відповідно до § 2518 глави 119 Зводу законів США наказу, що дозволяє чи схвалює перехоплення телеграфних або усних повідомлень ФБР або будь-яким федеральним агентством, яке несе відповідальність за розслідування посягання, щодо якого дано дозвіл на перехоплення, якщо за допомогою цього можна одержати чи вже отриманий доказ вчинення будь-якого посягання, що карається стратою або тюремним ув'язненням на строк понад один рік, чи будь-якого посягання, включаючи вбивство з обтяжуючими ознаками, викрадення людини, пограбування чи вимагання.

Зазначений закон передбачає і проведення поліцією прослуховування розмов, що ведуться системами зв'язку або поза ними, за допомогою електронного, механічного чи будь-якого іншого пристрою. Прослуховування, проведене службовцями правозастосовних органів (або їх оперативними джерелами), суди розглядають з позицій *пе*правки IV Конституції США, вважаючи, що розмови є об'єктом, який може бути «вилучений» за допомогою прослуховування і звукозапису, й що в конституційному розумінні прослуховування нічим не відрізняється від обшуку й вилучення. Тому в США службовці правозастосовного органу, що мають намір провести прослуховування, зобов'язані одержати на це судовий ордер. Процедура одержання ордера на прослуховування має деяку специфіку як щодо встановлення «достатньої підстави», так і щодо її оформлення.

Відповідно до закону 1968 р. ордер на прослуховування може бути виданий лише у зв'язку з розслідуванням тяжкого злочину. У клопотанні про видачу ордера службовець правозастосовного органу повинен указати, зокрема, аргументи, що підтверджують необхідність проведення прослуховування, й особу, чиї розмови будуть прослуховуватися. Він повинен також інформувати суддю про дані, що стали відомими за допомогою інших засобів і методів одержання доказів, і вказати причини, через які ці засоби є недостатніми для одержання доказів.

Ордер на прослуховування видається на строк не більше ЗО діб, після закінчення якого може бути подовжений. Суддя, що видав

ордер, вправі вимагати звіт про порядок проведення прослуховування, а також матеріали, отримані за допомогою засобів, застосування яких він санкціонував.

Прослуховування може вестися і без ордера, якщо Генеральний аторней США вважає, що в даному випадку існують обставини, які загрожують інтересам національної безпеки, і є впевненість, що в силу певних обставин дозвіл на прослуховування буде дано згодом. Запит про одержання санкції на прослуховування має бути направлений не пізніше 48 годин після початку прослуховування, що негайно припиняється, якщо клопотання про санкцію не задовольняється.

Після закінчення ЗО доби можна одержати у судді подовження дозволу на прослуховування, але для цього потрібно інформувати його про результати першого прослуховування й обґрунтувати необхідність подовження, підтвердивши наявність «достатньої підстави».

Такий Федеральний закон, вважають окремі правознавці США, не сприяє встановленню повної правової стабільності в сфері регулювання негласних операцій із застосуванням технічних засобів. Так, у різних штатах по-різному вирішується питання про допустимість прослуховування, порядок і умови його здійснення. Крім того, Верховний суд США вносить свої корективи у правову регламентацію даного виду поліцейської діяльності. Порушення посадовими особами Закону 1968 р. карається штрафом у розмірі 10 тис. дол. США або тюремним ув'язненням строком до 5 років. Особа, інтереси якої порушені незаконними діями, має право на судовий захист. Окрім того, особі, розмови якої прослуховувалися, після закінчення 90 днів повідомляється про це. Така особа за 15 днів до судового розгляду має право ознайомитися з отриманими щодо неї матеріалами[1].

Слід зазначити, що законом США від 26 жовтня 2001 р. «Про боротьбу з тероризмом» («Акт патріота») ФБР та ПРУ наділені додатковими

[1] Див.: *Махов В. Н., Пешков М. А.* Уголовный процесе США (досудебные стадии). — М., 1998. — С. 36-54, 63-73, 93-124; *Пешков А. М.* Арест и обыск в уголовном процессе США. — М.: Спарк, 1998. — С. 6-12, 62-94; *Він же:* Подслушивание телефонных переговоров в уголовном процессе США (история развития и практика применения, анализ законодательства// Рос. следователь.— 2000.— № 3.— С. 29-38; *Корнієнко М. В.* Законодавче забезпечення розслідування організованої злочинної діяльності у США // Шляхи вдосконалення оперативно-розшукової діяльності: 36. наукових праць / Гол. ред. В. Л. Ортинський. — Л., 2002.- С. 7-10; *Смирнов М. П.* Комментарии оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран. — М., 2002.—С. 231-232; та ін.

повноваженнями у сфері прослуховування телефонних розмов, відстеження повідомлень в Інтернеті тощо .

Якщо процедура здійснення прослуховування телефонних розмов, радіоперехоплень й акустичного контролю у федеральному законодавстві США та законодавстві штатів, на наш погляд, вирішена досконало, то процедура здійснення відеозапису уповноваженими поліцейськими органами залишається поза докладним правовим врегулюванням на законодавчому та відомчому рівні. Це пояснюється тим, що, на думку законодавця США (поправка IV до Конституції США) здійснення прихованого візуального спостереження не порушує конституційних положень, якщо воно проводиться без звукового супроводу. Таке візуальне спостереження не розглядається як вторгнення в особисте життя.

У свою чергу, широке розповсюдження відеотехніки створило прецеденти використання відеозапису в кримінальному процесі, що стало основою для теоретичних дискусій з цього приводу. Так, прихильники концепції використання результатів відеозапису в кримінальному процесі як доказу зазначають надмірну переконливість відеоматеріалів, що здатна навіть зменшити значущість інших доказів у кримінальній справі. Прихильники іншої концепції вказують на об'єктивні труднощі впізнання осіб на відеозапису, що об'єктивно ускладнює їх ідентифікацію і не дає підстав вважати такий доказ вірогідним. Водночас кожна з концепцій пропонує свої рекомендації щодо виключення помилкових рішень при визнанні прихованого відеозапису доказом у кримінальній справі. Як рекомендації пропонується враховувати або тривалість спостереження за об'єктом, дистанцію, кут зйомки, освітленість, або технічні характеристики відеокамери й монітора, місце розташування відеокамери, розмір обличчя на зображенні тощо. Окремі з цих правил безумовно мають велике практичне значення, однак продовжують бути невитребуваними практикою, оскільки статус доказу за чинним кримінально-процесуальним законодавством США при здійсненні прихованого відеозапису мають лише показання свідків — осіб, які здійснювали такий відеозапис.

Разом із цим у судовій практиці США одержав поширення розгляд матеріалів прихованої відеозйомки об'єктів спостереження в момент

' Див.: Президент развязал руки спецслужбам// Коммерсант.— 2001.— 27 октября. — С I ; *Власихин В.* Угрожает ли «Акт патриота» Биллю о правах? // Рос. юстиция. — 2002. — № 1. — С. 59-61; № 2. — С. 56-60.

здійснення ними правопорушення. У таких випадках перед ідентифікацією загальноприйнятим є застосування двох рекомендацій: 1) обов'язкове з'ясування можливої зміни зовнішності обвинуваченого після здійснення відео-зйомки; 2) наявність можливості прямого порівняння нерухомого зображення обличчя у відеоматеріалах з обличчям обвинуваченого.

При цьому, враховуючи відсутність відповідних правових норм регулювання цього питання, що виключає єдиний підхід до його вирішення на практиці, пропоновані рекомендації дослідження відеоматеріалів застосовуються в кожному конкретному випадку залежно від ситуації, що створює певні проблеми в правозастосовній діяльності.

На практиці при необхідності в суді впізнати чи ідентифікувати особу, записану на відеокасету в момент вчинення злочину, суддя дуже рідко здійснює таку процесуальну дію особисто. Для її здійснення широко застосовуються експерти (поліцейські, які мають певні професійні навички) й інші свідки, що знали обвинуваченого раніше.

У сформованій судовій практиці визначальним є показання поліцейських, які здійснювали відеозапис, а сам відеозапис може й не демонструватися у суді, але в такому разі обов'язково вказуються тактико-технічні характеристики спеціальних засобів відеозйомки. Так, у судовій практиці США мали місце випадки, коли відеозаписи губилися до судового розгляду матеріалів, але показання поліцейських при цьому визнавалися достатніми для визнання їх доказами у суді. Така практика визнається законною і вищими судовими інстанція США. При цьому слід звернути увагу на те, що судова практика США сприймає однаково показання свідка незалежно від того, побачив він певні події, пов'язані зі злочином, особисто чи дає показання за переглянутим відеоматеріалом. При цьому головним у визнанні таких показань доказами є неупередженість свідка, що може бути встановлено в ході перехресного його допиту у суді'.

Правова неврегульованість відеозйомки як ефективного оперативно-розшукового засобу поліції США не лише створює проблему використання її результатів у доказуванні в кримінальних справах, а й викликає стурбованість правозахисних організацій США та окремих правників у зв'язку з тим, що приховане візуальне спостереження за допомогою спеціальних засобів відео-зйомки через відсутність його

' *Elliott D. W.* Videotape evidence: the risk of over persuasion // The criminal law review. London.: Sweet & Maxwell, 1998. — № 3 . —С 159-171.

докладного правового врегулювання може порушувати права людини. На думку окремих фахівців США, правова незахищеність американського суспільства від прихованого візуального спостереження за допомогою спеціальних засобів відеозйомки стала закономірним наслідком недостатнього врахування законодавцем тенденцій розвитку спеціальних технічних засобів. Так, негласний відеозапис у порівнянні з аудіозаписом становить велику небезпеку як для особи, щодо якої він проводиться, так і для всього суспільства. Розкриття факту прихованого відеоспостереження перед громадськістю нерідко призводить до істотних психологічних травм різної тяжкості. Отже, неврегульованість цього питання, як слушно зазначають правники, формує недовіру до правозахисної функції держави, підриває основну життєву підвалину американського суспільства: «мій дім — моя фортеця»[1].

У цьому контексті справедливим є твердження, що розвиток науки й техніки випереджає правове регулювання використання цих досягнень з метою захисту інтересів суспільства. Однак правовий статус негласного відеоспостереження деякою мірою обумовлений призначенням даної галузі законодавства США, яке має свою специфіку, у зв'язку з чим варто визнати, що це законодавство в основному формувалося на етапі розвитку держави як правової та призначалося для декларативного визначення повноважень правоохоронних органів і рідко застосовувалося в приватному секторі. Тому чинне кримінальне законодавство США не дозволяє ефективно захистити права громадян від негласного відеозапису органів поліції. Негласний відеозапис може кваліфікуватися лише як цивільне правопорушення й підпадати під дію кримінального законодавства США тільки у тих випадках, коли він пов'язаний з проникненням до житла чи іншого приміщення особи, порушуючи межу її приватної власності[2].

Отже, якщо радіоперехоплення, прослуховування телефонних розмов і акустичний контроль визнаються як обмеження недоторканності приватного життя і в разі їх здійснення без відповідного рішення суду та встановленого законом порядку можуть бути визнані як злочин, то прихований відеозапис такого правопорушення не становить, і поліція при його проведенні може обходитися без судового ордера, втручаючись у гарантовані Конституцією США права громадян.

[1] Video voyeurs and the covert videotaping of unsuspecting victims: psychological and legal consequences // Journal of Forensic Sciences. — Chicago: American Academy of Forensic Sciences, 1997. — Vol. 42. — № 5. — С 884-886.

[2] Там само. — С. 887-888.

Наявна прогалина у правовому регулюванні прихованого відеозапису в США, з одного боку, спрощує використання відеотехніки правоохоронними органами для документування протиправних діянь, а з іншого — недосконалість правового регулювання прихованого відеозапису не дозволяє ефективно використовувати його результати в доказуванні в кримінальних справах, що негативно впливає на ефективність боротьби зі злочинністю та захист прав людини від злочинних посягань.

За англійським законодавством така поліцейська дія, як «перехоплення повідомлень», що включає, зокрема, прослуховування телефонних розмов, результати якої можуть бути використані як докази в кримінальному процесі, була передбачена Законом 1985 р. «Про перехоплення повідомлень», який скасований у зв'язку з прийняттям 28 липня 2000 р. Закону «Про регламентацію повноважень з розслідування»[1]. До цього закону інкорпоровані основні положення Закону 1985 р. «Про перехоплення повідомлень»: про прослуховування телефонних розмов, контроль поштових, телеграфних та інших повідомлень, а також зняття інформації з технічних каналів зв'язку. Законом «Про регламентацію повноважень з розслідування» 2000 р. встановлено, що дозвіл на проведення прослуховування телефонних розмов, контроль поштових, телеграфних та інших повідомлень, а також зняття інформації з технічних каналів зв'язку видається строком на три місяці (якщо йдеться про інтереси національної безпеки й у деяких інших випадках — до шести місяців) Міністром внутрішніх справ, але лише у справах про «значні злочини», які він самостійно визначає у видаваних ним інструкціях. При цьому згідно з вказаним Законом поліція може самостійно виконувати лише ті дії, пов'язані з втручанням в права громадян, які законодавством чи іншими нормативними актами віднесені до її компетенції, як це має місце, наприклад, щодо «перехоплення повідомлень». В інших випадках поліція повинна звертатися до суду з проханням про видачу судового наказу— процесуального акта, який дозволяє вчинити зазначених захід[2].

У франції прослуховування повідомлень, переданих за допомогою засобів телекомунікації, проводиться відповідно до статей 100—100 КПК Франції та Закону від 10 липня 1991 р. «Про перехоплення

[1] Regulation of Investigatory Powers Act 2000 //The Public General Acts and General Synod Measures. — London: HMSO, 2001. — Ch. 23.

Див.: *Гуценко К. Ф., Головко Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесс западных государств. — М., 2002. — С. 53, 109.

повідомлень, які передаються за допомогою засобів телекомунікації»[1]. Вказаний закон легалізує прослуховування (перехоплення) усіх видів повідомлень, що передаються за допомогою технічних засобів, а не лише телефонних розмов. Рішення про перехоплення повідомлень приймає слідчий суддя, який виносить постанову, що є юрисдикційною й не підлягає оскарженню. Така постанова може бути чинною протягом чотирьох місяців, після чого допускається її подовження. Прослуховування оформляється протоколом, що додається до кримінальної справи. Коло осіб, розмови яких можуть прослуховуватися, законом не визначене.

За загальним правилом слідчий суддя самостійно здійснює всі слідчі дії (ч. 1 ст. 81 КПК Франції), однак закон надає йому право за необхідності делегувати деякі свої повноваження іншим посадовим особам за допомогою окремих доручень (ч. 4 ст. 84 КПК Франції), у тому числі й офіцеру судової поліції (ч. 1 ст. 151 КПК Франції).

При введенні інституту прослуховування телефонних розмов німецький законодавець виходив зі ст. 10 Конституції ФРН, яка, проголошуючи недоторканність таємниці листування, телеграфних повідомлень і телефонних розмов, передбачила, що дана таємниця може бути обмежена законом з метою захисту вільного й демократичного ладу. Відповідно до цього конституційного положення 13 серпня 1968 р. (у новій ред. від 14 вересня 1978 р.) був прийнятий спеціальний закон «Про обмеження таємниці листування, телеграфних повідомлень і телефонних розмов»[2]. Цим законом установлено, що дозвіл на відповідні заходи, які обмежують зазначені таємниці, може дати лише суддя. У зв'язку з цим до КПК ФРН були введені два додаткових параграфи (§ 100а і § 1006), які встановили підстави й порядок прослуховування телефонних розмов (контроль над засобами телекомунікації).

Так, § 100а КПК ФРН встановлює, що контроль і запис засобів телекомунікації передбачається тільки щодо обвинуваченого на підставі

[1] Там само. — С. 349.

[2] *Филимонов Б. А.* Основы теории доказательств в германском уголовном процессе. — М., 1994. — С. 150.

[3] Право негласного прослуховування телефонних розмов відповідно до закону від 13 серпня 1968 р. надано також федеральній службі розвідки, відомству по охороні Конституції ФРН, управлінню безпеки бундесверу з метою, як сказано в законі, захисту інтересів держави. Однак вимоги (§ 100а і § 1006 КПК ФРН), що стосуються підстав і порядку прослуховування телефонних розмов, не поширюються на діяльність зазначених органів, оскільки в цих випадках, як вказується у цьому законі, застосовуються особливі засоби розвідувальних служб. — *Филимонов Б. А.* Вказана праця. — С154—155.

наявності підозри у вчиненні лише тяжких злочинів, визначених цим параграфом, а також осіб, що передають обвинуваченому певну інформацію чи одержують таку від обвинуваченого, або осіб, з якими обвинувачений постійно використовує зв'язок. До таких злочинів, як зазначено у цьому параграфі, зокрема, належать: державна зрада; загроза демократичній, правовій державі; видача державної таємниці; злочини проти оборони; створення злочинних організацій; підробка грошей і цінних паперів, розпусні дії в тяжкій формі щодо дітей чи здійснення розпусних дій щодо дітей, які спричинили їм смерть; торгівля людьми в тяжкій формі; крадіжка в складі банди чи крадіжка в складі банди у тяжкій формі; навмисне вбивство; грабіж; розбій; вимагання; відмивання грошей; торгівля наркотиками; незаконне володіння зброєю; злочини, пов'язані з використанням вибухових речовин, ядерних матеріалів, і деякі інші.

Отже, перелік злочинів, що допускають контроль і запис засобів телекомунікації, на що справедливо акцентується увага німецьких правників, протягом минулого десятиліття постійно розширювався[1].

Розпорядження про контроль і запис засобів телекомунікації може бути віддано лише суддею, а за невідкладності дій — прокуратурою з подальшим суддівським підтвердженням. При цьому слід зазначити, що прокуратура проводить розслідування під свою відповідальність, користуючись послугами поліції або організовуючи слідчі дії за участю суддів, у тому числі й контроль за телефонними розмовами. У письмовому суддівському розпорядженні вказується особа, щодо якої застосовується цей захід, вид, обсяг і строк прослуховування. Строк прослуховування встановлюється до трьох місяців з можливістю його подальшого подовження. Суддівське розпорядження про контроль і запис засобів телекомунікації направляється до органів федеральної пошти, які повинні забезпечити судді, прокурору чи допоміжним поліцейським чиновникам прокуратури можливість контролю і запису засобів телекомунікації (§ 152 Закону про судоустрій ФРН). Кабіни для прослуховування телефонних розмов розміщаються в приміщенні поліції. Чиновники пошти лише забезпечують підключення до телефонної мережі на час і в обсязі, зазначених суддею. Якщо підстави, передбачені в § 100а КПК ФРН, відпали, то контроль

[1] Див.: *Йорг Арнольд.* Ограничение правового государства в германском уголовно-процессуальном праве // Конституционное право: Восточное обозрение. — 1999. — № 3. — С. 22-30.

і запис засобів телекомунікації негайно припиняється. Про їх припинення повідомляється суддя, який видавав про це розпорядження, а також особа, на яку покладено його здійснення.

Л Основний зміст звукозапису викладається письмово у вигляді протоколу й додається до матеріалів кримінальної справи. Однак, якщо в отриманих у ході проведеного заходу документах відпала необхідність для їх використання в кримінальному переслідуванні, то вони : негайно мають бути знищені під наглядом прокурора, про що склада- • •ється відповідний протокол (§ 1006 КПК ФРН).

, Закон ФРН від 4 травня 1998 р. «Про боротьбу з організованою ічинністю» вніс доповнення до КПК ФРН, згідно з якими за наявності підозри у вчинені визначених § 100с КПК ФРН тяжких злочинів допускається не лише прослуховування телефонних розмов, а й таєм- Jje' прослуховування всіх розмов, що ведуться в будь-якому житловому приміщенні. Окрім того, § 100с КПК ФРН передбачає у справах про зазначені злочини здійснення фотографування та відеозапису, а також застосування інших передбачених для візуального спостереження технічних засобів для з'ясування обставин справи чи для встановлення місця перебування злочинця, якщо це неможливо досягнути в інший спосіб. Зазначені заходи можуть проводитися й у тому випадку, коли неминуче будуть порушені права третіх осіб (§ 100с абз. З КПК ФРН).

Відповідно до § 101 КПК ФРН про контроль і запис засобів телекомунікації мають бути повідомлені особи, щодо яких такий захід застосовується, якщо це не становить небезпеки для мети досудового (попереднього) розслідування, громадської безпеки, загрози життю чи здоров'ю певної особи, а також можливості подальшого використання службовця поліції, що веде скрите розслідування.

У § 100f КПК ФРН встановлено, що персональна інформація, отримана в результаті проведення заходу відповідно до § 100с абз. 1 п. З КПК ФРН (прослуховування і запис розмов у жилому приміщенні за допомогою технічних засобів), може бути використана лише для мети кримінального судочинства й для попередження в окремих випадках загрози життю, здоров'ю або свободі особи чи значного матеріального або майнового збитку. Така інформація може бути використана і в інших провадженнях як докази лише тією мірою, в якій, у разі її оцінки, виявляються відомості, що необхідні для розкриття тяжких злочинів, визначених § 100а КПК ФРН.

При аналізі законодавства ФРН, що регулює діяльність поліції в інтересах кримінального процесу, слід звернути увагу на те, що

у поліцейському розслідуванні ФРН з урахуванням великого обсягу одержуваної інформації і терміновості її використання використовується її машинна обробка за допомогою ЕОМ. На орган, який здійснює машинну обробку такої інформації, покладається встановлений кримінально-процесуальним законом обов'язок передавати її органам кримінального переслідування (§ 98а КПК ФРН).

Чинний КПК ФРН не містить указівок щодо порядку введення до кримінального судочинства інформації, отриманої поліцією відповідно до §100а (контроль над засобами телекомунікації), § 100с (заходи без відома порушеної особи) та надання їй статусу відповідного доказу. Це визначено в одному з рішень Верховного Суду ФРН, де вказується, що звукозапис може бути використаний у суді як речовий доказ або як документ. Вибір процесуальної форми при цьому залежить від розсуду самого суду, який повинен виходити з того, що § 244 абз. 2 КПК ФРН зобов'язує його з метою встановлення істини використовувати всі факти й докази, що мають значення для прийняття рішення .

Стаття 226(6) КПК Італії встановлює, що службовці кримінальної поліції мають право при виконанні службових обов'язків, установлених ст. 219 КПК, відвертати, переривати чи підслухувати телефонні розмови й телеграфні повідомлення при розслідуванні: навмисних злочинів, які караються позбавленням волі на строк не менше п'яти років; злочинів, пов'язаних із наркотиками; злочинів, пов'язаних із застосуванням вогнепальної зброї і вибухових речовин; злочинів, пов'язаних із контрабандою; правопорушень, пов'язаних з образою чи погрозами порушення спокою громадян за допомогою телефону. Поліцейські Італії, що займаються виявленням викрадачів людей, одержали право прослуховувати телефонні розмови без узгодження з родичами розшукуваних, втручатися в процес розмов. Отримана інформація в результаті проведення цього заходу використовується в кримінальному процесі для отримання доказів та прийняття процесуальних рішень[2].

Аналіз судових рішень ЄСПЛ дає підстави для висновку, що він неоднозначно оцінює законодавство і практику прослуховування телефонних розмов західноєвропейських країн для отримання інформації

[1] Див.: *Филимонов Б. А.* Основы теории доказательств в германском уголовном процессе.— М., 1994.— С. 152-154; *Смирнов М.* Я. Комментарии оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран. — М., 2002. — С. 235.

Codice di Procedura Penale // http://www.camerapenale-bologna.org/ codice_ procedurajpenale/ codice_di_procedura_penale_index.htm, станом на 4.02.2007 р.

в інтересах кримінального судочинства щодо відповідності їх ст. 8 Конвенції 1950 р.

Так, наприклад, у справі Класе проти ФРН (Klass and Others v. Germany) ЄСПЛ у своєму рішенні від 6 вересня 1978 р., оцінюючи Закон ФРН від 13 серпня 1968 р. «Про обмеження таємниці листування, телеграфних повідомлень і телефонних розмов», вказав, що право таємного нагляду за громадянами, яке є типовим для поліцейської держави, відповідно до Конвенції 1950 р., може застосовуватися остільки, оскільки воно необхідне для збереження демократичних інститутів. При цьому нагляд, здійснюваний лише для отримання розвідувальних даних, не пов'язаних з конкретною підозрою у вчиненні злочину, — вказав ЄСПЛ, — є неприпустимим. ЄСПЛ зазначив, що внаслідок «розвитку тероризму в Європі» і «дуже значної загрози», перед якою стоять європейські демократичні країни, «держава повинна мати право захищатися від таких загроз і встановлювати секретне спостереження за підривними елементами, що діють у межах її юрисдикції». ЄСПЛ визнав, що «існування певного законодавства, яке регулює прихований нагляд за листуванням і зв'язком, є за виняткових умов необхідним у демократичному суспільстві». Однак ЄСПЛ обмежив застосування спостереження, вказавши, що «це не означає, що країни — учасниці Конвенції користуються необмеженим дискреційним правом вести приховане спостереження за особами, що підпадають під їхню юрисдикцію. З метою боротьби зі шпигунством і тероризмом країнам — учасницям Конвенції не можна застосовувати всілякі заходи, які вони вважають за потрібне. Суд має бути переконаний, що при застосуванні будь-якої системи спостереження існують адекватні й ефективні гарантії проти зловживань». Таким чином, ЄСПЛ уточнив зміст ст. 8(2) Конвенції: по-перше, всяке спостереження повинне вестися «на підставі закону»; по-друге, воно застосовується у разі «необхідності захисту демократичних інститутів» і, по-третє, всяка система спостереження повинна включати «адекватні й ефективні гарантії проти зловживань». У зазначеній справі ЄСПЛ уперше дав докладний опис процедури прослуховування телефонних розмов, яка відповідає ст. 8 Конвенції[1].

ЄСПЛ своїм рішенням від 24 квітня 1990 р. вказав на відсутність у Франції докладної регламентації прослуховування телефонних

[1] Klass and Others v. Germany, judgment of 6 September 1978, Series A no. 28, http://www.echr.coe.int/ECHR/SiteMap.aspx, станом на 8.01.2007 р.

розмов як слідчої дії, що не відповідає Конвенції 1950 р. У результаті цього рішення за короткий час законодавці Франції підготовили й прийняли Закон від 10 липня 1991 р. «Про перехоплення повідомлень, які передаються за допомогою засобів телекомунікації», одним із завдань якого стало внесення відповідних доповнень до КПК: нових статей 100-100[7], присвячених однойменній із законом слідчій дії. В одному з рішень за 1994 р. щодо Франції ЄСПЛ серед недоліків в її законодавстві про прослуховування телефонних розмов вказав на відсутність достатніх гарантій проти можливих зловживань посадовців у ході прослуховування телефонних розмов[1].

У справі Малоун проти Великої Британії від 26 квітні 1985 року (Malone v. the United Kingdom) суд Великої Британії визнав прослуховування телефонних розмов Малоуна столичною поліцією законним, ЄСПЛ, хоча й підтвердив законність цього рішення, проте вказав, що законодавство Великої Британії не містить досить чіткого правового регулювання прослуховування телефонних розмов, що не створює достатніх гарантій від незаконного їх прослуховування, вказавши при цьому, що й законозастосовна практика в Англії й Уельсі щодо прослуховування телефонних розмов не перебуває «у згоді із законом»[2].

Серед найефективніших оперативно-розшукових заходів поліції західних країн і США, що використовуються для виявлення й документування злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, торгівлі зброєю тощо, є контрольована поставка. Так, наприклад, згідно з Настільною книгою для правоохоронців Адміністрації США з питань боротьби з незаконним обігом наркотиків[3] контрольована поставка — це процедура, за якої незаконна або така, що викликає підозру, партія наркотичних засобів або психотропних речовин, виявлена правоохоронним органом, допускається для вивозу, провозу або ввозу на територію однієї або декількох країн з відома і під наглядом їх компетентних органів з метою виявлення осіб, які беруть участь у вчиненні злочинів у сфері обігу наркотичних засобів.

[1] Див.: *Гуценко К. Ф., Головко Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесе западных государств. — М., 2002. — С. 301-302.

Constitutional and Administrative Law. — London: The Macmillan Press Ltd., 1994. — P. 399; Malone v. the United Kingdom (Article 50), judgment of 26 April 1985, Series A no. 95, <http://www.echr.coe.int/ECHR/SiteMap.aspx>, станом на 8.01.2007 р.

[3] Drug Enforcement Handbook U.S. Department of Justice Drag Enforcement Administration; Руководство ООН по подготовке кадров в области обеспечения соблюдения законов о наркотиках: ООН. — Нью-Йорк, 1989. — Chapter V. — P. I — V.

Контрольовані поставки, проведення яких заохочується Конвенцією Організації Об'єднаних Націй 1988 р.[1], є ефективною стратегію забезпечення дотримання законів про наркотики, що дає можливість відповідним посадовим особам поліції різних країн виявляти учасників міжнародної організації, що спеціалізується на контрабандному і торговому наркобізнесі з провезенням забороненого наркотичного засобу через міжнародні кордони. Цей метод вимагає тісної співпраці працівників різних служб поліції відповідних країн. Такі поставки нерідко здійснюються з використанням методу агентурного проникнення.

Прикладом застосування методу агентурного проникнення поліцією США у контрольованих поставках і оперативних закупівлях є проведення спеціальної операції «Білий ящик» щодо розслідування вчинення контрабанди кокаїну в межах міжнародної контрольованої поставки, яка тривала протягом 2005 р. і розслідувалася Адміністрацією США з питань боротьби з незаконним обігом наркотиків (АБНОН) при сприянні відповідних поліцейських установ Маямі, Чикаго, Хорватії, Іспанії, Англії, Австрії, Німеччини та інших країн.

Приводом та підставою для початку цієї операції було повідомлення інформатора АБНОН про те, що наркоділер із Росії підшукає місце для складування контрабандних тютюнових виробів у заздалегідь визначеній західноєвропейській країні.

Під час перевірки цієї інформації було встановлено, що фактично йшлося про контрабанду замаскованого у партії тютюнових виробів наркотичного засобу — кокаїну.

Для подальшого розкриття і розслідування контрабанди агент АБНОН під «прикриттям» підшукав склад в Австрії і запропонував наркоділеру комерційні умови — 125 тис. дол. США за склад і додатково 35 кг кокаїну, який мав транспортуватися до підготовленого складу каналом Уругвай — Австрія.

У результаті проведення цієї операції було викрито канал контрабандного постачання кокаїну в країни Північної Америки та Західної Європи, методи незаконного оформлення вантажу та його маскування, а також організаторів і учасників міжнародного злочинного угруповання. Встановлено, що шлях проходження кокаїну при проведенні міжнародної контрольованої поставки був таким: Еквадор — Південна Кароліна — Монте-Карло — Відень — Багами — Чарльстон — Словенія — Німеччина — Австрія. Окрім того, було встановлено, що цим каналом здійснюється контрабанда вибухових речовин, зброї та боєприпасів.

Але весь ланцюг незаконної наркотичної діяльності міжнародного злочинного угруповання в ході проведення цієї операції не було розкрито. Однією з причин чого стало те, що проведеним комплексом гласних і негласних заходів не вдалося встановити хазяїна наркотичної лабораторії в Колумбії. Жоден із заарештованих не пішов на контакт з органами поліції як інформатор.

Ефективним засобом поліції у боротьбі зі злочинністю є застосування контрольних постів на вулицях і майданах, які використовуються для затримання підозрюваної особи або забезпечення доказів, що можуть бути використані при розкритті та розслідуванні злочинів .

Розшукова діяльність поліції і спецслужб та використання її результатів у кримінальному процесі західних країн викликає бурхливі дискусії в наукових, політичних і правозахисних колах. З цього приводу існує дуже широкий спектр думок — від констатації повної несумісності негласної частини поліцейського дізнання з основними принципами правової держави до абсолютизації ролі розшукової, у тому числі й таємної діяльності поліції в боротьбі зі злочинністю й особливо з організованими її формами та її значення для кримінального судочинства.

Обидві ці полярні точки зору мають під собою певну теоретичну базу й грунтуються на двох основних концепціях — «належної правової процедури»[2] та «контролю над злочинністю»[3].

В основі концепції «належної правової процедури» (належного правосуддя) лежить ідея верховенства права, рівної і справедливої правової судової процедури для кожного громадянина, за допомогою якої він може себе захистити від свавілля влади. Прихильники цієї концепції виходять з пріоритету інтересів особи над інтересами суспільства й держави та вимагають суворого обмеження правом офіційної влади стосовно як її компетенції, так і порядку її реалізації.

[1] Рамкова Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти організованої злочинності // Міжнародні правові акти та законодавство окремих країн про корупцію. — К., 1999.

[1] Створення таких постів передбачено § 111 КПК ФРН.

[2] Див.: *Packer H.* The Limits of the Criminal Sanction. Stanford, 1968; *Landsman S.* Reading in Adversarial Justice : The American Approach to Adjudication (American Bar Association Section of Litigation). — West Publishing, 1988; *Burnham W.* Introduction to the Law and Legal System of the United States. West Publishing, 1994; та ін.

[3] Див.: *King M.* The Framework of Criminal Justice.— London, 1981. P.16; *Ковалев В. А.* Буржуазная законность: теоретические иллюзии и судебно-полицейская реальность. — М., 1986 — С. 5-18; та ін.

Що ж до діяльності поліції, то зазначені положення пропонується реалізувати, насамперед, через встановлення у правових нормах певних обмежень щодо засобів і способів (особливо тих, що обмежують конституційні права громадянина) добування поліцією інформації та інших матеріалів, які можуть бути використані в суді як докази.

Концепція «контролю над злочинністю» виходить з превалювання в системі соціальних цінностей інтересів суспільства й держави та необхідності їхнього першочергового захисту від протиправних посягань окремих осіб. Вона розкриває роль кримінальної юстиції у попередженні, припиненні злочинів та зниженні злочинності шляхом притягнення до кримінальної відповідальності та засудження винних у вчиненні злочинів. Ця концепція виходить із того, що саме захист конкретної людини, суспільства і держави від злочинних посягань певних осіб та груп, а також зниження рівня злочинності залежить від оперативності діяльності поліції та інших органів, які здійснюють контроль над злочинністю, кримінальне переслідування й забезпечують невідворотність покарання. Прибічники цієї концепції виступають за «конкретну юстицію», за те, щоб «поліцейський процес» (досудове провадження) домінував над «повільним, неефективним» судовим процесом[1]. При цьому, коли мова йде про «поліцейський процес», мається на увазі в нашому розумінні ОРД[2]. У такому процесі перевага надається соціальній значущості здійснення кримінальної репресії через контроль над злочинністю й публічно-правовим (державним), а не приватно правим (особистим) інтересам. Суд при цьому повинен займати позицію відплати и лякання щодо реальних та потенційних злочинців, які мають понести покарання відповідно до своєї провини, будучи гарантом правопорядку. Його головна функція— підтвердити і затвердити право держави на покарання злочинця, а не забезпечити захист права на захист чи панівний стан права у державі .

Характерними ознаками цієї концепції є: орієнтація органів переслідування на суспільну небезпеку злочинів як підставу для своєї

[1] *Packer H.* The Limits of the Criminal Sanction,— Stanford, 1968.— P. 153; *Packer H.* Two models of the Criminal Procedure. — London, 1981. — P. 162.

Див.: *Ковалев В. А.* Буржуазная законность: теоретические иллюзии и судебно-полицейская реальность. — М., 1986. — С. 42.

Див.: *Ковалев В. А.* Вказана праця. — С. 40—43; 46-53; *Стойко Н. Г.* Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем. — СПб., 2006. — С. 72.

правової активності; ігнорування чи суттєве обмеження правового контролю за органами кримінального переслідування; підтримка органів кримінального переслідування у намаганні покарати кожного злочинця; презумпція винуватості підозрюваних у вчиненні злочинів (потенційних злочинців); високий рівень засудження; відсутність умов для міжособистісного контакту потерпілого та обвинуваченого .

Погляди теоретиків концепції «контролю над злочинністю» були реалізовані в низці законодавчих актів США[2]. Проте зазначена концепція у чинному законодавстві СІЛА впродовж років зазнала певної модернізації. Так, у 1970, 1973 і 1980 роках до Федерального закону від 19 червня 1968 р. «Про контроль над злочинністю і забезпечення безпеки на вулицях» було внесено зміни і доповнення, що відбили окремі погляди прихильників ідеї «належної правової процедури». Крім того, IV і деякі інші поправки до Федеральної Конституції США, що регулюють принципи відправлення правосуддя, теж накладають значні процедурні обмеження на діяльність поліції. У 80-90-ті роки минулого століття в сфері протидії кримінальній злочинності відбулися зрушення — від висування вимог «війни зі злочинністю», «найшвидшого забезпечення закону і порядку» до проголошення концепції «захисту законослухняних громадян»[3]. Саме ця концепція, що лежить зараз в основі діяльності американської юстиції, є компромісним варіантом, який поєднує переваги обох розглянутих доктрин. Суттєві зміни до цієї концепції було внесено Законом США від 26 жовтня 2001 р. «Про боротьбу з тероризмом» («Акт патріота»), який значно підсилив панівну роль публічно-правових інтересів над приватноправовими, розширивши повноваження поліції та спецслужб щодо проведення окремих оперативно-розшукових заходів у сфері боротьби з тероризмом .

У ФРН доктрині «контролю над злочинністю» відповідає так звана «криміналістична доктрина». її послідовники, виходячи з вимог суспільства запобігати злочинам і з огляду на характер сучасної злочинності,

[1] Див.: *ЗерХ.* Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание. — М., 2002. — С. 247-251; *Стойко К Г.* Вказана праця. — С. 65-95.

[2] Див.: Федеральні закони США «Про контроль над організованою злочинністю» від 15 жовтня 1970 року і «Про контроль над злочинністю і забезпечення безпеки на вулицях» від 19 червня 1968 року // Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты / Пер. с англ.; Сост. В. И. Лафитинский. — М, 1993.

[3] Див.: *Власихин В. А., Николайчик В. М.* Проблема преступности в политике президентов США // США-ЭПИ. — 1992. — № 1 — С. 48-56.

Див.: *Власихин В.* Угрожает ли «Акт патриота» Биллю о правах?// Рос. юстиция. — 2002. — № 1. — С. 59-61; № 2. — С. 56-60.

наполягають на необхідності активної негласної роботи поліції всередині кримінального середовища, тобто на перенесенні цієї діяльності в так зване «криміногенне передпілля», застосовуючи відповідні превентивні заходи. Цій доктрині протистоять правозахисні організації та окремі правники, які вважають, що таємні методи діяльності поліції розмивають межу між поліцією і злочинним середовищем й взагалі в рамках «криміналістичної доктрини» законність нібито приноситься в жертву доцільності і в прихильників зазначеної концепції бере верх «цільове мислення», що випливає із самої сутності по* ліцейської діяльності, а це — «свідчення втрати принципів правової держави»[1].

Поряд із згаданими основними концепціями в західних країнах існують й інші концепції боротьби зі злочинністю та захисту прав людини , реалізація яких тією чи іншою мірою впливає на специфіку розшукової, у тому числі й таємної, діяльності поліції та спецслужб і на особливості використання їх результатів у кримінальному процесі.

Отже, якщо узагальнити підходи до регулювання діяльності поліції у західних країнах і США й використання її результатів у кримінальному процесі, відокремивши елементи, обумовлені національними особливостями конкретних правових систем й традицій певних країн, які належать до цих систем, то можна констатувати: законодавство цих країн передбачає такий порядок таємної розшукової діяльності поліції, що дозволяє їй, з одного боку, успішно виявляти значну кількість найнебезпечніших злочинів, які готуються або вчиняються професійними злочинцями й організованими злочинними угрупованнями, і запобігати їм, а з другого боку — дає суспільству можливість вести досить жорсткий і ефективний контроль за такою діяльністю поліції з метою нейтралізації негативних проявів цієї діяльності поліції, що можуть зашкодити інтересам конкретних осіб, суспільству та державі.

При цьому, наприклад, американське законодавство виходить із того, що втручання в особисте життя (privacy) громадян, характерне для діяльності поліції, звичайно ж є злом, з погляду інтересів абстрактної особи, але злом необхідним й вимушеним, що є засобом забезпечення її ж безпеки.

Див.: *Гесснер Р., Герцог У.* За фасадом права: Методы новой тайной полиции. — М., 1990. — С. 44, 87.

Див.: *Стойко Н. Г.* Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем. — СПб., 2006. — С. 65-95.

Щоб зазначені обмеження не стали більш небезпечними, ніж загроза, що походить від злочинності, суспільство повинне мати можливість контролювати також і рівень наявної небезпеки, що створює злочинність для окремого громадянина, суспільства та держави, і адекватність застосовуваних засобів їх захисту. Іншими словами, ті обмеження прав особи, підозрюваної у підготовці або вчиненні злочину, що пов'язані із застосуванням поліцією щодо неї оперативних сил, засобів і методів, у межах допустимого повинні бути легітимними й підконтрольними суспільству. Такий підхід, на наш погляд, цілком раціональний і відповідає засадам міжнародного публічного права щодо забезпечення основоположних прав і свобод людини. На підтвердження слід навести положення ст. 12 Загальної декларації ООН прав людини від 10 грудня 1948 р., де зазначається, що ніхто не може піддаватися довільному втручанню в особисте і сімейне життя людини, довільним посяганням на недоторканність її житла, таємницю її кореспонденції чи на її честь і репутацію. Кожна людина має право на захист законам від такого втручання чи таких посягань. Водночас пунктом 2 ст. 29 цієї ж Декларації допускається можливість обмеження зазначених прав у випадках і порядку, встановлених законом, і «винятково з метою забезпечення належного визнання й поваги прав і свобод інших і задоволення справедливих вимог моралі, громадського порядку та загального добробуту в демократичному суспільстві»[1].

Аналогічний підхід до регулювання цього питання закріплений і в Європейській конвенції 1950 р., ст. 8 (1) якої встановлює, що «кожна людина має право на повагу її особистого і сімейного життя, її житла і таємниці її кореспонденції», а ст. 8 (2) визначає випадки обмеження цього права, вказуючи, що «не допускається втручання державних органів у здійснення цього права, за винятком випадків, коли це передбачено законом і необхідно в демократичному суспільстві в інтересах державної безпеки, суспільного порядку чи економічного добробуту країни, для підтримання порядку і запобігання злочинам, захисту здоров'я і моралі чи захисту прав і свобод інших осіб»[2].

В інших міжнародних актах також підкреслюється правомірність обґрунтованого втручання в конституційні права громадян з метою попередження злочинності й сумісність такого втручання з основними принципами правової держави. Так, ООН в одному зі своїх рішень

[1] Международная защита прав человека. Документы и комментарии / Сост. и автор комментариев М. В. Буроменский. — Харьков, 1998. — С. 8-15.

[2] Там само. — С. 66-88.

зобов'язала уряди держав, що є її членами, надавати першорядного значення попередженню злочинності як однієї з умов безпечного існування їхніх громадян і відповідно зміцнювати належні національні механізми, що забезпечують виконання цього завдання, у зв'язку з чим наголосила на необхідності розвивати бази даних щодо злочинності, активно застосовувати новітні досягнення науки й техніки «в інтересах ефективного попередження злочинів» тощо[1].

Керуючись зазначеними правовими нормами міжнародного публічного права, ЄСПЛ у справі Брюггеман і Шойтен проти ФРН (1977 р.) справедливо вказав, що «вимога поваги особистого життя автоматично обмежується в тому ступені, в якому окрема особа ставить своє життя у взаємини з громадським життям чи у тісний зв'язок з іншими інтересами, що захищаються державою» .

Допускаючи можливість обмеження прав людини спеціальними органами (поліцією, спецслужбами та ін.) в інтересах безпеки суспільства і держави, міжнародними актами з прав людини водночас ставляться жорсткі вимоги щодо забезпечення конфіденційності відомостей про особу, які накопичуються цими органами при виконанні ними своїх функцій, що створює одну з найважливіших умов забезпечення її прав, а також сприяє широкому залученню до негласного конфіденційного співробітництва з органами поліції та спецслужб у боротьбі зі злочинністю широкого кола населення.

Важливим правовим актом публічного міжнародного права, який впливає на правотворчу й правозастосовну діяльність поліції західних країн та формує її морально-правові засади щодо забезпечення гарантій дотримання прав людини, яка втягується до орбіти поліцейського розслідування, є Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку[0], на підставі чого створена доктрина «розумних багнетів»[4].

[1] Миланский план действий. Принят на VII Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. Милан (Италия), 26 июля 1985 г. // Соц. законность. — 1992. — № 13-14. — С. 38-40.

[2] Див.: *Алексеева Л. Б., Жуйков В. М., Лукашук И. И.* Международные нормы о правах человека и применение их судами Российской Федерации: Практическое пособие.—М., 1996.—С. 162, 163.

[3] Доклад, див.: Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку. Резолюція 34/169 Генеральної асамблеї ООН від 17 грудня 1979 р.// Міжнародно-правові стандарти поведінки працівників правоохоронних органів при підтриманні правопорядку. Документально-джерелознавчий довідник // Упоряд. Ю. І. Римаренко, Я. Ю. Кондратьев, І. Г. Кириченко. — К., 2002.

[4] Див.: *Зимин В. П.* Правомерное неисполнение приказа: доктрина «умных штыков» // Правоведение. — 1993. — № 2. — С. 35-45.

Отже, аналіз норм основних законодавчих актів, які регламентують розшукову діяльність поліції та спецслужб західних країн і США у боротьбі зі злочинністю, свідчить про те, що вони, ґрунтуючись на положеннях міжнародно-правових актів, закріплюють можливість обґрунтованих обмежень конституційних прав і свобод, що робить діяльність поліції (у тому числі й негласну) законною. Так, наприклад, у Конституції США це питання в основному врегульоване IV поправкою, де зазначено, що право народу на охорону особи, житла, паперів і майна від необгрунтованих обшуків і арештів не повинне порушуватися без достатніх підстав, підтверджених присягою чи урочистою заявою. Аналогічні норми містяться також в Основних Законах й інших західних країн: у статтях 4 і 7 Конституції Франції, статтях 2, 10 і 13 Конституції ФРН, статтях 13, 14 і 15 Конституції Італії .

Таким чином, на розвиток законодавства про розшукову діяльність та використання її результатів у кримінальному процесі розглядуваних країн впливають два взаємообумовлених чинники: з одного боку, необхідність забезпечення безпеки людини, суспільства й держави від злочинних посягань, які останнім часом проявляються в організованих формах й нерідко мають транснаціональний характер (тероризм, бандитизм, торгівля наркотиками, зброєю, людьми, фінансові махінації, корупція тощо) та призводять до найжахливіших та найтяжчих наслідків[2], а з другого — необхідність забезпечення захисту прав людини від довільного втручання в них з боку держави в особі її уповноважених органів (поліції, спецслужб та ін.).

Незважаючи на належність кримінального процесу західних країн і США до різних правових систем та деяку національну специфіку кримінального процесу кожної з них, істотних відмінностей у використанні результатів розшукової діяльності поліції в їх кримінальному

[1] Конституции зарубежных стран: Сборник / Сот. В. И. Дубровин. — М., 2001. — С. 49-68,128-173, 69-92, 430-441.

[2] Доклад, див.: *Овчинский В. С.* XXI век против мафии. Криминальная глобализация и конвенция ООН против транснациональной организованной преступности. — М., 2001; *Ромашев Ю. С.* Борьба с преступлениями международного характера, совершаемыми на море (терроризм, пиратство, незаконный оборот наркотиков). — М., 2001; *Антипенко В. Ф.* Борьба с современным терроризмом: международно-правовые подходы. — Киев, 2002; Организованная преступность, миграция, политика / Под ред. А. И. Долговой. — М., 2002; *Кларк Р.* Преступность в США. Замечания по поводу ее природы, причины и контроля / Под ред Б. С. Никифорова; Пер. с англ. А. С. Никифорова; Предисл. Б. С. Никифорова, В. В. Лунева. — М., 2002; Організована злочинність в Україні та кранах Європи: Посіб. / За заг. ред. О. М. Джужі. — К., 2007.

процесі немає. У вирішенні цього питання виявляється низка загальних і принципово важливих для вітчизняної теорії і практики аспектів. Насамперед, звертає на себе увагу більш високий, ніж в Україні, рівень системності правового регулювання діяльності поліції, докладності правового регулювання питань, втручання в конституційні права людини, практична спрямованість її діяльності на вирішення завдань профілактики злочинності та кримінального процесу. Це виявляється, наприклад, у більш широкому підході в теорії західних країн та їх законодавстві до визначення поняття кримінального судочинства. Так, наприклад, пункт (h) правила 3 «Правил кримінального судочинства Пенсільванії» до цього поняття включає «усі дії із застосування кримінального закону» . У Франції під кримінальним процесом розуміють водночас організацію органів кримінальної юстиції і сукупність послідовно здійснюваних цими органами дій, спрямованих на досягнення визначеної мети . Німецький кримінальний процес визначається як врегульований рух кримінальної справи з метою постановления вироку . При цьому слід враховувати, що за відсутності у німецькому кримінальному процесі стадії порушення провадження у кримінальній справі, при наявності інституту поліцейського дізнання (досудового провадження) та поєднання гласних і негласних заходів (методів) отримання доказової інформації, кримінальна справа фактично заводиться з моменту отримання поліцією інформації про злочин.

Отже, дії поліції західних країн і США у ході розшукової, у тому числі й таємної діяльності, спрямовані на виявлення і документування фактичних даних та їх джерел в інтересах кримінального процесу, визнаються його складовою, що, на нашу думку, є цілком логічним.

З огляду на те, що в умовах безпосереднього контакту зі злочинністю ефективно вирішувати поставлені завдання лише в жорстко регламентованій законом формі надзвичайно складно, законодавство західних країн розшукову діяльність поліції регулює досить гнучко. Так, на рівні їх Основних Законів визначається те, чого поліція робити не повинна, щоб не порушувати конституційні права громадян. В інших законах, навпаки, встановлюється перелік оперативно-розшукових заходів та засобів, які належать до повноважень поліції. І нарешті,

[1] Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты / Пер. с англ.; Сост. В. И. Лафитинский. — М., 1993.

[2] Див.: *Гуценко К. Ф., Головко Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесс западных государств. — М., 2002. — С. 294.

[3] *Гуценко К. Ф., Головко Л. В., Филимонов Б. А.* Вказана праця. — С. 403.

у нормах прецедентного права (чи в узагальненій судовій практиці) формулюються загальні умови допустимості доказів, що надаються обвинуваченням суду. Окремі питання організації й тактики діяльності поліції, залежно від виду оперативно-розшукового заходу та характеру його втручання у відповідні права людини, регламентуються на відомчому рівні. Подібний підхід до вирішення цієї проблеми, з нашої точки зору, є цілком виправданим та міг би бути запроваджений і в Україні. Водночас слід вказати на значну «розмитість» окремих питань, пов'язаних з регулюванням найважливіших оперативних заходів, засобів і методів у численних правових актах, у тому числі й відомчого характеру, що ускладнює їх застосування на практиці.

Звертає на себе увагу наявність у західних країнах і США ефективної системи гарантій від поліцейського свавілля, що включає різні форми не лише прокурорського нагляду та судового контролю, а й громадського контролю за діями поліції, який повною мірою враховує специфіку функціонування підрозділів, що здійснюють таємну розшукову діяльність поліції, виходячи з «презумпції порядності поліції». Тим самим у західних країнах і США, з одного боку, надійно забезпечуються права людини від необгрунтованого поліцейського свавілля, а з другого — дбайливе й зацікавлене ставлення суду до використання в інтересах кримінального процесу тих матеріалів ОРД, які здобуває поліція інколи за дуже складних умов невизначеності, ризику та протистояння злочинності.

Суттєвий вплив на удосконалення західноєвропейського законодавства в бік зміцнення права людини на недоторканність здійснює ЄСПЛ, що позначається й на удосконаленні правового регулювання розшукових заходів поліції та використання їх результатів у кримінальному судочинстві.

Так, у західноєвропейських країнах багато законодавчих та підзаконних актів, у тому числі в сфері ОРД, були прийняті чи змінені у зв'язку з відповідними рішеннями ЄСПЛ. Тим самим красномовно підтверджується ідея провідних європейських правників про те, що Конвенція 1950 р. дозволяє ЄСПЛ здійснювати своєрідний квазіконституційний нагляд за використанням повноважень державою своєї влади[1]. Цей нагляд позитивно впливає не лише на законотворчу, а й на правозастосовну діяльність правоохоронних та судових органів цих країн.

[1] Див.: *Дженис М., Кэй Р., Брэдли Э.* Европейское право в области прав человека. Практика и комментарии: Пер. с англ. — М; Будапешт, 1997. — С. 499.

§ 2. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі країн — колишніх республік СРСР

Важливе значення для вдосконалення інституту використання матеріалів ОРД у вітчизняному кримінальному процесі має сучасний досвід країн колишнього СРСР, кримінальний процес яких у недалекому минулому був практично тотожним кримінальному процесу України, проте у роки незалежності цих країн майже в кожній із них він набув певних особливостей. Цей досвід потребує докладного вивчення вітчизняними фахівцями й врахування при розробці проектів нового КПК України та Закону України про ОРД..

Аналіз законодавства й практики використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі країн колишнього СРСР дає можливість виокремити в них дві основні групи. До першої групи, на наш погляд, належать країни, кримінально-процесуальні кодекси яких, сприйнявши основні положення кримінально-процесуального законодавства СРСР 60-х років минулого століття щодо використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі, лише певною мірою вдосконалили цей інститут. До таких країн слід віднести Білорусь, Вірменію, Грузію, Казахстан, Киргизію, Російську Федерацію, Таджикистан, Туркменістан, Узбекистан . До другої групи належать країни, які на початку 2000-х років суттєво змінили своє кримінально-процесуальне законодавство, запозичивши окремі інститути використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства з кримінального процесу деяких західних країн, тим самим законодавчо посиливши природний

Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь// http://pravo.by/, станом на 23 січня 2007 р.; Уголовно-процессуальный кодекс Республики Армения // http://www.parliament.am/legislation, станом на 23 січня 2007 р.; Уголовно-процессуальный кодекс Республики Грузии // http://www.parliament.ge; http://www.ge.spinform.ru/, станом на 8 лютого 2007 р.; Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан // http://lawlib.freenet.uz/laws/kazah/kazlaws.html, станом на 23.01.2007 р.; Уголовно- процессуальный кодекс Кыргызской Республики// http://lawlib.freenet.uz/laws/kyrgyz/kyrglaws.html, станом на 23.01.2007 р.; Уголовно- процессуальный кодекс Российской Федерации// http://www.hro.org/docs/rlex/upk2002/index_l.php, 23.01.2007 р; Уголовно-процессуальный кодекс Республики Таджикистан// http://lawlib. freenet.uz/Iaws/tajik/constitutajik.html, станом на 23 січня 2007 р.; Уголовно-процессуальный кодекс Туркменистана// http://\vww.turkmenistan.gov.tm/_ru/search/, станом на 23.01.2007 р; Уголовно-процессуальный кодекс Республики Узбекистан// http://lawlib.freenet.uz/laws/uzbek/uzlaws.html, станом на 23.01.2007 р.

взаємозв'язок ОРД і кримінального процесу. До цієї групи можна віднести Молдову, Латвію, Литву, Естонію .

Важливе значення для використання результатів ОРД у кримінальному процесі цих двох груп країн має те, що майже в усіх їх законах про ОРД[2] визначено вичерпний перелік оперативно-розшукових заходів (далі — ОРЗ). Причому перелік цих заходів у кожній із зазначених країн є різним. Наприклад, законом про ОРД РФ визначаються такі ОРЗ: опитування; наведення довідок; збір зразків для порівняльного дослідження; контрольна закупівля; дослідження предметів і документів; спостереження; ототожнення особи; обстеження приміщень, будинків, споруд, ділянок місцевості й транспортних засобів; контроль поштових відправлень, телеграфних й інших повідомлень; прослуховування телефонних переговорів; зняття інформації з технічних каналів зв'язку; оперативне впровадження; контрольована поставка; оперативний експеримент (ст. 6).

Окрім зазначених, в окремих законах про ОРД країн цієї групи передбачені і такі ОРЗ: цензура кореспонденції засуджених (п. 10 ч. 2 ст. 9 закону про ОРД Туркменістану); утворення юридичної особи (п. 17 ч. 1 ст. 10 закону про ОРД Республіки Азербайджан, п. 15 ч. 2 ст. 6 Республіки Таджикистан); створення у встановленому порядку конспіративної організації (п. л ч. 2 ст. 7 закону про ОРД Республіки

[1] Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова // www.agentura.ru, станом на 27 лютого 2007 р.; Уголовно-процессуальный закон Латвии. — BIB «Bizneza informacijas birojs». — Рига, 2006; Уголовно-процессуальный кодекс Эстонии // http://www.hot.ee/estonianlegislation/, станом на 3 січня 2007 р.; LR Baudziamojo proceso kodeksas. — Vilnius, 2005.

[2] Закон Республики Азербайджан «Об оперативно-розыскной деятельности»// http://www.vescc.com/view.php?id=6275&lang=m, станом на 23.01.2007 р.; Закон Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности»// http://www.kgb.by/legal texts/act02/, станом на 23.01.2007 р; Закон Республики Грузия «Об оперативно-розыскной деятельности» // www.cis-legal-reform.org/document.asp?id=6862 - 34k, станом на 24 березня 2007 р.; Закон Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности» //www.legislationline.org/ru/legislation.php?tid=155&lid=6541&less=false - 110k -, станом на 23.01.2007 р.; Закон Республики Молдова «Об оперативно-розыскной деятельности»// http://www.sis.md/data/laws/rull35847775activitatea%20operativa%20de%20investigatii%20ru.pdf., станом на 23.01.2007 р.; Федеральный закон Российской Федерации «Об оперативно-розыскной деятельности» // http://www.fsb.ru/under/opera.html, станом на 23.01.2007 р.;-Закон Республики Таджикистан «Об оперативно-розыскной деятельности»// http://www.legislationline.org/ru/legislation. php?tid=155&lid=7110&less=false, станом на 23.01.2007 р.; Закон Туркменистана «Об оперативно-розыскной деятельности»// http://www.legislationline.org/ru/legislation.php?tid=155&lid=6671&less=false, станом на 23.01.2007 р.

Грузія); проведення бесіди з підозрюваним із застосуванням детекторів симуляції (п. п ч. 2 ст. 6 закону про ОРД Республіки Молдова), застосування маркування спеціальними хімічними й іншими речовинами (п. о ч. 2 ст. 6 закону про ОРД Республіки Молдова); оперативна установка (п. 11 ч. 1 ст. 7 закону про ОРД Республіки Киргизія).

Особливістю закону про ОРД Республіки Казахстан є те, що ОРЗ поділені у ньому на загальні та спеціальні.

До загальних ОРД віднесено: опитування громадян, посадових осіб, одержання від них інформації; установлення гласних і негласних відносин із громадянами, використання їх в оперативно-розшуковій діяльності; упровадження співробітників у злочинне середовище; застосування моделі поведінки, що імітує злочинну діяльність; створення конспіративних підприємств й організацій; здійснення оперативного контролю поставок; застосування спеціальних технічних засобів; наведення довідок і перевірка за обліками установ, підприємств й організацій (незалежно від підпорядкованості й форм власності); відбір проб і зразків для дослідження; контрольні закупівлі; застосування службово-пошукових собак; пошук й ототожнення особи за прикметами; пошук пристроїв незаконного зняття інформації; виявлення, негласна фіксація й вилучення слідів протиправних діянь, їхнє попереднє дослідження; переслідування особи, що вчиняє або вчинила злочин, і її затримання; здійснення особистого огляду затриманих осіб, огляду й вилучення речей, що перебувають при них, і документів, що можуть відноситися до злочинної діяльності, а також огляду житлових приміщень, робочих й інших місць, огляду транспортних засобів; проведення операцій по захопленню збройних злочинців; перевірка за оперативними, криміналістичними обліками й системам кримінальної реєстрації.

• Спеціальні ОРД — це цензура кореспонденції засуджених; контроль поштових відправлень; оперативний пошук у мережах зв'язку; негласне прослуховування й запис розмов з використанням відео-, аудіотехніки або інших спеціальних технічних засобів, прослуховування й запис переговорів, що ведуться з телефонів й інших переговорних пристроїв, а також одержання відомостей про телефонні переговори; зняття інформації з технічних каналів зв'язку, комп'ютерних систем й інших технічних засобів; спостереження, у тому числі з використанням спеціальних технічних засобів (аудіо-, відеозапису; кіно-, фотозйомки й інших технічних засобів), матеріалів і речовин, що не наносять шкоди життю, здоров'ю особи й навколишньому середовищу; проникнення в житлові й інші приміщення, будинки, споруди, на ділянки місцевості, у транспортні та інші технічні засоби і їхнє обстеження (частини 2, 3 ст. 11).

Законом про ОРД Литовської Республіки[1], на відміну від розглянутих законів інших країн, не передбачена окрема стаття, в якій встановлювався б вичерпний перелік ОРЗ. Однак у його розділі III «Оперативне розслідування» передбачено три статті, які визначають певні ОРЗ, умови, підстави та порядок їх проведення, причому докладніше, ніж у досліджуваних законах про ОРД. Так, ст. 10 цього закону визначає умови, підстави та порядок проведення таємного моніторингу поштових посилок, документальних відправлень, грошових переказів та відповідних документів, використання технічних засобів, телеграфного та інших видів зв'язку, поштового зв'язку, а також використання технічних засобів відповідно до спеціальної процедури та отримання інформації від операторів зв'язку і організацій, що надають послуги зв'язку; ст. 11 визначає умови, підстави та порядок проведення таємного проникнення до жилого чи нежилого приміщення, транспортних засобів та їх обшук, тимчасове вилучення документів та ознайомлення з ними, вилучення зразків матеріалів, сировини, виробів та інших предметів з метою розслідування без розкриття інформації про їх вилучення; ст. 12 визначає умови, підстави та порядок проведення контрольованого переміщення.

Законами про ОРД зазначених країн поряд з умовами та підставами проведення відповідних ОРЗ визначені й суб'єкти, які уповноважені на їх проведення, що має значення при вирішенні питання про допустимість використання результатів таких заходів у кримінальному процесі для прийняття певних кримінально-процесуальних рішень.

Характерною рисою інституту використання результатів ОРД у кримінальному процесі країн першої групи є те, що в них, на нашу думку, залишається невирішеною проблема узгодженості відповідних норм кримінально-процесуального законодавства й законодавства про ОРД, що було прийнято в цих країнах у 90-х роках минулого століття, яким передбачені напрями використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства. Така неузгодженість робить систему органів кримінальної юстиції цих країн громіздкою, дорогою та недостатньо ефективною у боротьбі зі злочинністю й захисті прав людини.

[1] Закон Литовської Республіки «Про оперативно-розшукову діяльність» // http://www. legalreform.gov.ua/docs/10-03-2006J0-27_2.doc, станом на 23.01.2007 р.

Так, наприклад, вказавши у відповідних нормах законодавства про ОРД, що результати ОРД можуть бути використані як «приводи та підстави для порушення кримінальної справи» (ч. 2 ст. 11 закону про ОРД РФ, ч. 2 ст. 11 закону про ОРД Республіки Таджикистан) чи лише як «приводи для порушення кримінальної справи» (ч. 2 ст. 14 закону про ОРД Киргизької Республіки), законодавець цих країн у своєму кримінально-процесуальному законодавстві окремо не передбачив самостійного приводу для порушення провадження у кримінальній справі за результатами ОРД (ч. 1 ст. 140 КПК РФ, ч. 1 ст. 103 КПК Республіки Таджикистан, ч. 1 ст. 150 КПК Киргизької Республіки та ін.). Правова невизначеність цього питання у зазначених країнах закономірно викликає наукові дискусії та неоднозначну його наукову інтерпретацію, у тому числі й у відповідних коментарях законів про ОРД та кримінально-процесуальних кодексів , що негативно впливає на правозастосовний процес і нерідко призводить до того, що в окремих випадках відповідні посадові особи необгрунтовано відмовляють у порушенні провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД при наявності в таких матеріалах достатніх даних, які вказують на ознаки злочину, або безпідставно порушують провадження в кримінальних справах без наявності достатніх даних у таких матеріалах.

У практичній діяльності відповідних правоохоронних органів цих країн результати ОРД використовуються для порушення провадження у кримінальній справі, як правило, через такі приводи, як повідомлення про вчинений злочин або злочин, що готується, отримане з інших джерел (п. 3 ч. 1 ст. 140 КПК РФ) чи безпосереднє виявлення ознак злочину органом дізнання, слідчим, прокурором або судом (п. 6 ч. 1 ст. 103 КПК Республіки Таджикистан, п. 5 ч. 1 ст. 150 КПК Киргизької Республіки).

Особливістю закону про ОРД Республіки Грузії є те, що у ч. 1 ст. 11 цього закону зазначається, що «результати оперативно-розшукової діяльності можуть бути використані для підготовки та здійснення слідчих і процесуальних дій...», однак для здійснення яких

[1] Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С постатейным приложением нормативных актов и документов / Авт.-сост. Шумилов А. Ю. — 4-е изд., испр. и доп. — М., 2002. — С. 144-145; *Смиров А. В., Калиновский К. Б.* Комментарий к уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под. ред. А. В. Смирнова. — СПб., 2003. — С. 366; *Зажицкий В. И.* Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. Ui СПб., 2006. — С. 199-228; та ін.

саме процесуальних дій такі результати використовуються, ні у Законі про ОРД, ні у КПК Республіки Грузії не вказується. У практичній діяльності правоохоронних органів цієї країни процесуальною дією вважається також і порушення провадження у кримінальній справі. Тому на практиці саме ця норма Закону про ОРД застосовується для порушення провадження у кримінальній справі за результатами ОРД.

Слід звернути увагу на те, що в інших законах про ОРД країн цієї групи, наприклад, Республіки Азербайджан (ст. 16), Республіки Білорусь (ст. 16), Республіки Казахстан (ст. 14), Республіки Туркменистан (ст. 13) взагалі не вказується на можливість використання результатів ОРД для порушення провадження у кримінальній справі. У кримінально-процесуальному законодавстві цих країн також не визначається окремого самостійного приводу для порушення провадження у кримінальній справі за результатами ОРД. Разом із тим, результати аналізу матеріалів практики дають підстави для висновку, що, незважаючи на відсутність чіткого правового врегулювання питання щодо використання результатів ОРД як приводів та підстав для порушення провадження у кримінальних справах у зазначених правових актах цих країн, ці результати їх відповідними правоохоронними органами широко використовуються у цьому напрямі кримінально-процесуальної діяльності за таким приводом, як безпосереднє виявлення ознак злочину органом дізнання, слідчим, прокурором чи судом (п. 5 ч. 1 ст. 166 КПК Республіки Білорусь, п. 5 ч. 1 ст. 177 КПК Республіки Казахстан та ін.).

Відсутність чіткого законодавчого врегулювання використання результатів ОРД для порушення провадження у кримінальних справах призводить до проблемних ситуацій на практиці, які негативно впливають на ефективність боротьби зі злочинністю та захист прав людини, що актуалізує необхідність його наукового дослідження та правового вирішення.

Визначивши у відповідних нормах законодавства про ОРД, що результати ОРД можуть бути використані для підготовки й проведення слідчих і судових дій, проведення оперативно-розшукових заходів щодо виявлення, попередження, припинення й розкриття злочинів, виявлення й установлення осіб, що їх підготовляють, вчиняють або вчинили, а також для розшуку осіб, які сховалися від органів дізнання, слідства й суду, ухиляються від виконання покарання, й без звістки зниклих (ч. 1 ст. 11 закону про ОРД РФ, ч. 1 ст. 16 закону про ОРД Республіки Білорусь, ч. 1 ст. 14 закону про ОРД Киргизької Республіки, ч. 1 ст. 14 закону про ОРД Республіки Казахстан, ч. 1 ст. 11 закону про ОРД

Республіки Грузія, ч. 1 ст. 13 закону про ОРД Республіки Туркменістан), законодавець цих країн у відповідних нормах кримінально-процесуального законодавства не вказав на те, що результати ОРД можуть бути використані у зазначених напрямах кримінального процесу.

Аналіз відповідних норм кримінально-процесуального законодавства та правозастосовної діяльності цієї групи країн дозволяє зробити висновок про те, що, незважаючи на відсутність чіткого правового врегулювання питання щодо використання результатів ОРД для проведення слідчих та інших процесуальних дій, вони широко використовуються для проведення обшуків, допитів та ін. Проте правова неврегульованість цього питання також спричиняє певні труднощі у застосуванні вище наведених норм законів про ОРД зазначених країн у ході досудового (попереднього) розслідування кримінальних справ й потребує більш чіткої регламентації.

Не вирішеною в законодавстві країн цієї групи залишається й проблема використання результатів ОРД для отримання доказів. На наш погляд, сьогодні визнаним є те, що отримані в ході ОРД результати мають найвищу соціально-правову цінність лише тоді, коли вони набувають статусу доказу в кримінальному процесі, а не використовуються лише в організаційно-тактичних цілях на стадіях досудового розслідування кримінальних справ. Однак дотепер правові аспекти й процедурні питання використання значної частини результатів ОРД у кримінально-процесуальному доказуванні в кримінальних справах зазначених країн залишаються невирішеними, на що справедливо звертають увагу фахівці . Окрім того, на нашу думку, між відповідними нормами законів про ОРД та КПК цих країн, що регламентують питання використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі для отримання доказів, відсутня належна узгодженість.

Див.: *Зажщкий В. И.* О некоторых направлениях совершенствования уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Материалы междунар. науч.-практ. конф., посвященной принятию нового УПК РФ. — М., 2002. — С. 38-40; *Астафьев Ю. В., Изотова Н. В.* Доказывание и оперативно-розыскная деятельность: проблемы соотношения и взаимодействия.— Курск, 2002.— С. 2-3; *Кириченко С. Л., Мешков В. М.* Использование криминалистически значимой информации, полученной оперативно-розыскными методами, при расследовании проявлений организованной преступности: Науч.-практ. пособие. — Калининград, 2002. — С. 3; *Гущин А. Н., Громов Н. А., Царева Н. П.* Оперативно-розыскная деятельность: совершенствование форм вхождения ее результатов в уголовный процесс: Учеб.-практ. пособие. — М., 2003. — С. 2-3; *Новик В. В.* Криминалистические аспекты доказывания по уголовным делам. — СПб., 2005. — С . 911.

Так, наприклад, аналіз законодавчих актів про ОРД країн цієї групи свідчить про те, що в законі про ОРД РФ (ч. 2 ст. 11), законах про ОРД Азербайджану (ч. 1 ст. 16), Білорусі (ч. 2 ст. 16), Казахстану (ч. 1 ст. 14), Киргизії (ч. 2 ст. 14), Таджикистану (ч. 2 ст. 11), Туркменістану (ч. 1 ст. 13) закріплено, що результати ОРД можуть стати доказами у кримінальних справах лише після їхньої перевірки й фіксації відповідно до правил та вимог кримінально-процесуального законодавства.

Водночас у Законі про ОРД Республіки Грузія (ст. 11), де визначено напрями використання результатів ОРД, не вказується на можливість їх використання для отримання доказів у кримінальній справі.

Аналіз окремих положень кримінально-процесуального законодавства зазначених країн (статті 88-107, 101-105 КПК Республіки Білорусь; статті 104-107, 124-127 КПК Республіки Вірменії; статті 73-75, 84-89 КПК РФ; статті 81-95 КПК Республіки Узбекистан; статті 60-64 КПК Республіки Таджикистан та ін.) свідчить, на наш погляд, про те, що законодавцем цих країн не врегульовані питання правової регламентації процедури передачі результатів ОРД від суб'єктів цієї діяльності до суб'єктів, що ведуть кримінальний процес, — особі, що проводить дізнання, або слідчому.

Окрім того, у більшості КПК країн цієї групи не визначаються й умови використання матеріалів ОРД для отримання доказів у кримінальній справі. Тим самим створюється враження, що ОРД і кримінальний процес існують самі по собі й не мають потреби одне в одному, що не відповідає їх природному взаємозв'язку, оскільки в остаточному підсумку об'єкт спрямованості й предмет ОРД та кримінального процесу сконцентровані навколо єдиних обставин, що підлягають доказуванню у кримінальних справах (ст. 89 КПК Республіки Білорусь; ст. 107 КПК Республіки Вірменії; ст. 73 КПК РФ; статті 60-61 КПК Республіки Таджикистан та ін.).

Слід звернути увагу на те, що серед країн цієї групи лише КПК Республіки Казахстан передбачив норму «Використання результатів оперативно-розшукової діяльності в доказуванні у кримінальних справах» (ст. 130), яка встановлює порядок отримання суб'єктами доказування у кримінальних справах результатів ОРД й використання їх для отримання доказів. Зокрема, в ній зазначається:

«1. Результати оперативно-розшукової діяльності, одержані при дотриманні вимог закону, можуть використовуватися в доказуванні у кримінальних справах відповідно до положень чинного Кодексу, що регламентують збирання, дослідження й оцінку доказів з дотриманням

вимог, передбачених статтею 53 і главою 21 цього Кодексу, а також Законом Республіки Казахстан «Про державний захист осіб, що беруть участь у кримінальному процесі».

2. Фактичні дані, безпосередньо сприйняті при проведенні оперативно-розшукових заходів співробітником органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, можуть бути використані як докази після допиту зазначеного співробітника як свідка. Фактичні дані, безпосередньо сприйняті особою, що співпрацює на конфіденційній основі з органами, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, можуть бути використані, як докази після допиту зазначеної особи як свідка, потерпілого, підозрюваного (обвинуваченого).

3. При необхідності й можливості безпосереднього сприйняття особою, що веде кримінальний процес, обставин справи, виявлених у результаті оперативно-розшукових заходів, ці обставини справи фіксуються в протоколах слідчої або судової дії, проведених за правилами, передбаченими чинним Кодексом.

4. Використання предметів і документів, отриманих у ході оперативно-розшукової діяльності як речові докази й документи, здійснюється відповідно до правил, передбачених відповідно статтями 121 й 123 цього Кодексу. Приєднання матеріалів оперативно-розшукової діяльності як речових доказів й документів використовується лише при наявності достовірних даних про їхнє походження з дотриманням вимог статей 53 й 100 цього Кодексу.

5. Начальник органу дізнання, ухвалюючи рішення щодо подання матеріалів оперативно-розшукової діяльності на вимогу органу, що веде кримінальний процес, або за власною ініціативою відповідно до правил статті 202 цього Кодексу виносить відповідну постанову. У постанові вказуються: орган, що веде кримінальний процес, на вимогу якого надаються результати оперативно-розшукової діяльності; які результати, у якому обсязі і за результатами якого оперативно-розшукового заходу надаються; технічні засоби, використані для одержання зазначених результатів; предмети й документи, що направляють для приєднання до матеріалів кримінальної справи; заходи, що рекомендуються для забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному процесі, а також охороні державних секретів. У випадку подання начальником органу дізнання органу, що веде кримінальний процес, матеріалів оперативно-розшукової діяльності за власною ініціативою в постанові також наводиться обґрунтування

необхідності використання результатів оперативно-розшукової діяльності в доказуванні у кримінальній справі. Матеріали оперативно-розшукової діяльності повинні бути представлені в обсязі й формі, що дозволяють оцінити фактичні дані, що містяться в них, з погляду їх належності до кримінальної справи, що розслідується (розглядається), допустимості й вірогідності».

Не визначаючи порядок отримання суб'єктами доказування у кримінальних справах результатів ОРД й використання їх для отримання доказів, у КПК Республіки Білорусь зокрема зазначається, що матеріали, отримані в ході ОРД, можуть бути визнані як джерела доказів за умови, якщо вони отримані відповідно до законодавства Республіки Білорусь, представлені, перевірені й оцінені в порядку, установленому чинним Кодексом (ст. 101), а в КПК РФ закріплено, що у процесі доказування забороняється використання результатів оперативно-розшукової діяльності, якщо вони не відповідають вимогам, що ставляться до доказів цим Кодексом (ст. 89).

Водночас слід зазначити, що порядок надання результатів ОРД суб'єктам, які ведуть кримінальний процес, докладно визначений на відомчому рівні, наприклад, у міжвідомчій Інструкції про порядок надання результатів оперативно-розшукової діяльності дізнавачу, органу дізнання, слідчому, прокуророві або в суд РФ , у Постанові Міністерства внутрішніх справ Республіки Білорусь від 29 вересня 2005 р. № 307 «Про затвердження Інструкції про порядок оформлення й надання оперативними підрозділами органів внутрішніх справ матеріалів, отриманих у ході оперативно-розшукової діяльності, для їхнього використання в кримінальному процесі»[2]. У деяких інших країнах цієї групи питання надання матеріалів ОРД для використання в інтересах кримінального судочинства, у тому числі й у доказуванні у кримінальних справах, регламентується відомчими нормативно-правовими актами,

[1] Инструкция о порядке предоставления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд РФ. Утверждена совместным приказом МВД, ФСБ, ФСО, ФТС, СВР, ФСИН, ФСКН и Минобороны России от 17 апреля 2007 г. №368/185/164/481/32/184/97/147// www.pravanet.ra/content/view/790/ 61/ - 163k, станом на 20.04.2007 р.

[2] Постановление Министерства внутренних дел Республики Беларусь от 29 сентября 2005 г. №307 «Об утверждении Инструкции о порядке оформления и предоставления оперативными подразделениями органов внутренних дел материалов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, для их использования в уголовном процессе» // bankzakonov.com/obsch/razdell35/timel/lavz0161.htm - 41k, станом на 20.04.2007 р.

які мають обмежений доступ, що значно знижує їх доказову цінність для кримінального судочинства.

Отже, проблема використання результатів ОРД для отримання доказів у кримінальній справі у країнах цієї групи, на наш погляд, обумовлена двома основними чинниками.

Перший чинник — специфіка самої ОРД, природа якої заснована на принципах конспірації, конфіденційності, домінуванні негласного методу функціонування. Це у свою чергу в окремих випадках не дає можливості всі відомості, отримані в ході здійснення ОРД, навіть якщо вони можуть згодом мати доказове значення у кримінальній справі, розкрити у кримінальному процесі, оскільки в одних випадках таке розкриття супроводжується наявністю небезпеки розшифровки оперативних сил і засобів, які становлять державну таємницю, а в інших — створює небезпеку життю, здоров'ю та майну окремих оперативних працівників, інших осіб — джерел оперативної інформації, їх родичів та близьких. Тому таке розкриття може завдати більшої шкоди правам та інтересам певної особи, законним інтересам суспільства й держави, ніж небезпека вчиненого, навіть і особливо тяжкого злочину, що підлягає розслідуванню.

Другий чинник — відсутність належного правового врегулювання цього питання.

Водночас аналіз кримінально-процесуального законодавства та законодавства про ОРД країн цієї групи дозволяє зробити висновок про тенденцію зближення їх ОРД і досудових стадій кримінального процесу, про що свідчить те, що до Кримінально-процесуального законодавства цих країн включені статті, які передбачають такі слідчі дії, як накладення арешту на поштово-телеграфні відправлення (ст. 213 КПК Республіки Білорусь, ст. 235 КПК Республіки Казахстан, ст. 185 КПК РФ та ін.), контроль та запис переговорів (ст. 214 КПК Республіки Білорусь, ст. 237 КПК Республіки Казахстан, 186 КПК РФ та ін.), перехват повідомлень (ст. 236 КПК Республіки Казахстан), що за своєю суттю мають оперативно-розшуковий характер.

Загальним для країн другої групи є те, що новими кримінально-процесуальними законодавчими актами, які були прийняті на початку 2000 р. з урахуванням досвіду західних країн, модернізовано досудове провадження: скасована стадія порушення кримінальної справи та інститут дізнання; хоча досудове слідство залишено в органах виконавчої влади, проте змінено статус посадових осіб, що провадять досудове провадження, розширені їх повноваження по збору доказової

інформації для суду; уточнено поняття доказів і засобів доказування; зміцнено взаємозв'язок розшукової діяльності й кримінального процесу; визначені окремі засади використання матеріалів розшуку в інтересах кримінального процесу; розширені змагальні засади досудового провадження; підвищено статус прокурора як органу кримінального переслідування та розширені його функції з керівництва та організації досудового розслідування кримінальних справ та ОРД; посилено судовий контроль за досудовим провадженням, у тому числі й за проведення оперативно-розшукових заходів.

Зазначеними організаційно-правовими заходами певним чином підвищено ефективність органів кримінального переслідування та суду у боротьбі зі злочинністю і захисту прав людини від злочинних посягань, а також створені більш надійні гарантії від свавілля самих цих органів.

Так, особливістю нового Кримінально-процесуального кодексу Республіки Молдова (далі — КПК РМ), яка впливає на характер взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу та використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства, є те, що ним замість органу дізнання (начальника органу дізнання, дізнавача) та слідчого введено до кримінального процесу нового суб'єкта — орган кримінального переслідування, на який відповідно до ст. 55 покладається завдання проведення оперативно-розшукових заходів, у тому числі з використанням відео- й аудіозапису, кіно- і фотозйомки та інших дій по кримінальному переслідуванню, передбачених кримінально-процесуальним законом, з метою виявлення ознак злочину й осіб, що його вчинили, виявлення фактичних даних, процесуального оформлення цих дій, що може бути використано як докази у кримінальній справі після перевірки відповідно до кримінально-процесуального законодавства, вжиття всіх необхідних заходів для попередження й припинення злочину, забезпечення цивільного позову й можливої конфіскації незаконно добутого майна.

Кримінальне переслідування за КПК РМ здійснюється офіцерами з кримінального переслідування органів кримінального переслідування Міністерства внутрішніх справ, Служби інформації й безпеки, Митного департаменту, Центру по боротьбі з економічними злочинами й корупцією. Офіцер по кримінальному переслідуванню згідно із ст. 57 КПК РМ уповноважений на здійснення всіх процесуальних дій, які проводилися за попередній рік КПК РМ органом дізнання та слідчим. За новим КПК РМ повноваження цієї процесуальної особи

значно розширені, в тому числі й щодо використання можливостей у кримінальному процесі органів поліції. Так, відповідно до п. 9 цієї статті він «керує з моменту реєстрації злочину оперативно-розшуковими заходами, спрямованими на розкриття злочину, виявлення зниклих осіб і зниклого майна». Розвідувально-пошукова робота в сфері боротьби зі злочинністю та оперативно-розшукове забезпечення процесу розслідування злочинів покладається на відповідні підрозділи відомств, визначених ст. 11 Закону про ОРД Молдови.

Новелою КПК РМ, що впливає на характер взаємозв'язку розшукової та процесуальної діяльності, є те, що він визнав як підстави для проведення виїмки, окрім доказів, ще й матеріали ОРЗ (ст. 126), а також уточнив поняття доказів.

Так, у ст. 93 КПК РМ зазначається: «(1) Доказами є отримані у встановленому цим Кодексом порядку фактичні дані, на основі яких установлюються наявність або відсутність злочину, особа, що його вчинила, винність або невинність обвинуваченого, а також інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

(2) Як докази в кримінальному судочинстві допускаються фактичні дані, встановлені за допомогою таких засобів: 1) показання підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, свідка; 2) висновок експерта; 3) речові докази; 4) протоколи дій по кримінальному переслідуванню й судовому розслідуванню; 5) документи, у тому числі офіційні; 6) аудіо- й відеозаписи, фотографії; 7) науково-технічні й судово-медичні висновки.

(3) Фактичні дані можуть бути використані в ході кримінального судочинства як докази, якщо вони отримані органом кримінального переслідування або іншою стороною процесу з дотриманням вимог чинного кодексу.

(4) Фактичні дані, отримані оперативно-розшуковим шляхом, можуть бути допущені як докази лише у випадку, якщо вони отримані й перевірені за допомогою засобів, зазначених у частині (2), відповідно до кримінально-процесуального закону, з дотриманням прав і свобод людини або з обмеженням деяких прав і свобод, санкціонованим судовою інстанцією».

Новий КПК РМ визначив, що прокурор здійснює кримінальне переслідування винятково у випадках: 1) якщо злочини вчинені: Президентом країни; депутатами; членами Уряду; суддями; прокурорами; генералами; офіцерами по кримінальному переслідуванню; 2) замахів на життя співробітників поліції, офіцерів з кримінального переслідування,

прокурорів, суддів або членів їхніх родин, якщо замах пов'язаний з їхньою діяльністю; 3) злочинів, вчинених Генеральним прокурором.

З прийняттям нового Закону про ОРД та нового Кримінально-процесуального закону Латвії виникли певні особливості у взаємозв'язку цих видів діяльності. Новий Кримінально-процесуальний закон Латвії (далі —Закон) суттєво змінив низку кримінально-процесуальних інститутів, які обумовили й специфіку використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі.

Досудове провадження у цьому Законі визначається як «досудовий кримінальний процес», що складається з двох стадій: слідства та кримінального переслідування. Закон скасував такого суб'єкта кримінального процесу, як орган дізнання, та ввів нових — особу, що спрямовує кримінальний процес (ч. 1 ст. 27), і слідчого суддю — суддю, якому голова районного (міського суду) на певний строк у встановлених Законом випадках і встановленому Законом порядку доручає здійснювати контроль за дотриманням прав людини в кримінальному процесі (ст. 40).

На стадії досудового процесу особою, що направляє кримінальний процес, є слідчий (ч. 1 ст. 27). Його повноваження в цьому Законі значно розширені (ст. 28) і включають проведення слідчих дій, передбачених главою 10 Закону, та спеціальних слідчих дій, види, зміст та порядок проведення яких визначені главою 11 Закону (статті 210-234), які за своїм характером є оперативно-розшуковими. Фактично цей Закон здійснив «процесуалізацію ОРД», яка вперше на пострадянському просторі була запропонована українськими вченими Ю. М. Грошевим, Е. О. Дідоренком, Б. Г. Розовським та ін.

Відповідно до ч. 1 ст. 210 Закону зазначені дії проводяться, якщо для з'ясування обставин, що підлягають доказуванню в кримінальному процесі, відомості про факти необхідно отримати, не інформуючи про це осіб, які залучаються до кримінального процесу, або осіб, які могли б надати такі відомості. У частині 2 ст. 210 Закону зазначається, що спеціальні слідчі дії на підставі постанови слідчого судді проводяться особою, що направляє слідство, або за її дорученням установами та особами. Якщо для реалізації такої дії необхідно використати засоби та методи оперативної роботи, їх провадження доручається

[1] Див.: *Дідоренко Е. О., Кириченко С. О., Розовський Б. Г.* Процесуальна регламентація оперативно-розшукової діяльності потребує завершення: Наук. доп.. — Луганськ, 2002; *Грошевий Ю., Дідоренко Е., Розовський Б.* Кримінально-процесуальні аспекти оперативно-розшукової діяльності // Право України. — 2003. — С. 73-78.

лише особливо уповноваженим Законом державним установам. Ці дії можуть проводитися винятково при розслідуванні тяжких і особливо тяжких злочинів.

Законом встановлений порядок отримання дозволу на проведення спеціальних слідчих дій, відповідно до якого вони проводяться на підставі постанови слідчого судді. Постанова слідчого судді не потрібна, якщо на проведення спеціальної слідчої дії згоду дали всі особи, що працюють або проживають у публічно недоступному місці[1] в період проведення цієї дії. Слідчий суддя приймає постанову про проведення спеціальної слідчої дії після розгляду мотивованої пропозиції особи, що направляє процес, і матеріалів кримінальної справи, в якій вказується спеціальна слідча дія, установа або особа, якій доручено провадження цієї дії, мета й строк її провадження, а також усі інші обставини, що мають значення для забезпечення її провадження. Строк спеціальної слідчої дії, що проводиться в публічно недоступному місці, не може перевищувати 30 днів. Слідчий суддя може продовжити цей строк при наявності на це підстави. Якщо особа, що направляє процес, не дотримується встановленого Законом порядку одержання дозволу, отримані в результаті спеціальної слідчої дії докази не можуть бути використані в процесі доказування. Коли дана дія розпочата в порядку, передбаченому Законом, слідчий суддя приймає рішення про обґрунтованість її початку, а також про необхідність її продовження, якщо вона не закінчена. Якщо слідча дія була необгрунтованою або проводилася протизаконно, суддя ухвалює рішення щодо допустимості отриманих доказів і про дії з вилученими предметами. Особа, що направляє процес, при самостійному проведенні спеціальної слідчої дії складає протокол.

У Законі визначається коло обставин, які підлягають документуванню (фіксації) у ході спеціальної слідчої дії. Відповідно до Закону фіксується лише отримана у зв'язку з тяжкими або особливо тяжкими злочинами інформація, що: 1) необхідна для з'ясування обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному процесі; 2) указує на вчинення іншого злочинного діяння або на обставини його вчинення; 3) необхідна для негайного запобігання істотній загрозі суспільній безпеці. Закон встановлює, що особа, яка направляє процес, притягнуті нею особи, а також прокурор і слідчий суддя, що здійснює нагляд

Відповідно до ч. 3 ст. 212 Закону привселюдно недоступним місцем є місце, до якого неможливо увійти або в якому неможливо перебувати без згоди власника або

за спеціальними слідчими діями, повинні здійснити всі необхідні заходи для недопущення збору й використання інформації для цілей, що не визначені Законом. Якщо спеціальна слідча дія проводиться спеціалізованою державною установою, її представник складає звіт і разом із матеріалами, отриманими в результаті цієї дії, надає його особі, що направляє процес. Якщо спеціальна слідча дія за дорученням особи, що направляє процес, здійснюється іншою особою, остання в письмовій формі надає звіт особі, що направляє процес, і передає їй отримані в результаті цієї дії матеріали. Особа, що проводить спеціальну слідчу дію, повинна робити все можливе для фіксування фактів, які інтересують слідство, за допомогою технічних засобів. Про відомості, що вказують на інше злочинне діяння або на обставини його вчинення, особа, що направляє процес, інформує установу, до відання якої належить розслідування відповідного діяння. Про відомості, які необхідні для негайного запобігання істотній загрозі суспільній безпеці, особа, що направляє процес, спеціалізована установа негайно повідомляють установу державної безпеки.

Для використання матеріалів розшукової діяльності в кримінальному процесі, а також визначення характеру взаємозв'язку розшукової та процесуальної діяльності важливе значення має ст. 229 Закону, яка встановлює, що протоколи спеціальних слідчих дій, звіти про них, звукозаписи й записи зображень, фотографії, інші зафіксовані за допомогою технічних засобів результати, вилучені предмети й документи або їхні копії використовуються в доказуванні в такий же спосіб, як результати інших слідчих дій. Якщо в доказуванні використовуються таємно зафіксовані висловлення або дії якої-небудь особи, ця особа обов'язково повинна бути про це допитана. При ознайомленні особи з фактичними даними, отриманими без її відома, ця особа інформується про проведену таємну дію в тому обсязі, в якому вона стосується безпосередньо відповідної особи. Якщо спеціальна слідча дія здійснена без дотримання правил одержання дозволу, отримані відомості не можуть бути використані в доказуванні.

Закон зазначає, що докази, отримані в результаті спеціальних слідчих дій, використовуються винятково в тому кримінальному процесі, у якому відповідні дії проводилися. Якщо отримано відомості про факти, що вказують на вчинення іншого злочинного діяння або на обставини, що підлягають доказуванню в іншому кримінальному процесі, вони можуть бути використані у відповідній справі як докази тільки за згодою того прокурора або слідчого судді, що здійснював нагляд за

спеціальними слідчими діями в кримінальному процесі, у якому відповідна дія проводилася. Це обмеження не поширюється на використання виправдувальних доказів у межах іншого кримінального процесу. Постанова слідчого судді або прокурора не потрібна, якщо отримані в результаті спеціальних слідчих дій відомості використовуються для невідкладного запобігання істотній загрозі суспільній безпеці. Звіти про спеціальні слідчі дії, а також фіксовані за допомогою технічних засобів матеріали, які особа, що направляє процес, визнала такими, що не мають доказового значення в кримінальному процесі, не приєднуються до кримінальної справи й зберігаються в установі, яка закінчувала досудовий процес.

У Законі визначається порядок ознайомлення з матеріалами, отриманими в результаті спеціальних слідчих дій. Зазначається, що особа, яка залучається до кримінального процесу, має право на ознайомлення з матеріалами кримінальної справи після закінчення досудового розслідування. Вона може подати прокуророві або слідчому судді клопотання про ознайомлення її з матеріалами, що не приєднані до справи. Прокурор або слідчий суддя оцінює заявлене клопотання з урахуванням можливого значення матеріалів для кримінального процесу й допущених обмежень прав людини й може заборонити ознайомлення з матеріалами, які не приєднані до процесу, якщо це може становити істотну загрозу життю, здоров'ю або охоронюваним законом інтересам якої-небудь особи, що залучена до кримінального процесу, або якщо це зачіпає лише таємницю приватного життя третьої особи. Залучена до кримінального процесу особа, яку прокурор або слідчий суддя ознайомили з матеріалами, що не приєднані до кримінальної справи, може заявити особі, яка направляє кримінальний процес, клопотання про приєднання цих матеріалів до кримінальної справи. Клопотання розглядається в тому ж порядку, що й інші клопотання, заявлені після завершення розслідування. Рішення по заявленому під час судового розгляду клопотанню про ознайомлення з не приєднаними до кримінальної справи матеріалами спеціальної слідчої дії приймає той же склад суду після ознайомлення із клопотанням і матеріалами кримінальної справи, при необхідності запросивши пояснення від подавця і прокурора. Рішення про дії зі звітами, аудіозаписами й відеозаписами, фотографіями, з іншими матеріалами, зафіксованими з використанням технічних засобів, з вилученими предметами й документами, їхніми копіями, якщо особа, яка направляє процес, визнала, що вони не мають доказового значення в кримінальному процесі,

приймається прокурором або слідчим суддею, що здійснював нагляд за спеціальними слідчими діями в кримінальному процесі, таким чином, щоб у межах можливості зменшити наслідки обмеження прав людини. Вилучені документи й предмети, якщо тільки це можливо, повертаються їхнім власникам з інформуванням їх про спеціальну слідчу дію тією мірою, якою вона стосується цих осіб. Звіти, копії, матеріали, зафіксовані з використанням технічних засобів, знищуються, якщо з'ясовано, що вони не мають доказового значення в кримінальному процесі. У кримінальних процесах, де не виявлені особи, що притягуються до кримінальної відповідальності, рішення про дії з вказаними матеріалами може бути прийнято не раніше ніж через шість місяців після закінчення спеціальної слідчої дії. Рішення про дії з такими матеріалами в припинених кримінальних процесах може бути прийняте після закінчення строку оскарження постанови. У кримінальних процесах, направлених для розгляду в суд, рішення про дії зі згаданими матеріалами приймається після набрання чинності судовою постановою.

Законом регулюється питання щодо забезпечення нерозголошення даних, отриманих у ході проведення спеціальних слідчих дій. Відповідно до Закону відомості про факт проведення спеціальної слідчої дії до її закінчення є такими, що не підлягають розголошенню. За їх розголошення посадові особи або особи, залучені до їх проведення, несуть відповідальність відповідно до закону.

Захисник, що має право ознайомитися з усіма матеріалами кримінальної справи з моменту пред'явлення обвинувачення, не підлягає ознайомленню з документами, які стосуються спеціальної слідчої дії, до її закінчення. Особа, що направляє процес, використовує всі передбачені законом засоби для обмеження поширення відомостей, отриманих у результаті спеціальної слідчої дії, які мають доказове значення у кримінальному процесі, якщо вони стосуються таємниці приватного життя особи або іншої охоронюваної законом інформації з обмеженим доступом. Виготовлення копій матеріалів, отриманих у результаті спеціальних слідчих дій, допускається винятково в передбачених Законом випадках із внесенням про це позначки до протоколу відповідної дії. Методи, прийоми й засоби провадження спеціальної слідчої дії, а також отримані за її результатами відомості, які не мають доказового значення в кримінальному процесі, в якому ця дія здійснена, або використання яких в іншому кримінальному процесі не дозволяється, або не є необхідним для негайного запобігання істотній загрозі безпеці, є державною таємницею або таємницею слідства, і за їхнє розголошення

особи несуть відповідальність у встановленому кримінальним законом порядку. Особа, що направляє процес, попереджає осіб, залучених до провадження спеціальних слідчих дій, про передбачену Законом відповідальність. Прокурор або слідчий суддя попереджає про відповідальність осіб, які ознайомлені з матеріалами, що не приєднані до кримінальної справи. При ухваленні рішення про дії з матеріалами, які не приєднані до кримінальної справи, прокурор, слідчий суддя перевіряють, чи попереджені всі особи й чи здійснені необхідні заходи для запобігання невиправданому поширенню інформації, і дають доручення відповідним особам по усуненню недоліків.

Важливе значення, що впливає на характер використання матеріалів розшукової діяльності в кримінальному процесі, має законодавче визначення доказування як діяльності залученої до кримінального процесу особи, що виражається в обґрунтуванні наявності або відсутності фактів, які входять до предмета доказування, з використанням доказів (ст. 123 Закону), та поняття доказу як будь-яких отриманих у передбаченому Законом порядку й закріплених у встановленій процесуальній формі відомостей про факти, які залучені до кримінального процесу і використовуються особами в межах їх компетенції для обґрунтування наявності або відсутності обставин, що входять до предмета доказування (ст. 127 Закону). Закон встановлює, що особи, які залучені до кримінального процесу, можуть використати як докази лише відомості про факти, які є достовірними, допустимими й такими, що мають відношення до нього. У Законі наголошується, що отримані в ході ОРД відомості про факти, у тому числі відомості, зафіксовані за допомогою технічних засобів, можуть використовуватися як докази лише в тому випадку, якщо вони можуть бути перевірені у встановленому Законом процесуальному порядку.

У результаті тривалих дискусій литовських правників з питань співвідношення ОРД і кримінального процесу взаємозв'язок цих видів діяльності значно посилено, що позитивно вплинуло на порядок використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі Литовської Республіки, який встановлений новим КПК Литовської Республіки 2003 р. (далі — КПК ЛР) та законом ЛР «Про оперативну діяльність»[2].

Повною мірою цей порядок обумовлюється тим, що у новому КПК ЛР стадія порушення провадження у кримінальній справі скасована. Кримінальний процес Литви містить дві основні стадії— досудове

LR baudziamojo proceso komentaras. — Vilnius, 2003.
LR operatyvines veiklos jstatymas. Valst. Zin. 2002. Nr. 65-2633.

й судове розслідування. У ньому намітилася тенденція кримінально-процесуального регулювання дій, що здійснюються із застосуванням оперативно-розшукових методів. Такі дії законодавцем називаються іншими примусовими заходами і закріплені в нормах КПК ЛР, наприклад, контроль і запис переговорів підозрюваного, обвинуваченого та інших осіб (ст. 154 КПК ЛР); дій, що імітують злочинне діяння (ст. 159 КПК ЛР); секретне спостереження (ст. 160 КПК ЛР).

У новому КПК ЛР скасовані такі владні суб'єкти кримінального процесу, як орган дізнання і слідчий. Реалізацію функції досудового (попереднього) розслідування, окрім спеціальної зазначеної у ст. 158 КПК ЛР посадової особи, здійснює прокурор, який ним безпосередньо керує і його організовує та суддя досудового (попереднього) розслідування.

Стаття 158 КПК ЛР встановлює, що: «1. Розслідуючи особливо тяжкі й тяжкі злочини, а також злочини середньої тяжкості, передбачені в розділах XXVIII й XXXVII Кримінального кодексу Литовської Республіки, окрім того, злочини, передбачені частинами 1 і 2 ст. 225, ч. 1 ст. 226, частинами 1 і 2 ст. 227, ст. 228 Кримінального кодексу Литовської Республіки, посадові особи досудового розслідування можуть провадити розслідування, не розкриваючи дані своєї особи. Ці посадові особи в порядку, установленому ст. 159 чинного Кодексу, можуть виконувати дії, що імітують злочинне діяння.

2. Дії посадових осіб, що не розкривають дані своєї особи, дозволяються лише на підставі ухвали судді досудового розслідування й тільки втому випадку, коли є достатньо відомостей про злочинне діяння особи, щодо якої проводиться розслідування. Ухвала про секретну діяльність суддя досудового розслідування приймає на підставі подання прокурора, зміст якого повинен відповідати змісту ухвали, зазначеної в ч. З цієї статті.

3. В ухвалі, якою посадовим особам досудового розслідування, що не розкривають дані своєї особи, дозволяється виконати дії, повинні бути зазначені: особи, які будуть виконувати секретні дії; особа, щодо якої мають бути виконані дії; відомості про злочинне діяння особи; конкретні дії, які дозволяється виконати; переслідуваний результат (що повинен бути досягнутий); тривалість секретних дій.

4. При виконанні розслідування в порядку, встановленому цією статтею, забороняється провокувати особу на вчинення злочинного діяння.

5. Виконуючи розслідування в порядку, встановленому цією статтею, посадові особи досудового розслідування не можуть застосовувати

примусового заходу, якщо про це у порядку, установленому ч. III цього Кодексу, не прийняті окрема постанова або ухвала, за винятком невідкладних випадків, передбачених цим Кодексом.

6. В особливих випадках, якщо немає іншої можливості встановити осіб, що вчиняють злочин, розслідування у встановленому цією статтею порядку можуть проводити й особи, які не є посадовими особами досудового розслідування.

7. Особи, що провели розслідування в порядку, установленому цією статтею, при необхідності можуть бути допитані як свідки. Якщо є підстави, передбачені в розд. XI четвертого розділу цього Кодексу, то таким особам може бути надана анонімність».

Надання анонімності таким особам означає, що дані їхньої особи й деякі інші матеріали, отримані судом за їх участі у справі, залишаються засекреченими (статті 198-204 КПК ЛР). З метою забезпечення особистої безпеки таких осіб їх допит здійснюється одноосібно суддею. Показання та отримані від них чи за їх участю відповідні матеріали ОРД у такий спосіб можуть бути визнані доказами у кримінальній справі. Таке положення цілком відповідає вимогам ст. 20 КПК ЛР.

Аналіз норм чинного кримінально-процесуального кодексу Литви, які регламентують порядок розслідування злочинів, а також праць фахівців-процесуалістів[1] свідчить про те, що законодавець, уживаючи в ч. 2 ст. 158 словосполучення «секретна діяльність», не роз'ясняє його поняття й не визначає перелік дій, які становлять її зміст та можуть бути проведені в ході її здійснення. Фактично такими діями можуть бути будь-які ОРЗ[2], що передбачені законом ЛР «Про оперативну діяльність», а саме: секретне (негласне) проникнення до житлового приміщення, транспортного засобу та їхній огляд; тимчасова таємна виїмка для огляду й дослідження документів, зразків сировини й продуктів та інших об'єктів; контрольна поставка; оперативне впровадження тощо.

Слід зазначити, що, на відміну від попереднього КПК, КПК ЛР 2004 р. докладніше регламентує процедуру переходу матеріалів, отриманих у ході ОРД, до кримінального процесу, чим розширена можливість використання їх як доказів у кримінальній справі. Цьому сприяє

[1] Див.: LR baudziamojo proceso komentaras. — Vilnius, 2003. — P. 401; *Фоченкова Н. А.* Правовое регулирование использования результатов оперативной деятельности в уголовном процессе Литвы // Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ): Материалы междунар. науч.-практ. конф., 27-28 января 2005 г.: В 2 ч. — Екатеринбург, 2005. — Ч. 2. — С. 341-347; та ін.

[2] У законі Литви «Про оперативну діяльність» такі дії називаються оперативними.

й нове законодавче визначення поняття доказів у кримінальному процесі ЛР та встановлений порядок їх отримання за матеріалами ОРД.

Так, відповідно до ст. 20 КПК ЛР доказами в кримінальному процесі є відомості, отримані законним шляхом. Факт визнання відповідних відомостей доказами у кожному випадку вирішує суддя або суд, у провадженні яких перебуває кримінальна справа. Доказами можуть бути лише такі відомості, які підтверджують або спростовують хоча б одну обставину, що має значення для правильного (справедливого) вирішення справи. Доказами можуть бути лише відомості, отримані у законний спосіб, які можна перевірити процесуальними діями, передбаченими КПК ЛР. Судді оцінюють доказ за своїм внутрішнім переконанням, яке засноване на повному й безсторонньому розгляді всіх обставин справи, керуючись при цьому законом.

Виходячи з цього законодавчого положення можна зробити висновок, що використання матеріалів ОРД як доказів у кримінальному процесі за КПК ЛР здійснюється за загальними правилами оцінки доказів: їх належності, допустимості, вірогідності й достатності, які є непорушними для суб'єктів кримінального доказування та суду.

Таким чином, єдине кримінально-процесуальне регулювання здійснення спеціальних примусових дій (ОРЗ) і застосування їхніх результатів у кримінально-процесуальному доказуванні свідчить про своєрідне злиття оперативно-розшукової й кримінально-процесуальної діяльності Литовської Республіки, яка здійснюється з метою встановлення й доказування обставин злочину, що у кінцевому підсумку спрямовано на підвищення ефективності боротьби зі злочинністю та захист прав людини.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що зазначені новації, які внесені до законодавства про ОРД та нових кримінально-процесуальних кодексів країн цих двох груп впродовж останніх років, суттєво вплинули на розвиток інституту використання матеріалів ОРД в їхньому кримінальному процесі. Проте сьогодні за відсутності достатніх емпіричних даних для порівняльного аналізу не можна зробити об'єктивний висновок про ефективність цього інституту в різних кримінальних процесах країн — республік колишнього СРСР у боротьбі зі злочинністю та у захисті прав людини.

До того ж такий аналіз та відповідні висновки можна зробити лише за умов урахування рівня корумпованості правоохоронних та судових органів цих країн, який в окремих із них порівняно із західними країнами є надзвичайно високим. Ця проблема у свою чергу потребує

окремого наукового дослідження. її результати також мають бути враховані при вивченні та визначенні ефективності інституту використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі тих або інших країн.

Водночас зроблений нами аналіз чинного законодавства зазначених країн, їх правозастосовної практики, а також наукових джерел стосовно досліджуваної проблеми, дозволяє зробити висновок, що у кожній із цих країн інститут використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі потребує подальшого удосконалення щодо його правового врегулювання та розробки методики його практичної реалізації.

* * * * *

Використовуючи зарубіжний досвід при розробці проектів нових Кримінально-процесуального кодексу України та Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», слід враховувати, що норми використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі зарубіжних країн знаходяться в інших моделях (типах) кримінального процесу, кожна з яких впродовж століть виробила свої важелі «стримування» та «противаг», які гармонійно вплітаються в усі стадії судочинства з урахуванням його форми, принципів, правового статусу суб'єктів тощо.

Ці моделі, в тому числі й інститут використання оперативно-розшукової інформації в кримінальному процесі кожної із досліджуваних країн, мають і свої вади, які критикуються в науково-практичних джерелах зарубіжних країн. Тому, на нашу думку, з урахуванням зазначеного, а також вітчизняних традицій, рівня наукової розробки цієї проблеми, корумпованості вітчизняних правоохоронних і судових органів, менталітету, економічних умов, у яких знаходиться наша країна, рівня злочинності, а також стану наукової розробленості правової реформи Україні, жодна із зарубіжних країн для нас на сучасному етапі не може бути ідеальною моделлю для наслідування. А тому механічне перенесення до вітчизняного кримінально-процесуального законодавства норм будь-якого інституту цих країн, у тому числі й використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі, без узгодження з відповідними правовими інститутами вітчизняного законодавства й окремими їх нормами та урахування вітчизняних реалій може призвести до дисбалансу: або до послаблення заходів із забезпечення прав людини, або ж до зниження ефективності боротьби зі злочинністю.

РОЗДІЛ 3
ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ **ДІЯЛЬНОСТІ ТА** КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

§ 1. Взаємозв'язок оперативно-розшукової діяльності та кримінального процесу як діяльнісних систем

Розробка оптимальних шляхів використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі потребує визначення взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу як сучасних вітчизняних діяльнісних систем , що є методологічною основою вирішення цієї проблеми.

У філософському розумінні під поняттям «взаємозв'язок» певних речей, процесів тощо розуміється їхня взаємозалежність, що проявляється у різних формах, при яких зміна певних властивостей і станів одних тягне за собою відповідні зміни в інших. При цьому категорія «взаємозв'язок» розглядається як діалектична єдність зв'язку і відособленості: категорія «зв'язок» відбиває взаємозв'язок, а категорія «відособленість» (роздільність), фіксуючи момент їхнього зв'язку, — їхню відносну незалежність і самостійність.

Виходячи з цього, розкриття взаємозв'язку сучасних ОРД і кримінального процесу в методологічному плані потребує, насамперед, визначення їх змісту та понять, які до цього часу є дискусійними в теорії та на практиці. Таке визначення можливе лише через філософські категорії діалектики «зв'язок» і «відособленість», що являють собою універсальні форми відображення їхнього співвідношення, а також категорії «загальне», «особливе» й «одиничне» . Це дає

[1] У філософській літературі взаємозв'язок нерідко називають відносинами, розуміючи їх як рівнозначні поняття. — Див.: *Парнюк М. А., Кирилюк С. К, Кизима В. В.* Связь и обособленность. — Киев, 1988.— С. 13-20; Современный философский словарь / Под общ. ред. В. Е. Кемерова. — Лондон, Франфуркт-на-Майне, Париж, Люксембург, Москва, Минск, 1998. — С. 769-771.

[2] Система (грецьк. systema — складене із частин, сполучене) — сукупність елементів, що перебувають в упорядкованому істотному стійкому взаємозв'язку між собою і утворюють цілісність. — Современный философский словарь / Под общ. ред. В. Е. Кемерова. — Лондон, Фраифуркт-на-Майне, Париж, Люксембург, Москва, Минск, 1998.— С. 788-790.

[3] Там само. — С. 276-279.

змогу, з одного боку, виявити загальні риси ОРД і кримінального процесу як самостійних сучасних діяльнісних систем, що перебувають між собою у взаємозв'язку при досягненні спільних мети та завдань, а з іншого — виявити в них індивідуальні ознаки, які дозволяють розрізнити їх між собою, показати їхню відносну самостійність і відособленість.

З філософськими категоріями діалектики «взаємозв'язок», «зв'язок», «відособленість» тісно пов'язана й така категорія, як «взаємодія» , що використовується нами для підкреслення того, що ОРД і кримінальний процес мають не пасивний зв'язок між собою, а порізному активно взаємодіють у різних відносинах при вирішенні спільних завдань. Така взаємодія ОРД і кримінального процесу при використанні матеріалів ОРД у кримінальному процесі здійснюється, як правило, через їх суб'єктів — органи дізнання, уповноважені на здійснення оперативно-розшукових і кримінально-процесуальних функцій (ст. 101 КПК України), та досудового слідства (ст. 102 КПК України).

Під такою взаємодією слід розуміти необхідний, заснований на законі та відомчих нормативних актах, координований за проміжними цілями напрям діяльності незалежних в адміністративному відношенні органів (дізнання та слідства), що спрямовується слідчим чи прокурором і здійснюється у формі правових відносин при комплексному сполученні та ефективному використанні повноважень, методів та форм, властивих кожному з них. Будучи процесуально й тактично правильно організованою, така діяльність дозволяє об'єднати і більш ефективно й раціонально використати кримінально-процесуальні та оперативно-розшукові можливості цих органів для досягнення як спільної мети і вирішення завдань ОРД і кримінального процесу, так і цих двох самостійних видів діяльності зокрема.

При визначенні змісту та понять ОРД і кримінального процесу, а також їх взаємозв'язку як самостійних діяльнісних систем, на нашу думку, слід виходити з концептуальних засад людської діяльності, сформульованих у філософській, психологічній, юридичній та іншій

[1] Современный философский словарь / Под общ. ред. В. Е. Кемерова. — Лондон, Франфуркт-на-Майне, Париж, Люксембург, Москва, Минск, 1998. — С. 135-136.

літературі[1], оскільки і ОРД, і кримінальний процес є її різновидами, а суб'єкти ОРД і кримінального процесу виконують визначені для них законодавством завдання саме завдяки здійсненню відповідних видів діяльності, які є засобом досягнення соціально значущих цілей. Такий підхід, з нашого погляду, дає змогу виокремити сутнісні ознаки ОРД і кримінального процесу та індивідуалізувати їх як самостійні складні, високоорганізовані й динамічні діяльнісні системи, що включені до соціально-правового механізму суспільства й відіграють провідну роль у боротьбі зі злочинністю та захисті прав і свобод людини, забезпеченні безпеки суспільства та держави, а також визначити їхні зв'язки як між собою, так і з іншими видами діяльності, та їх відособленість.

[1] Ми дотримуємося діалектично-матеріалістичної концепції людської діяльності, яка виходить із цілісного розуміння її як предметної, органічної єдності практичної й теоретичної, пізнавальної й перетворювальної форм.— Див.: *Маркс К, Энгельс Ф.* Соч. — 2-е изд. — Т. 2. — С. 211.

Діяльність характеризується як метод пізнання і перетворення навколишнього світу, який являє собою сукупність принципів, що орієнтують людей у їх пізнавальній і предметно-перетворювальній діяльності *(Шептулии А. П.* Диалектический метод познания (Вопросы применения диалектики в качестве метода познания и революционного преобразования действительности). — М., 1984. — С. 5); як специфічно людський спосіб ставлення до світу; як процес, у ході якого людина відтворює й творчо перетворює природу, стаючи тим самим діяльним суб'єктом, а засвоювані нею явища природи стають об'єктом її діяльності (Философский словарь / Под ред. Фролова И. Т. — М., 1987.— С. 118); як спосіб існування людини *{Каган М. С.* Человеческая деятельность. — М., 1974. — С. 5); як специфічна людська форма активного ставлення до навколишнього середовища, зміст якої становить доцільну зміну й перетворення світу на підставі освоєння й розвитку наявних форм культури *{Юдин Е. Г.* Системный подход и принципы деятельности. Методологические проблемы современной науки. — М., 1978.— С. 268); як активна взаємодія людини з матеріальними системами *{Алексеев П. В., Панин А. В.* Философия: Учебник. — М., 2001. — С. 455).

Різновидом людської діяльності є юридична діяльність, яка включає у тому числі й ОРД та кримінальний процес і яку в правовій літературі співвідносять з юридичною практикою. При цьому одні автори ототожнюють вказані поняття, інші проводять розмежування між юридичною діяльністю та юридичною практикою, вважаючи, що юридична практика— самостійне явище, до якого належать лише відповідні висновки, узагальнення, результати, соціальний досвід юридичної діяльності, на думку третіх, юридична практика включає дві складові — юридичну діяльність і соціально-правовий досвід. — *Карташов В. Н.* Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность / Под ред. Н. И. Матузова.— Саратов, 1989.— С. 43^15; *Погорецький М. А.* Поняття «діяльність» та його значення для теорії ОРД // Вісник Академії правових наук України. — 2004. — № 3 (38). — С 202-213.

Досліджуючи взаємозв'язок ОРД[1] і кримінального процесу, ми виходимо з того, що вони, як і будь-які види діяльності, що здійснюються в предметно-практичній формі[2], мають перетворювальний та пізнавальний характер і здійснюються у формі правових відносин. У зв'язку з цим повнота дослідження взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу як методологічної основи використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі, нашу думку, може бути досягнута лише через аналіз їх зв'язку і відособленості як перетворювальних видів діяльності, єдності й відмінності їх гносеологічної природи та взаємозв'язку правових відносин їх суб'єктів. При цьому зазначимо, що вказані аспекти ОРД та кримінального процесу можуть окремо розглядатися лише в науковому плані для повноти і всебічності їх дослідження, проте в практичній діяльності більшість діяльнісних актів одночасно є пізнавально-практичними перетворювальними й здійснюються у формі правових відносин. Зважаючи на актуальність зазначених питань, кожному з них присвячений окремий підрозділ цієї роботи.

ОРД і кримінальний процес, як і будь-які інші види діяльності, є змістовними і складаються з окремих відносно самостійних елементів, що перебувають між собою в певному взаємозв'язку та взаємозалежності. Кожний з цих видів діяльності являє собою цілісне соціально-правове утворення, що природно має свою індивідуальну внутрішню структуру[3], яка уточнює загальну структуру, властиву будь-якій діяльності. .Тому для визначення змісту й поняття ОРД і кримінального процесу важливим є аналіз їх структурних елементів, які за

У монографії досліджується лише частина ОРД, як самостійної державно-правової діяльності, що спрямована на отримання матеріалів ОРД, які можуть бути використані у кримінальному процесі.

[2] ОРД і кримінальний процес досліджуються нами лише як практичні форми діяльності.

[3] У філософській, правовій та психологічній літературі поняття «структура» тлумачиться по-різному. Докладний аналіз точок зору на це поняття зроблений Д. А. Керимовим. — *Керимов Д. А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). — М., 2001. — С. 186-200. Нами поділяється погляд вчених, які вважають, що поняттям «структура» визначається міцний відносно стійкий зв'язок (відношення) і взаємодія елементів, сторін, частин предмета, явища, процесу як цілого, закон зв'язку елементів, що утворює відповідну систему. — *Алексеев П. В., Панин А. В.* Философия: Учебник. — М., 2001. — С. 463; *Кондаков Н. И.* Логический словарь-справочник / Отв. ред. Д. П. Горский. — М., 1975. — С. 572. У науці ця категорія використовується для вираження взаємозв'язку частин та цілого, елементів і системи, кількісних та якісних змін, змісту й форми об'єкта дослідження. — Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М., 2000. — С. 498-501.

своїм змістом та формою можуть бути критеріями виявлення їх співвідношення як між собою, так і з будь-якими іншими видами діяльності, що є актуальним з точки зору методології наукового, законодавчого й практичного вирішення спірних питань .

Виходячи із загальнонаукових засад діяльності та критично оцінюючи точки зору щодо визначення її структурних елементів , вважаємо за доцільне виділити внутрішні структурні елементи змісту ОРД і кримінального процесу, якими, на наш погляд, є мета, завдання, дії, та суб'єкти, що утворюють їх як цілісні діяльнісні системи', а також зовнішні їх елементи — стадії, етапи, організаційно-правові форми (види проваджень), що є їх складовими і утворюють їх як цілісні діяльнісні системи.

[1] Доклад, див.: *Погорецький* М *А.* Поняття «діяльність» та його значення для теорії ОРД // Вісник Академії правових наук України. — 2004. — № 3 (38). — С 202-213; *Він же.* Структура оперативно-розшукової діяльності // Державна безпека України: Наук.-практ. зб. НАН України і СБ України. — 2004. — № 2. — С 43-49; *Він же.* Про визначення співвідношення оперативно-розшукової, розвідувальної й контррозвідувальної діяльності та його методологічне значення // Там само. — 2004. — № 1. — С 40^5.

[2] У літературі висловлюються думки, що діяльність включає такі елементи: мету, засіб і результат *(Трубников Н. Н.* О категориях «цель», «средство», «результат». — М., 1968.— С. 86-94, 123-130), або мету, засіб, результат і сам процес діяльності *(Юдин Е. Г.* Системный подход и принципы деятельности. Методологические проблемы современной науки. — М., 1978. — С. 268), або мету, засіб, результат і форму самого процесу діяльності *(Кузьмічов В. С, Чорноус Ю. М.* Слідча діяльність: характеристика та напрямки удосконалення. — К., 2005. — С. 22), або об'єкт, суб'єкт, мету й очікуваний результат, а також засоби, методи та способи діяльності *(Бараненко Б. І., Дідоренко Е. О., Курочка М. Й.* Сучасні методологічні проблеми теорії та практики ОРД // Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС. — 2002. — № 4. — С. 145), або суб'єктів, учасників, юридичні дії й операції, засоби і способи їх здійснення, результати дій *(Карташов В. Н.* Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность / Под ред. Н. И. Матузова. — Саратов, 1989. — С. 52), або мету, завдання, цілі, суб'єктів і об'єктів, принципи, функції та напрями (Див.: *Ященко В. А.* Філософсько-правові засади оперативно-розшукової діяльності. — К, 2004. — С 137).

Висловлюється також думка, що структуру діяльності утворюють такі елементи, як стадії, етапи, дії, операції. — *Строгович М. С, Алексеев Л. Б., Ларин А. М.* Уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности. — М., 1979. — С. 110; *Дубинский А. Я.* Понятие, структура и содержание уголовно-процессуальной деятельности // Проблемы социалистической законности: Респ. межвед. науч. сб. — Харьков, 1989. —Вып. 24.— С. 49.

Мету, умови, засоби, мотиви, стимули й власне процеси їхньої реалізації та використання, а також результат діяльності у філософській літературі називають основними її характеристиками. — Філософія: Навч. посіб. / За ред. І. Ф. Надольного. — К., 2001. — С 315.

Принципи, методи та функції, з нашого погляду, не є структурними елементами змісту ОРД і кримінального процесу як діяльнісних систем, однак відіграють важливу роль в їх функціонуванні й характеризують внутрішні й зовнішні сутнісні ознаки цих видів діяльності й також можуть бути використані як критерії визначення їх зв'язку та відособленості.

Об'єкт будь-якої діяльності, у тому числі й ОРД та кримінального процесу, на нашу думку, не можна віднести до її внутрішніх структурних елементів. Об'єкт цих видів діяльності обумовлюється їх метою та завданнями і як справедливо наголошував А. Я. Дубинський, перебуває поза її межами. Однак при цьому не можна погодитися з вченим, що об'єкт кримінального процесу є його наслідком , оскільки у такому разі помилково здійснюється ототожнення об'єкту діяльності та її результату, як реалізації її мети.

Об'єкт, як слушно зазначається в літературі, є найбільш універсальною підставою для відособлення будь-яких видів діяльності , у тому числі й ОРД та кримінального процесу. Виходячи із загальнофілософського розуміння об'єкта[3], під об'єктами ОРД і кримінального процесу нами розуміється те, на що спрямовані перетворювальна й пізнавальна діяльність їх суб'єктів.

Отже, оскільки об'єкт ОРД та кримінального процесу є найбільш універсальною підставою для відособлення цих видів діяльності, то він потребує більш докладного порівняльного аналізу.

Об'єкти ОРД і кримінального процесу у Законі України про ОРД та КПК України окремо не визначені, проте їх можна вивести з мети та завдань, які викладені у ст. 1 Закону про ОРД та ст. 2 КПК України, а також з інших норм цих законів, що спрямовують перетворювальну та пізнавальну діяльність їх суб'єктів на досягнення певних юридично значущих цілей. Наприклад, зі ст. 6 Закону про ОРД, що визначає підстави для проведення ОРД, якими є наявність достатньої інформації, одержаної в установленому порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових засобів, про злочини, що готуються

' Див.: *Дубинский А. Я.* Понятие, структура и содержание уголовно-процессуальной деятельности // Проблемы социалистической законности: Респ. межвед. науч. сб. — Харьков, 1989. — Вып. 24. — С. 48.

[2] Див.: *Леонтьев А. Н.* Деятельность. Сознание. Личность. — М, 1975. — С. 102.

[3] Философский энциклопедический словарь / Редкол. С. С. Аверинцев, Э. А. Ораб-Оглы, Л. Ф. Ильичев и др. — М., 1989. — С. 151; Новейший философский словарь / Сост. и гл. науч. ред. А. А. Грицанов. — Мн., 2001. — С. 710, 1001.

або вчинені невстановленими особами; осіб, які готують або вчинили злочин; осіб, які переховуються від органів розслідування, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання, та ін., і спрямовує суб'єктів ОРД на їх встановлення; зі статей 64 та 23 КПК України, що визначають предмет доказування у кожній кримінальній справі, який належить встановити суб'єктам доказування, на яких законом покладається цей обов'язок, та ін.

Порівняльний аналіз змісту зазначених норм дає підстави для висновку, що ОРД і кримінальний процес мають спільний об'єкт — встановлення незаконного посягання на суспільні відносини, які охороняються кримінальним законом України (встановлення наявності чи відсутності кримінально-правових відносин), що підтверджує їх зв'язок, проте об'єкти ОРД. і кримінального процесу повністю між собою не збігаються, що свідчить і про їх відмінність.

Чинний Закон про ОРД, на наш погляд, безпідставно відносить до об'єкта ОРД також: отримання розвідувальної інформації в інтересах безпеки суспільства і держави (ст. і); розвідувально-підривну діяльність спеціальних служб іноземних громадян та організацій (ст. 1); перевірку осіб у зв'язку з їх допуском до державної таємниці і до роботи з ядерними матеріалами й на ядерних установках (п. 2 ст. 6) та ін., які за своїм змістом такими не є, а є відповідно об'єктами розвідувальної діяльності органів зовнішньої розвідки, контррозвідувальної діяльності (далі— КРД) та адміністративної діяльності, що здійснюється у спеціальному режимі із застосуванням спеціальних форм та методів.

Порівняльний аналіз визначення об'єктів зазначених видів діяльності у чинних Законах України про ОРД (ст. 1), про КРД (ст. 1), про розвідувальні органи України (ст. 2) та ін., а також аналіз норм відомчих нормативних актів свідчить про те, що вони за своїм змістом відрізняються, а тому, виходячи із засад формальної логіки,[1] немає підстав вважати, як це роблять окремі науковці, що ОРД є, наприклад, родовою щодо КРД[2]. Кожний з названих нами видів діяльності має свій власний об'єкт, який відрізняє ці види діяльності одну від одної, що підтверджує їх відособленість та самостійність як окремих дер-

Кондаков Н. И. Логический словарь-справочник / Отв. ред. Д. П. Горский. — М., 1975.— С. 88, 519; *Жеребкін В. Є.* Логіка: Підруч. для юрид. вузів і фак.— Х., 1995.^—С.48-49.

" Див.: *Ященко В. А., Щуровський А. М.* До питання про теоретико-методологічні основи контррозвідувальної діяльності // Науковий вісник Академії СБ України. — 1996. —№2.—- С 5-6.

жавних видів діяльності. З огляду на це об'єкт ОРД у Законі про ОРД має бути визначений більш чітко[1].

ОРД за своїм призначенням спрямована лише на забезпечення функціонування кримінального процесу та здійснення попереджувально-профілактичної функції щодо злочинності[2], яка тісно пов'язана з розвідувально-пошуковою діяльністю підрозділів, що здійснюють ОРД, і повинна включатися до поняття та завдань ОРД (статті 1, 2 Закону про ОРД), у ході якої встановлюються підстави для заведення оперативно-розшукової справи з метою виявлення та фіксації фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена КК України.

На наш погляд суттєвим недоліком правового регулювання ОРД є те, що попереджувально-профілактична і пошукова функція ОРД ані в Законі України про ОРД, ані в інших законодавчих актах належним чином не врегульована, що створює на практиці певні труднощі в правозастосовному процесі при встановленні підстав, передбачених відомчими нормативними актами для заведення відповідних оперативно-розшукових справ, а також при використанні в кримінальному процесі матеріалів, отриманих до заведення зазначених справ.

Так, наприклад, у ст. 2 Закону про ОРД вказується, що одним із завдань ОРД є пошук фактичних даних про протиправну діяльність окремих осіб та груп з метою припинення правопорушень. Із змісту ст. 6 Закону про ОРД, що визначає підстави для здійснення ОРД, якими є «наявність достатньої інформації, одержаної у встановленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів», та змісту ст. 9 цього ж Закону, що визначає гарантії законності під час здійснення ОРД, можна зробити однозначний висновок, що ОРД починається лише з моменту заведення оперативно-розшукової справи. Але, щоб встановити підстави для заведення оперативно-розшукової справи («наявність достатньої інформації, одержаної у встановленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів»), необхідно провести відповідну розвідувально-пошукову роботу.

Див.: *Погорецький М. А.* Об'єкт оперативно-розшукової діяльності // Вісник Луганської академії МВС. — Спец. вип. № 3: Методологічні проблеми теорії та практики оперативно-розшукової діяльності в сучасних умовах. — Луганськ, 2004 — Ч. 1. — С 93-102.

Оперативно-розшукова діяльність органів внутрішніх справ. Загальна частина: Підруч. / Під ред. Я. В. Бородича. — Луганськ, 1999. — Т. 1. — С 271-298.

Слід звернути увагу на те, що з прийняттям Закону України про КРД для злочинів, які входять до сфери діяльності контррозвідувальних підрозділів СБУ, ця проблема вже вирішена. Такі підстави отримуються в ході проведення контррозвідувальних заходів, які відповідно до відомчого нормативного акта, що регулює порядок ведення контррозвідувальних справ, безпосередньо спрямовані на виявлення та локалізацію загроз інтересам державної безпеки на об'єкті (по лінії чи напряму), а саме: ознак діяльності конкретних іноземних спецслужб, організацій, злочинних угруповань і окремих осіб та їх протиправної діяльності; розвідувальної, терористичної та іншої діяльності на шкоду державній безпеці України, що здійснюються в межах проведення контррозвідувальних справ (справи контррозвідувального пошуку, справи контррозвідувальної перевірки, справи об'єктової контррозвідувальної розробки, справи контррозвідувальної операції). Разом із цим, отримання підстав для заведення оперативно-розшукової справи за ознаками злочинів, що не входять до сфери КРД, але належать до відання СБУ, є проблематичним, оскільки пошукова діяльність, спрямована на встановлення підстав для ОРД підрозділів по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю СБ України відповідно до їх компетенції, визначеної відомчими нормативними актами, та оперативно-розшукових підрозділів інших відомств, виходячи з аналізу статей 6 та 9 Закону про ОРД, перебуває поза межами законодавчого регулювання, що суперечить ч. 2 ст. 19 Конституції України, в якій зазначається, що органи державної влади і органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. У зв'язку з цим наявною є колізія як між ч. 2 ст. 19 Конституції України і статтями 2, 6, 9, 10 Закону про ОРД, так і між зазначеними статтями цього Закону, яка потребує усунення шляхом внесення до чинного Закону про ОРД відповідних доповнень.

З огляду на зазначене вважаємо за доцільне: 1) ст. 8 Закону про ОРД доповнити ч. 7 такого змісту: «З метою контролю за криміногенними процесами та об'єктами, виявлення причин та умов, які можуть призвести до вчинення злочинів, підрозділи, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, можуть проводити пошукові заходи, які не обмежують права громадян»; 2) доповнити Закон про ОРД окремою нормою, яка б визначила категорії оперативно-розшукових справ, у тому числі й таку, як «справа оперативного пошуку», а також підстави їх заведення; 3) внести відповідні зміни до відомчих нормативних актів СБ України та МВС України.

У теорії права стосовно визначення об'єкта висловлюється думка, що «об'єктом діяльності можна вважати те, на що спрямована юридична діяльність, тобто, перш за все, суспільні відносини»'. Ця точка зору поділяється й окремими фахівцями у галузі ОРД та кримінального процесу, проте характер цих відносин розуміється по-різному. Одні науковці вважають таким об'єктом ОРД суспільні відносини (блага), захист яких здійснюється шляхом проведення ОРЗ[2], інші — суспільні відносини, яким завдається шкода[3].

Характер цих відносин потребує уточнення. При визначенні об'єкта ОРД, так само як і об'єкта кримінального процесу, на наш погляд, слід виходити з того, що об'єктом цих видів діяльності є не будь-які суспільні відносини, що охороняються законом, а лише ті, що поставлені під охорону кримінального закону України.

Об'єктами ОРД і кримінального процесу є як суспільні відносини, що виникають у результаті протиправних діянь (злочину) окремих осіб та груп, так і конкретні одиничні відносини, на які спрямовані відповідна оперативна операція, оперативний захід, оперативна чи слідча й процесуальна дія. У результаті оперативної операції, ОРЗ чи окремих оперативних, слідчих та процесуальних дій відповідно оперативний працівник, орган дізнання або слідчий вступають у певні правовідносини з іншими суб'єктами для отримання, наприклад, конкретного предмета, що може бути визнаний речовим доказом у кримінальній справі, певних даних (інформації) або створення певного очікуваного стану чи певного процесу тощо, що можуть бути об'єктами відповідно як ОРД, так і кримінального процесу, оскільки саме на них, як на очікуване благо, спрямована діяльність конкретного оперативного працівника чи органу дізнання та слідчого.

Об'єктом ОРД і кримінального процесу є також встановлення не лише наявності відносин, що охороняються кримінальним законом, а й їх відсутності.

Водночас визначення як об'єкта ОРД (так само як і кримінального процесу) лише суспільних відносин, з нашого погляду, є неточним, оскільки об'єктом ОРД і кримінального процесу як предметно-практичної перетворювальної та пізнавальної діяльності можуть бути не

[1] *Карташов В. Н.* Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность / Под ред. Н. И. Матузова. — Саратов, 1989. — С. 60.

[2] Оперативно-розыскная деятельность: Учебник / Под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, А. Ю. Шумилова. — М., 2001. — С. 310.

[3] Див.: *Захарцев С. И.* Оперативно-розыскные мероприятия. Общие положения. — СПб., 2004. — С. 29-30.

лише суспільні відносини, а й, наприклад, предмети, документи, події (процеси) матеріального світу, на які спрямована діяльність оперативного працівника, органу дізнання, слідчого, прокурора чи суду без вступу в будь-які правові відносини з іншими суб'єктами (огляд предмету, огляд документу, винесення постанови про визнання предмета речовим доказом і долучення його до кримінальної справи тощо).

Виходячи з викладеного та враховуючи на те, що ОРД і кримінальний процес як складні цілісні соціально-правові утворення можуть поділятися залежно від використовуваних критеріїв на відповідні організаційно-правові форми (види проваджень), стадії, етапи, операції, заходи, дії тощо, кожна з яких у свою чергу має свій конкретний об'єкт спрямування, що збігається із загальним об'єктом лише в кінцевому підсумку, є підстави для висновку про те, що в ОРД і кримінальному процесі як у самостійних цілісних видах діяльності існують загальні об'єкти, на що спрямовані кожний з названих видів діяльності, а також окремі (спеціальні) об'єкти — те, на що спрямовані відповідно конкретна оперативно-розшукова дія, ОРЗ, оперативно-розшукова операція чи конкретна процесуальна дія, види проваджень та ін.

На підставі аналізу норм Закону про ОРД можна зробити висновок, що загальним об'єктом ОРД є оперативна обстановка як соціально-правовий стан конкретної ділянки оперативно-розшукового забезпечення на певний строк, що складається з сукупності таких взаємопов'язаних і взаємообумовлених елементів: 1) криміногенне середовище й об'єкти, що піддаються криміногенному впливу; 2) злочинність— як соціальне явище, що включає сукупність злочинів, які здійснюються на об'єктах чи напрямах оперативного забезпечення в певний період, що характеризуються кількісними (динаміка, стан) і якісними (структура, характер) показниками; 3) фактори соціально-економічного, політичного та правового середовища, які справляють криміногенний вплив на злочинність у цілому й на окремі її види, у тому числі й фактори, події та обставини, які визначають специфіку (за цілями, мотивами, способами, формами та обставинами) вчинення конкретних злочинів; 4) конкретний злочин, у тому числі такий, що готується, вчиняється чи вже вчинений, причини й умови, які йому сприяють чи сприяли, обставини, які впливають на ступінь і характер відповідальності обвинуваченого, або наявність чи відсутність відносин, що охороняються кримінальним законом відповідно до визначеної компетенції; 5) власна діяльність оперативно-розшукових підрозділів, що включає власні сили й засоби.

Виходячи із мети та завдань кримінального процесу загальним об'єктом його є встановлення порушення суспільних відносини, що охороняються кримінальним законом України (встановлення наявності чи відсутності кримінально-правових відносин, у визначеній кримінально-процесуальним законом формі й на підставі встановлених обставин, передбачених ст. 64 КПК України).

Слід зазначити, що ОРД і кримінальний процес можуть виявляти й встановлювати не лише наявність, а й відсутність кримінальних відносин. Наприклад, у ході проведення ОРЗ чи слідчих дій можна отримати дані про те, що підозрювана чи обвинувачувана особа не причетна до вчиненого злочину або подія не є злочинною. Окрім того, враховуючи специфіку пізнання у цих видах діяльності об'єкт ОРД і кримінального процесу може мати й уявний характер.

Отже, об'єкт ОРД значно ширший об'єкта кримінального процесу. Спільним для об'єктів ОРД та кримінального процесу є встановлення наявності чи відсутності порушення суспільних відносини, що охороняються кримінальним законом України.

На неоднорідність об'єктів кримінального процесу як пізнавальної діяльності зверталась увага окремих науковців, що дозволило класифікувати їх на загальний (генеральний) та спеціальні (матеріальні й ідеальні; первинні і вторинні; основні й додаткові; ретроспективні і поточні; відкриті (доступні для спостереження) і скриті (латентні або недоступні для спостереження); одиничні та інтегральні; постійні і перемінні; стабільні й динамічні; негативні і позитивні)[1], що має теоретичне й практичне значення.

Заслуговує на підтримку позиція вчених, які поряд з об'єктом діяльності виокремлюють і її предмет[2], під яким ми розуміємо зафіксовані у свідомості суб'єктів відповідно ОРД і кримінального процесу та включені до їх практичної діяльності сторони, властивості й відносини об'єктів, що досліджуються з певною метою в даних умовах та обставинах. Класифікація об'єктів та виділення предмета здійснюється також і при дослідженні кримінально-процесуальних відносин'.

[1] Див.: *Зеленецкий В. С.* Объект познания в доследственном уголовном процессе // Весы Фемиды. — 2002. — № 2. — С. 18-19.

[2] Див.: *Барабаш А. С.* Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. — СПб., 2005. — С. 175-184.

[3] Див.: *Погорецький М. А.* Кримінально-процесуальні правовідносини: система і структура. — Х., 2002. — С. 11-12.

Взаємозв'язок ОРД і кримінального процесу проявляться перш за все через співвідношення їх мети та завдань як структурних елементів їх змісту, оскільки як мету та завдання ОРД, що здійснюється в інтересах кримінального процесу, неможливо реалізувати без реалізації мети та завдань кримінального судочинства, так і мету й завдання кримінального процесу в більшості випадків неможливо реалізувати без реалізації мети й завдань ОРД.

Підтвердженням цього є те, що саме завдяки ОРД розкривається понад 85 % злочинів[1], а в таких сферах, як господарська, службова діяльність, громадська безпека, обіг наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів тощо, цей відсоток значно більший. Майже всі злочини, вчинені організованими групами, розкриваються завдяки використанню матеріалів ОРД у кримінальній справі. Жоден злочин проти основ національної безпеки України не виявлений і не розкритий без застосування оперативно-розшукових засобів і заходів, адже, як правило, кожному випадку порушення кримінальної справи в цій сфері передує всебічне оперативно-розшукове документування злочинної діяльності з метою виявлення приводів та підстав для порушення кримінальної справи або проведення слідчих дій та отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі.

Аналіз статистичних даних порушення кримінальних справ слідчими й органами дізнання СБ України за десять останніх років красномовно підтверджує, що ОРД є однією з передумов кримінального процесу, що спонукає його подальший рух, оскільки в ході провадження оперативно-розшукової справи виявляються обставини, які мають значення для законного й обґрунтованого вирішення кримінальної справи. Причому ця передумова має тенденцію до зростання. Так, наприклад, якщо на початку 90-х років XX ст. за матеріалами ОРД органами СБ України порушено лише 52 % кримінальних справ, то в 2000-2006 роках — вже понад 90 %.

В етимологічному й семантичному значенні в українській та російських мовах мета визначається як «те, чого хтось прагне, чого хоче досягти; ціль»[2].

Див.: *Маркушин А. Г.* Оперативно-розыскная деятельность— необходимость и законность. — Н. Новгород, 1997. — С. 22-23; *Бруснщын Л. В.* Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование). — М, 2001. — С. 139.

~ Великий тлумачний словник сучасної української мови / Упоряд. і голов, ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь, 2001. — С. 520; *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка. — М., 1999. — С. 873.

У філософській та психологічній літературі «мета» визначається як один з елементів поведінки, свідомої діяльності людини, що характеризує передбачення в її мисленні результату діяльності та шляху його отримання за допомогою відповідних засобів[1]; як ідеальний, насамперед, визначений результат людської діяльності, спрямований на перетворення дійсності відповідно до усвідомленої людиною потреби, що є безпосереднім внутрішнім спонукальним мотивом людської діяльності ; як вища форма інтеграції окремих людських дій, зусиль у складі культурних цінностей, у межах яких вони набувають свого змісту і призначення[3]; як усвідомлений образ результату, що передбачається, на досягнення якого спрямована дія людини ; як ідеально витриманий результат майбутніх дій[5] та ін.

Завдання визначається як те, що хочуть здійснити ; те, що вимагає виконання, вирішення»[7]; питання для вирішення ; необхідність для суб'єкта здійснити в майбутньому певну діяльність[9].

Аналіз норм Закону про ОРД і КПК України дає підстави для висновку про те, що мета й завдання цих видів діяльності не знайшли в них свого належного нормативного визначення і це негативно позначається на правозастосовній діяльності.

Так, у ст. 2 Закону про ОРД зазначається, що «завданням ОРД є пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, розвідувально-підривну діяльність спеціальних служб іноземних держав та організацій з метою припинення правопорушень

[1] Философский энциклопедический словарь / Редкол. С. С. Аверинцев, Э. А. Ораб-Оглы, Л. Ф. Ильичев и др. — М., 1989. — С. 731.

[2] Філософський словник / За ред. В. І. Шинкарука. — К., 1986. — С. 756.

[3] Краткий философский словарь / Под ред. А. П. Алексеева.— М., 1998.— С. 357.

[4] Психология: Словарь / Под общ. ред. А. В. Петровского, М. Г. Ярошевского. — М., 1990.—С. 440.

[5] *Борзенко А. В.* Проблема цели в общественном развитии. — М, 1963. — С. 34.

[6] Великий тлумачний словник сучасної української мови / Упоряд. і голов, ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь, 2001. — С. 284.

[7] *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка. — М., 1999.— С. 203.

Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. — Т. 1: А3. — М, 1981. —С. 572

[9] Філософський словник / За ред. В. І. Шинкарука. — К., 1986. — С. 196.

та в інтересах кримінального судочинства, а також отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави».

На наш погляд, таке визначення мети ОРД не відповідає сутності ОРД, оскільки отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави є функцією розвідувальних органів України як самостійного виду державної діяльності[1].

Пошук і фіксація фактичних даних про розвідувально-підривну діяльність спеціальних служб іноземних держав та організацій також не є завданнями ОРД, а належить до завдань КРД, яка також є самостійним видом державної діяльності[2].

Більш докладно завдання розвідувальних органів України та КРД СБ України викладені у відомчих нормативно-правових актах, які є закритими.

Разом із цим визначення як мети ОРД припинення правопорушень поза межами кримінального процесу обумовлює її самостійний попереджувально-профілактичний характер, а спрямування мети ОРД на реалізацію інтересів кримінального процесу обумовлює взаємозв'язок ОРД і кримінального процесу, проте ці положення не повно розкривають її зміст і потребують уточнень та доповнень.

Слід звернути увагу не те, що ані в чинному КПК України, ані у проекті нового КПК України[3] мета кримінального судочинства нормативно не закріплена.

Не визначає мету кримінального процесу й новий КПК РФ 2002 р. А замість завдань кримінального судочинства, які були визначені в ст. 2 КПК РФ 1960 р., у ст. 6 нового КПК РФ введена нова для російського кримінального процесу правова конструкція— «призначення кримінального судочинства». Вона полягає в захисті прав і законних інтересів осіб, які потерпіли від злочинів, та захисті особи від незаконного й необгрунтованого обвинувачення, засудження, обмеження її прав та свобод. Окрім того, в п. 2 цієї статті вказується, що кримінальне переслідування і призначення справедливого покарання тією ж мірою відповідає призначенню кримінального судочинства, що й відмо-

Закон України «Про розвідувальні органи України» від 22 березня 2001 року № 2331-ПІ // ВВР. — 2001. — № 19. — Ст. 94.

[2] Закон України «Про контррозвідувальну діяльність» від 26 грудня 2002 року № 374-IV // ГУ. — 2003. — № 16 (3016), 28 січня. — Ст. 2.

[3] Проект Кримінально-процесуального кодексу України, підготовлений робочою групою Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності ВР України станом на вересень 2005 р. — К., 2005.

ва від кримінального переслідування невинних, звільнення їх від покарання, реабілітація кожного, хто необгрунтовано піддався кримінальному переслідуванню[1].

На наш погляд, спрямування призначення російського кримінального процесу на обмеження розшуково-інквізиційних засад має особливе значення на етапі переходу від розшукового до змагального процесу й може бути прикладом при розробці проекту нового КПК України. З огляду на це цілком слушною є теза, що держава повинна «обмежуватися захистом особистих прав людини, й у першу чергу від зловживання самих державних чиновників — небезпеки постраждати від засудження в умовах закритого інквізиційного процесу і такого, що ефективно відшукує для боротьби зі злочинністю істину, але загрожує приватним інтересам постраждалого заради публічного судоговоріння...»[2].

На відміну від ст. 2 чинного КНК України, яка визначає, що завданнями кримінального судочинства є охорона прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб, які беруть у ньому участь, а також швидке і повне розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення правильного застосування закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до кримінальної відповідальності і жоден невинний не був покараний, у ст. 6 проекту нового КПК України як завдання кримінального судочинства подібно до призначення кримінального судочинства РФ (ст. 6 КПК) визначається захист прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб, яким злочином заподіяно шкоду, та недопущення незаконного і необгрунтованого притягнення особи до кримінальної відповідальності, обмеження її прав і свобод.

Критично осмислюючи наведені законодавчі положення чинних КПК України, КПК РФ та проектів нового КПК України, слід зауважити, що закріплення в КПК РФ призначення кримінального судочинства має позитивне значення в нормотворчому процесі, оскільки визначає місце кримінально-процесуальної діяльності в соціально-правовому житті суспільства та держави. Проте відсутність у ньому

[1] Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. А. В. Смирнова — СПб., 2003. — С. 72-73.

[2] *Козявин А. А.* Цели уголовного процесса России: проблемы теоретического, законодательного и социального осмысления // Актуальные проблемы реформирования правовой системы Российской Федерации: Сб. материалов междунар. науч.-практ. коиф. — Ч. III: Уголовно-правовые, криминологические и криминалистические проблемы борьбы с преступностью на современном этапе. — Белгород, 2002. — С. 32.

нормативно визначених мети та завдань є, на нашу думку, суттєвою його прогалиною. Оскільки кожна з цих категорій має своє нормативно-правове і змістовне значення, що дозволяє вибудувати кожне з цих понять у структурі діяльності, надаючи їй цілеспрямованості та змістовності, то у проекті нового КПК України, на нашу думку, слід закріпити окрему норму, яка б визначала мету та завдання кримінального процесу України.

Зважаючи на значущість категорій «мета», «завдання» та «призначення» для сучасного кримінального процесу в умовах розробки проекту нового КПК України, проблема визначення цих понять та їх співвідношення потребує окремого висвітлення і є предметом самостійного дослідження[1]. А тому, не вдаючись докладного її аналізу, зазначимо лише, що мета й завдання ОРД і кримінального процесу є категоріями соціально-правовими, оскільки від них залежить спрямованість заходів суспільства та держави в боротьбі зі злочинністю, захист прав та законних інтересів людини, забезпечення безпеки суспільства та держави від злочинних посягань, обмеження державного втручання в права, свободи та законні інтереси особи. Мета визначає зміст ОРД і Кримінального судочинства і є як орієнтиром, чого повинні прагнути суб'єкти ОРД та кримінального процесу, так і імперативом, що вимагає від них свого втілення. Мета може бути досягнута лише через реалізацію завдань цих видів дів діяльності як певних обов'язкових умов.

Отже, й мета, й завдання ОРД та кримінального процесу повинні мати чітке нормативне закріплення відповідно в Законі про ОРД та в новому КПК України. Оскільки мета й завдання ОРД обумовлюються метою та завданнями кримінального процесу, мета й завдання ОРД мають бути підпорядковані меті й завданням кримінального процесу, то й норми Закону про ОРД і КПК, у яких вони визначені, повинні бути узгоджені між собою.

У кримінальному процесі по-різному визначається його мета. Традиційно як мету кримінального процесу визначають досягнення істини[2]. Метою кримінального процесу називають також правильне ви-

Див.: *Элькинд П. С.* Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве.— Л., 1976; *Зеленецкий В. С.* Возбуждение государственного обвинения в советском уголовном процессе. — Харьков, 1979. — С. 43-46; *Барабаш А. С.* Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. — СПб., 2005; та ін.

[2] Див.: *Барабаш А. С.* Вказана праця. — С. 107-119.

рішення питання про кримінальну відповідальність[1]. Окремі зарубіжні фахівці вважають, що генеральною метою кримінального процесу є встановлення точної судової процедури, забезпечення узгодженості з встановленими законом стандартами[2]. Висловлюється думка, що метою кримінального процесу є вирішення соціального конфлікту[3].

Заслуговує на підтримку й розвиток положення про те, що визначення мети кримінального процесу має враховувати, що ця категорія повинна виконувати багато в чому роль «морального імперативу»[4] для органу дізнання, слідчого, прокурора чи суду. Виходячи з цього положення та керуючись тим, що відповідно до ст. 1 Конституції Україна є правовою державою, концепція якої передбачає надання особі свободи визначати небезпеку для неї того чи іншого злочинного посягання, істотність завданої шкоди та одержувати у зв'язку з цим компенсацію і обирати способи вирішення соціально-правового конфлікту, що виник у результаті вчинення на неї кримінальних посягань, то саме це, а не факт, як держава захистила найважливіший публічний інтерес, але без урахування її особистих інтересів, повинно бути таким «моральним імперативом» при встановленні істини й вирішенні на її ґрунті соціально-правового конфлікту, що виник у зв'язку із завданням вчиненим злочином шкоди особі, суспільству і державі.

Досягнення істини як мета кримінального процесу є відповідністю висновків у кримінальній справі фактичним обставинам вчиненого злочину, оскільки не можна намагатися вирішувати соціальний конфлікт з приводу того чи іншого факту, не знаючи суті самого факту. У зв'язку з цим слід зазначити, що сутність концепції істини, наприклад у німецькому кримінальному процесі, полягає в запереченні можливості досягнення у справі об'єктивної істини. Все, на що здатний суддя, — це, виходячи з самої природи людського пізнання, прагнути відшукати суб'єктивну істину, яка іменується «судовою істиною»,

[1] Уголовный процесе. Элементарный курс / Под ред. Л. Н. Башкатова. — М., 2001. — С 14.

[2] *Andrew Ashworth*. The Criminal Process: An Evaluative Study. — Second Edition. — New York: Oxford University Press, 1998. — P. 8.

[3] Див.: *Козявин А. А.* Цели уголовного процесса России: проблемы теоретического, законодательного и социального осмысления // Актуальные проблемы реформирования правовой системы Российской Федерации: Сб. материалов междунар. науч,-практ. конф. —- Ч. III: Уголовно-правовые, криминологические и криминалистические проблемы борьбы с преступностью на современном этапе. — Белгород, 2002. — С. 30.

[4] Див.: *Пашии С. А.* Чародей научных теорий // Российская юстиция. — 1994. — №8. — С. 31.

«юридичною доведеністю»[1], саме з таких позицій виходили і наші попередники— процесуалісти XIX ст. В. І. Случевський, І. Я. Фойницький та ін.[2] Такий підхід, на наш погляд, відповідає сутності кримінального процесу й законам пізнання.

Встановлення істини як мети кримінального процесу має практичне значення, оскільки орієнтує суб'єктів, що ведуть кримінальний процес (орган дізнання, слідчого, прокурора й суд) та підрозділи, що здійснюють ОРД, у межах їх повноважень на повне дослідження всіх обставин, пов'язаних зі злочином.

Вирішення соціально-правового конфлікту, що виник у зв'язку із завданою злочином шкодою особі, як мета кримінального процесу націлюватиме органи обвинувачення та суд не на притягнення за будь-яку ціну до кримінальної відповідальності особи, що вчинила злочин, а на вирішення соціально-правового конфлікту, який виник у результаті вчинення злочину, на досягнення своєрідного компромісу між публічними та приватними інтересами, де в першу чергу повинні бути забезпечені інтереси потерпілого від злочину— конкретної людини, яка як сама, так і її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека відповідно до ст. 3 Конституції України є найвищою соціальною цінністю в державі.

Водночас слід враховувати, що злочинні посягання об'єктивно спрямовані не лише проти окремої особи. Нерідко об'єктами цих посягань є охоронювані кримінальним законом правовідносини і в інших суспільних та державних сферах. Тому при визначенні мети та завдань кримінального процесу ця обставина також повинна бути врахована.

Отже, метою кримінального процесу повинно бути вирішення соціально-правового конфлікту, що виник у зв'язку із завданням злочином шкоди особі, суспільству та державі, на підставі істини, встановленої уповноваженими на провадження у кримінальній справі особами. Закріплення такої мети в новому КПК України запровадить пріоритет інтересів особи над публічними інтересами, що відповідає засадам розбудови правової держави і громадянського суспільства, де конкретна людина є найвищою соціальною цінністю.

' Див.: *Гуценко К. Ф., Головко Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесе западных государств. — М., 2002. — С. 419.

Див.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. / Печат. по 3-му изд., СПб., 1910. — СПб., 1996. — Т. 2. — С. 164; *Случевскш В.* Учебник русского уголовного процесса. Судоустройство — судопроизводство. — СПб., 1913. — С. 397.

При визначенні завдання кримінального процесу цілком логічно, на наш погляд, до ст. 6 проекту КГЖ України не включено положення про «швидке й повне розкриття злочину», оскільки воно лише заводить в оману правозастосовців та дезорієнтує їх, не будучи наповненим конкретним процесуальним змістом. Так, наприклад, згідно з підпунктом п. 17 Інструкції «Про єдиний облік злочинів» розкритим вважається злочин, якщо прокурором затверджено обвинувальний висновок і кримінальна справа направлена до суду в порядку ст. 232 КПК України[1].

З цього приводу Г. К. Кожевников, здійснюючи порівняльний аналіз завдання кримінального процесу РФ 1960 р. і ст. 6 нового КПК РФ, яка визначає призначення кримінального судочинства, справедливо зауважив, що в ній відсутнє таке класичне завдання кримінального судочинства, як швидке й повне розкриття злочинів. Така позиція, на думку автора, «є обґрунтованою, оскільки розкриття злочинів поза кримінальним процесом не має сенсу: можна мати найповнішу інформацію про вчинений злочин і осіб, що брали участь у його вчиненні, однак поза процесуальною формою, передбаченою кримінально-процесуальним законом, така інформація не може набути доказового значення. У той же час термін «розкриття злочинів» застосовується як практикою, так і наукою кримінального процесу у вузькому розумінні слова: установлення події злочину й особи, що його вчинила. Природно, що для слідчого, прокурора й тим більше суду має значення не сам факт розкриття злочину, а наявність доказів, що викривають особу, винну у вчиненні злочинів. Наявність же в КПК РФ (як і в КПК України. —*М.* 77.) завдання швидкого і повного розкриття злочинів дозволяла вимагати від слідчих (особливо в органах внутрішніх справ) підвищення показників «розкривання злочинів». Якщо ж розглядати «розкриття злочину» в широкому розумінні слова як елемент юридичної відповідальності, то моментом його розкриття є набрання чинності вироком щодо винної особи» .

Тому закінчення досудового слідства й затвердження прокурором обвинувального висновку у кримінальній справі означає не розкриття злочину, а лише закінчення процесуальної діяльності з отримання доказів, достатніх, щоб бути підставою для пред'явлення особі обвинувачення у вчиненні злочину. Розкритим такий злочин можна вважати лише після набрання чинності вироком.

Див.: *Мухин И. И.* Объективная истина и некоторые вопросы оценки судебных доказательств при осуществлении правосудия. — Л., 1971.

Кожевников Г. К. Назначение уголовного судопроизводства по новому УПК РФ // Государство и право. — 2002. — № 10. — С. 114.

Завданнями кримінального процесу, на нашу думку, є: захист прав і законних інтересів осіб, яким злочином завдано шкоду, та недопущення незаконного і необгрунтованого порушення кримінальної справи, пред'явлення обвинувачення, засудження, обмеження прав та свобод людини.

Мета й завдання ОРД обумовлюються метою й завданнями кримінального процесу, але не зводяться лише до останніх , оскільки на ОРД слід покласти й виконання попереджувально-профілактичної функції, а тому для більш чіткого формулювання мети й завдань ОРД і спрямування її на вирішення мети й завдань кримінального судочинства в Законі про ОРД відповідні норми доцільно викласти в такій редакції:

1) «Метою оперативно-розшукової діяльності є попередження й припинення правопорушень, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, та сприяння оперативно-розшуковими засобами реалізації мети й завдань кримінального судочинства;

2) завданнями оперативно-розшукової діяльності є пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб і груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, встановлення й розшук таких осіб та груп для досягнення мети оперативно-розшукової діяльності, а також мети й завдань кримінального судочинства».

Важливим елементом у структурі ОРД і кримінального процесу, що виражає їх активний діяльнісний динамічний аспект, є певні дії як елементарні діяльнісні акти, які у своїй сукупності, будучи узгодженими, взаємопов'язаними й поєднаними між собою загальною метою та завданнями, утворюють відповідно ОРЗ[2] та процесуальні, у тому числі, й слідчі дії. Як ОРЗ в ОРД, так і процесуальні дії в кримінальному процесі є тим засобом, за допомогою якого функціонують об'єктно-суб'єктні відносини цих видів діяльності, здійснюється реалізація їх завдань, їхні цілі перетворюються на результати, реалізуються повно-

[1] Доклад, див.: *Погорецький М. А.* Мета і завдання оперативно-розшукової діяльності // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. — Х., 2004. — Вип. 70. — С 95-103.

[2] Доклад, див.: *Погорецький М. А.* Оперативно-розщукові заходи: поняття і види // Державна безпека України: Наук.-практ. зб. НАН України і СБ України. — К., 2005. — № 1(3). — С 62-67; *Він же.* Оперативно-розшукові заходи: удосконалення правового регулювання // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). Наук.-практ. журнал. — К., 2006. — №. 14. — С 135-145.

важення їх суб'єктів, здійснюється взаємодія цих видів діяльності, у тому числі й шляхом використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі відповідно до напрямів, встановлених законодавством.

Тому для визначення взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу важливим є встановлення співвідношення ОРЗ та процесуальних дій, оскільки саме через процесуальні дії реалізуються матеріали, отримані в ході проведення ОРЗ. Зазначене обумовлює з'ясування поняття та змісту ОРЗ і процесуальних дій, що в теорії ОРД та кримінальному процесі є дискусійним.

Слід зазначити, що, хоча поняття ОРЗ у теорії ОРД, кримінального процесу, криміналістики, законодавстві й практиці належить до фундаментальних категорій, проте ані чинний КПК України, в якому цей термін вживається у ч. 1 ст. 103, ч. 3 ст. 104 КПК поряд з термінами «оперативно-розшукові дії» (ч. 3 ст. 104 КПК), «розшукові дії» (ч. 5 ст. 104, ч. 3 ст. 114 КПК), ані Закон про ОРД не дають його визначення. Сам термін «оперативно-розшуковий захід» навіть не включається до законодавчого визначення поняття ОРД (ст. 2 Закону про ОРД) як невід'ємна її складова, хоча вживається в низці його норм.

Наприклад, у ст. 6 цього Закону про ОРД вказані підстави здійснення ОРД за допомогою ОРЗ. У ст. 7 цього закону зазначається, що оперативні підрозділи зобов'язані вжити необхідних ОРЗ щодо попередження, виявлення, розкриття злочину тощо. Стаття 9 вказаного Закону визначає умови законності проведення ОРЗ. Досліджуючи визначення поняття ОРЗ у сучасних наукових працях з теорії ОРД, КРД, розвідки, криміналістики та кримінального процесу (після прийняття законодавства про ОРД у країнах СНД і Балтії), ми виявили понад 30 його визначень[1].

[1] Див.: *Аверьянова Т. В., Белкин Р.* С, *Корухов Ю. Г., Российская Е. Р.* Криминалистика: Учебник для вузов / Под ред. Р. С. Белкина. — М., 1999. — С. 482; *Шумилов А. Ю.* Юридические основы оперативно-розыскных мероприятий: Учеб. пособие.— М., 1999; *Атмажитов В.* М, *Бобров В. Г.* Об основных направлениях дальнейшего развития теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Актуальные вопросы теории и практики оперативно-розыскной деятельности: Труды Академии управления МВД России.— М., 2001.— С. 20-21; *Антонов В. В.* К вопросу о сущности и содержании оперативно-розыскных мер // Там само. — С. 60-64; *Бобров В. Г.* О правовой природе оперативно-розыскных мероприятий: исходные положения к исследованию проблемы // Там само. — С. 65-73; *Сервецький І. В.* Проблеми теорії оперативно-розшукових заходів // Науковий вісник НА ВСУ. — Ч. ІІ. — 2002. — № 3. — С. 51-59; *Чечетин А. Е.* К вопросу о понятии оперативно-розыскных мероприятий // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Оперативно-розыскная теория и практика в государствах — участниках СНГ): Вневедом. сб. науч.

Для визначення поняття ОРЗ важливим є встановлення його ознак, якими, на наш погляд, є такі: здійснення лише в межах ОРД; здійснення на виконання мети та завдань ОРД; здійснення лише на підставі та у спосіб, визначені законом; здійснення уповноваженими на це державними органами та їх посадовими особами; здійснення як у гласній, так і в негласній формі; те, що організація і тактика проведення ОРЗ становить державну таємницю; встановлення порядку проведення та документування відомчими нормативно-правовими актами.

Таким чином, ОРЗ, на нашу думку, можна визначити як сукупність узгоджених, взаємопов'язаних і поєднаних між собою загальною метою та завданнями дій уповноважених державних органів та їх посадових осіб, що здійснюються на підставі та у спосіб, визначені Законом про ОРД і відомчими нормативно-правовими актами.

Термін «захід» окремими вченими вважається синонімом терміну «засіб»[1]. Це, з нашого погляду, не є помилкою, оскільки засіб в широкому розумінні цього слова тлумачиться як спеціальна дія, що дає можливість здійснити що-небудь, досягти чогось, спосіб, прийом[2].

У науковій та навчальній літературі з ОРД органів внутрішніх справ до засобів ОРД традиційно відносять лише оперативні обліки, оперативно-технічні засоби та службових собак[3].

З цього приводу М. М. Трубніков слушно зазначав, що «предмет взагалі може бути визнаний засобом лише остільки, оскільки цей предмет слугує меті, оскільки має призначення бути засобом певної мети»[4].

Під засобами в загальній теорії права розуміють предмети (явища, процеси), за допомогою яких забезпечується отримання результату

работ / Под ред. А. Ю. Шумилова. — Вып. 6. — М., 2003. — С. 98; *Захарцев С. И.* Оперативно-розыскные мероприятия. Общие положения.— СПб., 2004.— С. 38; *Чечетин А. Е.* О понятии розыскных мер в новом УПК РФ // Уголовное право. — 2004. — № 1.— С. 96-97; Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С постатейным приложением нормативных правовых актов и документов / Авт.-сост. А. Ю. Шумилов. 6-е изд. — М., 2004. — С. 61; та ін.

[1] Див.: *Веселое Ю. И.* Оперативно-розыскные данные и их отличие от доказательств // Труды Омской высшей школы милиции МВД СССР. — 1974. — Вып. 17. — С. 3-20.

[2] Великий тлумачний словник сучасної української мови / Упоряд. і голов, ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь, 2001. — С. 326.

[3] Оперативно-розшукова діяльність органів внутрішніх справ. Загальна частина: Підруч. / За ред. Л. В. Бородича. — Луганськ, 1999. — Т. 1. — С. 134-185; *Атмажитов В.* М, *Бобров В. Г.* Вказана праця. — С. 18.

[4] *Трубников Н. Н.* О категориях «цель», «средство», «результат». — М., 1968. — С. 72.

певної діяльності[1]. Отже, засобами в ОРД, з нашої точки зору, є все те, за допомогою чого забезпечується отримання результату ОРД, у тому числі й ОРЗ.

Слід зауважити, що у чинному Законі про ОРД відсутня окрема норма, яка встановлювала б вичерпний перелік ОРЗ, із розкриттям їх змісту, підстав та порядку проведення, як це має місце, наприклад, у законодавстві про ОРД окремих країн СНД та Балтії[2]. ОРЗ поряд з іншими заходами, що здійснюються оперативно-розшуковими підрозділами, лише у загальній формі вказані у ст. 8 Закону про ОРД, яка встановлює права підрозділів, що здійснюють ОРД. Окремі ОРЗ, а також підстави та порядок їх здійснення, документування й надання їх результатів органам, що ведуть кримінальний процес, передбачені у розрізнених закритих відомчих нормативно-правових актах, які не є доступними для суб'єктів кримінально-про-тдесуальних відносин (слідчих, прокурорів, суддів, обвинувачених, потерпілих, захисників та ін.), це значно ускладнює використання матеріалів ОРД, отриманих у ході проведення таких заходів, у кримінальному судочинстві, негативно позначається на боротьбі зі злочинністю та захисті прав і законних інтересів учасників кримінального процесу й не відповідає вимогам ч. 2 ст. 19 Конституції України, відповідно до якої органи державної влади та їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Проблема ця, як вже нами зазначалося[3], потребує свого вирішення шляхом доповнення відповідною нормою Закону України про ОРД, у якій слід визначити поняття, перелік ОРЗ і підстави проведення кожного з них, а також форму отриманого результату без докладного розкриття їх змісту, який становить державну таємницю.

Аналіз ст. 8 Закону про ОРД, а також відповідних статей законів про ОРД країн-учасниць СНД та країн Балтії дозволяє зробити висновок, що кожен із заходів, які проводять оперативно-розшукові підрозділи в ході ОРД, має свій правовий і організаційно-тактичний характер, що дало можливість окремим науковцям запропонувати їх

Див.: *Алексеев С. С.* Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Советское государство и право. — 1987. — № б. — С. 14; *Він же.* Восхождение к праву: Поиски и решения. — М., 2001. — С. 287-292.

Див.: *Горяинов К. К., Кваша Ю. Ф., Сурков К. В.* Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. — М., 1997. — С. 196-352.

Див.: *Погорецький М. А.* Межі доручень слідчого органу дізнання про проведення оперативно-розшукових заходів // Право України. — 2000. — № 9. — С. 47^-9.

класифікації[1]. Не вдаючись до їх аналізу, зазначимо, що для вирішення проблеми використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі важливими критеріями класифікації ОРЗ, з нашого погляду, є: функціональне призначення; підстави проведення і характер регламентації; форма проведення; форма документування процесу здійснення та отримання результатів. Залежно від функціонального призначення пошуку та фіксації фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які встановлена Кримінальним кодексом України, в межах ОРД можна виділити такі дві групи ОРЗ: оперативно-забезпечувальні та інформаційно-пізнавальні.

Оперативно-забезпечувальні заходи (операції) спрямовані на створення умов проведення інформаційно-пізнавальних заходів з метою отримання матеріалів ОРД. До цієї групи заходів належать вказані у ст. 8 Закону про ОРД: проведення операцій по захопленню підозрюваних осіб чи тих, що вчинили злочини, припиненню злочинів (п. 5); проникнення в злочинну групу негласного працівника оперативного підрозділу або особи, яка співробітничає з останнім, із збереженням у таємниці достовірних даних щодо їх особистості (п. 8); використання допомоги гласних і негласних штатних та позаштатних працівників (п. 12 ст. 8 Закону про ОРД); встановлення конфіденційного співробітництва з особами на засадах добровільності (п. 13 ст. 8 Закону про ОРД); створення з метою конспірації підприємств, організацій, використання документів, які зашифровують особу чи відомчу належність працівників, приміщень і транспортних засобів оперативних підрозділів (п. 16 ст. 8 Закону про ОРД); створення і застосування автоматизованих інформаційних систем (п. 17 ст. 8 Закону про ОРД).

У межах ОРД нами також виділяються оперативні організаційно-управлінські заходи, що проводяться для самозабезпечення функціонування ОРД як самостійної державної діяльнісної системи, а також здійснення ОРЗ. Останні дві групи заходів мають допоміжний забезпечувальний характер для інформаційно-пізнавальних заходів.

Інформаційно-пізнавальні — це заходи, що безпосередньо спрямовані на отримання оперативної інформації відповідно до завдань

[1] Див.: *Горяинов К. К, Кваша Ю. Ф., Сурков К. В.* Вказана праця. — С. 196-198; *Шумилов А. Ю.* Юридические основы оперативно-розыскных мероприятий: Учеб. пособие.— М., 1999— С. 9-Ю; *Сервецький І. В.* Проблеми теорії оперативно-розшукових заходів// Науковий вісник НА ВСУ.— Ч. II.— 2002.— № 3.——— С 51-59; *Захарцев С.* Я Оперативно-розыскные мероприятия. Общие положения. — СПб., 2004. — С. 38.

ОРД. Залежно від мети проведення вони можуть бути розвідувально-пошуковими, розшуковими й контррозвідувальними. У ході цих заходів отримуються матеріали ОРД, що можуть бути використані в кримінальному процесі.

До інформаційно-пізнавальних належать вказані в ст. 8 Закону про ОРД заходи: опитування (п. 1); контрольна та оперативна закупівля й постачання (п. 2); відвідування жилих та інших приміщень за згодою їх власників або мешканців для з'ясування обставин вчиненого злочину або злочину, що готується, а також збирання відомостей про протиправну діяльність підозрюваних або осіб, щодо яких провадиться перевірка (п. 6); негласне виявлення та фіксування слідів тяжкого злочину, документів та інших предметів, що можуть бути доказами підготовки або вчинення такого злочину чи одержання розвідувальної інформації, у тому числі шляхом проникнення оперативного працівника в приміщення, транспортні засоби, на земельні ділянки (п. 7); зняття інформації з каналів зв'язку, застосування інших технічних засобів отримання інформації (п. 9); контроль шляхом відбору за окремими ознаками телеграфно-поштових відправлень (п. 10); здійснення візуального спостереження в громадських місцях із застосуванням фото-, кіно- і відеозйомки, оптичних та радіоприладів, інших технічних засобів (п. 11). Позитивним, на наш погляд, у правовому регулюванні ОРЗ є те, що вперше Наказом МВС України на відомчому рівні визначений їх перелік, а саме: візуальне спостереження; оперативна закупівля; негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи; негласне проникнення до приміщення, у транспортні засоби, на земельні ділянки; зняття інформації з каналів зв'язку; контроль за поштово-телеграфною кореспонденцією; проникнення в злочинну групу або злочинну організацію штатного негласного працівника, офіцера-нелегала, агента оперативного підрозділу органів внутрішніх справ; а також розкрито їх зміст, підстави та порядок проведення.

Водночас слід зазначити, що суттєва розбіжність у визначенні їх переліку та змісту в нормативно-правових актах СБУ та МВС ускладнює на практиці здійснення прокурорського нагляду та судового контролю за їх проведенням та використанням їх результатів у кримінальному процесі.

Залежно від умов проведення ОРЗ можна класифікувати на ті, що обмежують конституційні права людини й можуть проводитися лише, на підставі судового рішення (негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль

за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших засобів одержання інформації, й ті, що не обмежують конституційних прав людини й не потребують такого рішення.

Залежно від форми проведення ОРЗ окремі з них можуть бути як гласними, так і негласними: порушення в установленому законом порядку питання про проведення перевірок фінансово-господарської діяльності підприємств, установ, організацій, витребування, збирання й вивчення документів та даних, що характеризують діяльність підприємств, установ, організацій, а також спосіб життя окремих осіб, підозрюваних у підготовці або вчиненні злочину, джерело та розміри їх доходів; відвідування жилих та інших приміщень за згодою їх власників або мешканців для з'ясування обставин вчиненого або такого, що готується, злочину, а також збирання відомостей про протиправну діяльність підозрюваних або осіб, щодо яких провадиться перевірка. Інші — лише негласними (негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших засобів одержання інформації та ін.

Залежно від форми документування процесу здійснення та отримання результатів їх можна класифікувати на ті, результати яких можуть бути використані лише в інформаційно-тактичних цілях у кримінальному процесі, й ті, результати яких за певних умов відповідно до вимог КПК можуть використовуватися як приводи та підстави до порушення кримінальної справи або проведення слідчих дій і прийняття інших процесуальних рішень, для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі.

При дослідженні ОРЗ слід визначити їх співвідношення з розшуковими заходами органу дізнання, що зазначені у ч. 5 ст. 104, ч. 3 ст. 114 КПК. Обов'язок їх проведення покладається також і на ті органи дізнання, що не уповноважені на здійснення ОРД (це, наприклад, капітани морських суден, що перебувають у далекому плаванні, органи пожежного нагляду та ін.). На наш погляд, ОРЗ, що вказані у ст. 8 Закону про ОРД, можуть проводити лише ті органи дізнання, що визначені у ст. 5 цього Закону. Що ж стосується розшукових заходів, які вказані в ч. 5 ст. 104, ч. 3 ст. 114 КПК, то їх можуть проводити будь-які органи дізнання перелічені у ст. 101 КПК України. Ці заходи не мають статусу оперативно-розшукових, а тому їх перелік, зокрема,

опитування осіб за їх згодою; наведення довідок; витребування документів, предметів; відвідування жилих або інших приміщень за згодою їх власників слід закріпити у КПК України. Результати цих заходів також можуть бути використані в кримінальному процесі.

ОРЗ, до складу яких входять як розвідувально-пошукові, так і контррозвідувальні заходи, що здійснюються суб'єктами ОРД, слід відрізняти від контррозвідувальних заходів, що проводяться контррозвідувальними підрозділами СБУ для отримання фактичних даних про розвідувально-підривну діяльність спеціальних служб іноземних держав і організацій і регламентуються Законом про КРД (статті 6, 7, 8) та відомчими нормативно-правовими актами, що мають обмежений доступ, а також від розвідувальних заходів, що здійснюються розвідувальними органами України з метою отримання інформації, яка необхідна для забезпечення інтересів безпеки громадян, суспільства й держави, і регламентуються таємними відомчими нормативними актами, оскільки Закон України «Про розвідувальні органи України» проведення таких заходів не регламентує, а визначає лише правові основи організації і діяльності спеціальних органів державної влади, які здійснюють розвідувальну діяльність з метою захисту національних інтересів України від зовнішніх загроз, порядок контролю й нагляду за їх діяльністю, а також встановлює правовий статус співробітників цих органів, їх соціальні гарантії.

Слід зазначити, що контррозвідувальні підрозділи СБУ здійснюють поряд з КРД і ОРД. Правові режими цих видів діяльності, а також розвідувальної діяльності розвідувальних органів України та їх заходів мають різний характер. Наприклад, такі заходи, як негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами^ телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів, що проводяться виключно з метою отримання розвідувальної інформації для забезпечення зовнішньої безпеки України, запобігання і припинення розвідувально-підривних посягань спеціальних служб іноземних держав та іноземних організацій, як зазначається в ч. 3 ст. 8 Закону про ОРД, здійснюються в порядку, узгодженому з Генеральним прокурором України та Головою Верховного Суду України.

Як в ОРД ОРЗ є її рушійною силою, так і процесуальна дія у кримінальному процесі є тим, що його приводить у рух, завдяки чому він функціонує і власне є процесом. Питання щодо понять «слідчі дії», «невідкладні слідчі дії», «процесуальні дії», визначення їх переліку та

співвідношення є дискусійними в теорії кримінального процесу та криміналістики[1]. Докладний аналіз цієї проблеми є предметом самостійного наукового дослідження, тому висвітлимо її лише в тих межах, що потрібні для розкриття теми цього підрозділу.

Слід зазначити, що в сучасній кримінально-процесуальній науці склалися два основних підходи до визначення поняття слідчих дій. Поняття «слідча дія» розуміється в широкому значенні. В основу цього підходу покладена належність дій до суб'єкта виконання— слідчого. Відповідно до цього підходу слідчими діями вважаються способи реалізації норм кримінально-процесуального права, тобто всі передбачені кримінально-процесуальним законом дії слідчого, що здійснюються в кримінальній справі, яка перебуває в його провадженні. З урахуванням кримінально-процесуальних завдань ці дії класифікують на такі, що: 1) визначають виникнення та направлення кримінальної справи (винесення постанов про порушення кримінальної справи, про передачу справи за підслідністю, про виділення, об'єднання чи припинення справи, про направлення справи до суду з обвинувальним висновком чи з метою припинення примусових заходів медичного характеру тощо); 2) встановлюють процесуальне положення учасників розслідування (про притягнення особи як обвинуваченого, про визнання потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем, вирішення заяв і клопотань про відводи); 3) спрямовані на збирання та перевірку доказів (допити, огляди, обшуки, виїмки тощо); 4) є запобіжними заходами та іншими заходами процесуального примусу; 5) становлять гарантії прав осіб, що беруть участь у процесі (роз'яснення суб'єктам процесу їх прав, обов'язків, заходи піклування про дітей та охорони майна ув'язненого, пред'явлення обвинувачення, ознайомлення учасників процесу з матеріалами кримінальної справи тощо); 6) спрямовані на усунення причин та умов, що сприяють вчиненню злочину .

[1] Див.: *Горбачов О. В.* Слідчі дії: термінологія, поняття, види// Вісник Академії правових наук України.— 1997.—№2.— С. 125-131; *Шейфер С. А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма. — М., 2001. — С. 55-87; *Аленин Ю. П.* Процессуальные особенности производства следственных действий. — Кировоград, 2002; *Черненко А. П.* Кримінально-процесуальна регламентація слідчих дій: Дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2004; *Кузьмічов В. С, Чорноус Ю. М.* Слідча діяльність: характеристика та напрямки удосконалення.— К., 2005.— С. 22.— С. 399; *Лук'янчиков Є. Д.* Інформаційне забезпечення розслідування злочинів: правові і тактико-криміналістичні аспекти: Автореф. дис. ... д-ра юрид наук. — К., 2005. — С. 13.

Див.: *Ларин А. М.* Расследование по уголовному делу. Планирование, организация.—М., 1970.—С. 147-148.

На наш погляд, такий підхід є необгрунтованим, оскільки він не відображає сутності цих дій і дає підстави ці ж самі дії, якщо виходити із суб'єктів їх проведення, вважати прокурорськими, судовими чи такими, що здійснюються органами дізнання.

Ми поділяємо підхід, заснований на вузькому розумінні терміна «слідчі дії», що пов'язаний з термінами «слід», «дослідження», відповідно до якого слідчі дії визначаються як самостійний елемент регламентованої кримінально-процесуальним законом діяльності слідчого із отримання, дослідження й оцінки доказів[1].

Слід зауважити, що серед тих, хто поділяє таку точку зору немає єдності думок щодо переліку слідчих дій[2]. Прибічники цього підходу визначають слідчі дії або як спосіб збирання та перевірки доказів, систему прийомів та операцій, що реалізується у передбачених процесуальним законом діях слідчого, суду та інших уповноважених на це осіб та органів, призначених для пошуку, виявлення, отримання, закріплення, дослідження фактичних даних (інформації) певного виду[3], або як спосіб збирання й перевірки доказів, що являє собою регламентований кримінально-процесуальним законом і здійснюваний слідчим комплекс пізнавальних і посвідчувальних операцій, які відповідають особливостям слідів певного виду й пристосовані до ефективного відшукання, сприйняття й закріплення доказової інформації, що в них міститься[4], або як передбачені кримінально-процесуальним законом і здійснювані з метою збирання й перевірки доказів заходи, що складаються з сукупності пошукових, пізнавальних і засвідчуваних прийомів, які обумовлені своєрідним поєднанням у кожному з них загальнонаукових методів пізнання, що відповідають особливостям слідів

[1] Див.: *Белкин Р. С.* Курс криминалистики: В 3 т. — М., 1997. — Т. 2. — С. 234.

[2] Див.: *Горбачов О. В.* Слідчі дії: термінологія, поняття, види // Вісник Академії правових наук України. — 1997. —№ 2. . — С. 130; *Шейфер С. А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма. — М., 2001. — С. 56; *Аленин Ю. 77.* Процессуальные особенности производства следственных действий. — Кировоград, 2002. — С. 9; *Кузьмічов В. С, Чорноус Ю. М.* Слідча діяльність: характеристика та напрямки удосконалення. — К., 2005. — С. 218-239.

[3] Див.: *Белкин Р. С.* Способы собирания и проверки доказательств // Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — 2-е изд. — М., 1973. — С . 367.

[4] Див.: *Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. Л.* Кримінальний процес України: Підруч. — К., 1999. — С. 234; *Горбачов О. В.* Поняття і коло слідчих дій // Кримінальний процес України. — Х., 2000. — С. 210; *Шейфер С. А.* Вказана праця. — С 14, 38; *Аленин Ю. П.* Вказана праця. — С. 8; *Тертишник В. М.* Крямінально-процесуальне право України: Підруч. — К., 2003. — С. 478.

злочину і пристосовані для ефективного виявлення, сприйняття й закріплення доказової інформації[1].

Докладний аналіз цього питання є предметом самостійного наукового дослідження. Ми ж зазначимо лише, що, з нашого погляду, законодавчий статус слідчих дій мають ті, які відповідають таким ознакам: передбачені кримінально-процесуальним законодавством; мають пізнавальний характер і безпосередньо спрямовані на отримання, перевірку й оцінку доказів; застосовуються (крім окремих винятків, зазначених у КПК (статті 190, 187, 187[1])) лише після порушення кримінальної справи; підпорядковані єдиним правилам та вимогам щодо фіксації їх ходу й закріплення отриманих результатів, що забезпечує їх об'єктивність; проводяться уповноваженим суб'єктом, що наділений владними повноваженнями примусового характеру.

Сукупність зазначених ознак дає підстави визначити слідчі дії як вид процесуальних дій, передбачених кримінально-процесуальним законом, що здійснюються у визначеному ним порядку уповноваженими на це особами, які наділені владними повноваженнями примусового характеру для отримання доказів (виявлення фактичних даних та їх джерел, їх перевірки й оцінки й надання їм статусу доказів), перевірки й оцінки самих доказів та їх використання у кримінальній справі.

Виходячи з визначеного нами поняття слідчих дій, такими ми вважаємо: 1) допит (підозрюваного, обвинуваченого, свідка, потерпілого, експерта); 2) очну ставку; 3) освідування; 4) огляд (місця події, місцевості, приміщення, предметів, документів, трупа, житла чи іншого володіння особи, кореспонденції); 5) обшук (особистий, у приміщенні, на місцевості); 6) виїмку (звичайну, документів, що містять державну таємницю, поштово-телеграфної кореспонденції); 7) пред'явлення для впізнання (осіб, предметів); 8) відтворення обстановки та обставин події; 9) накладення арешту на кореспонденцію; 10) зняття інформації з каналів зв'язку; 11) одержання зразків для експертного дослідження; 12) експертизу.

Всі інші дії слідчого у кримінальній справі не мають статусу слідчих дій, хоча вони є процесуальними, оскільки здійснюються уповноваженим суб'єктом процесу у визначеній КПК формі й спрямовані на досягнення мети та вирішення завдань кримінального судочинства.

[1] Див.: *Громов 77. И.* Уголовный процесе России: Учеб. пособие. — М., 1998. — С. 275.

У теорії кримінального процесу запропоновано низку класифікацій слідчих дій, в основу яких покладені різні критерії[1]. На нашу думку, для вирішення проблеми використання матеріалів ОРД як підстав для проведення слідчих дій важливою є класифікація останніх за метою проведення. Враховуючи цей критерій, слідчі дії можна поділити на такі види:

1) призначені для виявлення фактичних даних та їх джерел, що можуть відповідно до встановленого КПК порядку бути доказами (допит свідків, потерпілого, обвинуваченого, огляд, обшук, виїмка, освідування, одержання зразків для експертного дослідження; експертиза; накладення арешту на кореспонденцію; зняття інформації з каналів зв'язку);

2) призначені для перевірки вже отриманих доказів (очна ставка, пред'явлення для впізнання, відтворення обстановки й обставин події).

Слід зазначити, що саме необхідність отримання певного доказу в кримінальній справі, виходячи зі змісту фактичних даних та їх джерел, й визначає вибір тієї чи іншої слідчої дії. Запропонована класифікація слідчих дій, як і будь-яка інша, є умовною, оскільки, з одного боку, всі процесуальні рішення у кримінальній справі, в тому числі й будь-які слідчі дії, в кінцевому підсумку спрямовані на отримання доказів у кримінальній справі та на їх підставі прийняття законного й обґрунтованого рішення, а з другого — процес отримання кожного доказу (доказування) включає в себе й елемент перевірки, проте практичне значення цієї класифікації полягає в тому, що вона допомагає визначити приводи та підстави до проведення слідчих дій, якими за певних умов можуть бути й матеріали ОРД.

Виходячи з того, що в ч. 1 ст. 10 Закону про ОРД вказується на те, що матеріали ОРД використовуються як приводи та підстави для проведення невідкладних слідчих дій, закономірно постає питання: що слід розуміти під терміном «невідкладні слідчі дії», чи існують інші — «відкладні»— слідчі дії й чи можуть бути матеріали ОРД для них приводами та підставами. З нашої точки зору, термін «невідкладні» слідчі дії повинен бути виключений з чинної редакції ч. 1 ст. 10 Закону про ОРД, оскільки він для органів досудового розслідування сьогодні не має правового значення, бо в чинній редакції КПК, а також у проекті нового КПК України перелік таких дій відсутній. Наявність

Див.: *Шейфер С. А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма. — М., 2001. — С. 73-88, 198-202; *АленинЮ. П.* Процессуальные особенности производства следственных действий. — Кировоград, 2002. — С. 19-27.

у законодавстві терміна «невідкладні слідчі дії» без його нормативно-правового визначення на практиці викликає труднощі щодо визначення цих дій, оскільки їх перелік виключно для органу дізнання був зазначений у ч. 1 ст. 104 КПК України, де такими діями визнавалися: огляд, обшук, виїмка, освідування, затримання підозрюваного та допит підозрюваного, потерпілого, свідків. Законом України № 3351-ХІІ від 30 червня 1993 р. ця норма була змінена з виключенням цього переліку. У чинному КПК термін «невідкладні слідчі дії» згадується лише в ч. 2 ст. 104 КПК, де визначається обов'язок органу дізнання передати порушену ним справу про тяжкий злочин слідчому через прокурора після проведення «невідкладних» слідчих дій, однак яких саме, не вказується. На нашу думку, виходячи із засад сучасного кримінального процесу, невідкладними слідчими діями, особливо для слідчого, можуть бути будь-які з них і на будь-якому етапі слідства. На практиці, наприклад, вже після огляду місця події найчастіше виникає необхідність у проведенні експертизи, тобто ця слідча дія стає невідкладною, хоча в попередній редакції ч. 1 ст. 104 КПК України вона не вказувалася. Невипадково окремими науковцями ставиться питання про необхідність призначення експертизи та інших слідчих дій ще до порушення кримінальної справи , проте це питання потребує окремого наукового дослідження.

Порівняльний аналіз сутності ОРЗ та слідчих дій дає підстави для висновку, що вони суттєво розрізняються між собою за метою та завданнями проведення; за підставами здійснення; за формою порядком та сферами здійснення; за вимогами щодо фіксації їх ходу та закріплення отриманих результатів; за отриманими результатами; за правовим статусом суб'єктів їх здійснення; за характером правовідносин,

[1] Див.: *Бахин В. П., Ищенко А. В., Кузьмичев В. С, Цымбал П. В.* Проблемы рационализации следствия // Теоретические и практические проблемы обеспечения раскрытия и расследования преступлений криминалистическими методами и средствами. — Киев, 1992. — С. 68-70; *Кузьмічов В. С.* Слідча діяльність: сутність, принципи, криміналістичні прийоми та засоби здійснення: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — К., 1996. — С. 12-13; *Кириченко А. А., Лисиченко В. К.* Теоретические и правовые проблемы криминалистической микрологии.— Харьков, 1997.— С. 94-95; *Кузьмичев В. С.* Теория и практика следственной деятельности. — Киев, 1997; *Каткова Т. В., Каткова Т. Г.* Процессуальные проблемы назначения и производства судебных экспертиз по уголовный делам // Сучасні судово-експертні технології в кримінальному і цивільному судочинстві: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 14-25 березня 2003 р.). — Х., 2003. — С. 76-78; *Чорноус Ю. М.* Слідчі дії: поняття, сутність, напрямки розвитку та удосконалення: Автореф. дис…. канд. юрид. наук. — К., 2005.

що виникають у ході їх здійснення; за об'єктом, формами та методами відомчого контролю, прокурорського нагляду та судового контролю за їх здійсненням, що обумовлює їх відособленість. Водночас ОРЗ і слідчі дії мають певний зв'язок між собою, який проявляється в тому, що так чи інакше реалізація кінцевої мети ОРД щодо сприяння реалізації мети та завдань кримінального процесу може бути здійснена лише через слідчі дії, а з іншого боку, слідчі дії в багатьох випадках не лише не можуть досягти своєї мети без ОРЗ, а й навіть розпочатися за відсутності до цього приводів та підстав. Діалектична єдність їх зв'язку та відособленості свідчить про їх взаємозв'язок.

Аналіз процесуальних заходів, передбачених ч. 4 ст. 97 КПК України, — відібрання пояснень від окремих громадян чи посадових осіб, витребування документів — свідчить про те, що вони за своєю сутністю мають розшуковий характер і практично не відрізняються від гласних оперативно-розшукових заходів, таких як опитування осіб за їх згодою (п. 1 ст. 8 Закону про ОРД); витребування документів (п. 4 ст. 8 Закону про ОРД). На наш погляд, слідчий у сучасному змішаному вітчизняному кримінальному процесі не повинен здійснювати розшукові функції, які є сутністю органів дізнання.

Одним з центральних інтегруючих елементів змісту ОРД та кримінального процесу є їх суб'єкти. Аналіз правового статусу цих суб'єктів свідчить про те, що він є різним у суб'єктів ОРД і кримінального процесу, що вказує на відмінність ОРД і кримінального процесу. Разом із цим, окремі суб'єкти ОРД та кримінального процесу, що виконують функцію органу дізнання (начальник оперативно-розшукового підрозділу й особа, яка здійснює дізнання), уповноважені на виконання функцій ОРД та кримінального процесу, які вони, як правило, у практиці органів СБ України виконують одночасно, що свідчить про взаємозв'язок ОРД та кримінального процесу.

Взаємозв'язок суб'єктів ОРД і кримінального процесу проявляється також при використанні матеріалів ОРД у кримінальному процесі як приводів і підстав для порушення кримінальної справи або проведення слідчих дій та прийняття інших процесуальних рішень; при виконанні підрозділами, що здійснюють ОРД, доручень слідчого чи прокурора про проведення оперативно-розшукових заходів з метою отримання фактичних даних та інформації про їх джерела, що можуть бути використані для отримання доказів у кримінальній справі, та надання таких матеріалів суб'єктам, що ведуть кримінальний процес, особами, які здійснюють ОРД, за власною ініціативою; при перевірці заяв або

повідомлень про злочин до порушення кримінальної справи шляхом проведення ОРЗ.

Важливе значення для суб'єктів, що ведуть кримінальний процес, має знання правового статусу суб'єктів ОРД, оскільки під час розслідування чи судового розгляду справи при дослідженні та оцінці матеріалів ОРД у ході використання їх у кримінальному процесі відповідно до визначених законодавством напрямів нерідко виникає необхідність встановлення повноважень тих або інших суб'єктів ОРД на санкціонування чи проведення ОРЗ, допиту як свідків учасників ОРЗ про обставини злочину, який вони спостерігали чи документували, або про обставини отримання тих чи інших матеріалів ОРД, а також при вирішенні проблем взаємодії органів слідства та дізнання в ході проведення слідчих дій та ОРЗ тощо. Відповідно до відомчих нормативно-правових актів суб'єкти ОРД мають неоднаковий правовий статус в ОРД, що обумовлює порядок їх залучення до участі в кримінальному процесі як свідків, спеціалістів, експертів тощо. Суб'єктами ОРД ми вважаємо осіб, які уповноважені на здійснення ОРД, тих, які залучаються до негласного конфіденційного співробітництва з оперативно-розшуковими підрозділами, тих, які є об'єктами оперативно-розшукових справ, оскільки у кожного з названих суб'єктів у зв'язку з відношенням їх до ОРД виникають певні права та обов'язки, що визначають їх правовий статус як суб'єктів ОРД, який, у свою чергу, визначає можливість їх участі в тому чи іншому статусі як суб'єктів кримінального процесу[1].

Хоча результат ОРД та кримінального процесу не є структурним їх елементом, проте, будучи підсумком цих видів діяльності, він також дає можливість визначити їх взаємозв'язок.

[1] Виходячи з цього, нам здаються непереконливими твердження науковців, які вважають, що суб'єктами ОРД є лише «уповноважені на це суб'єкти» *{Тертнш-никВ.М.* Кримінально-процесуальне право України: Навч. посіб.— К., 1999.— С 8), «органи дізнання» *(Клименко В. М.* Проблеми встановлення доказів в оперативно-розшуковій інформації// Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. — 1999. — № 1. — С 10) чи «спеціально уповноважені державні органи законодавчої, виконавчої і судової влади та оперативні підрозділи» *{Бандурка О. М.* Оперативно-розшукова діяльність: Підруч. — Ч. І. — Х., 2002. — С. 56-57). Слід зауважити, що не всі органи дізнання, які вказані у ст. 101 КПК України, уповноважені відповідно до ст. 5 Закону про ОРД на здійснення ОРД. Не є суб'єктами ОРД органи законодавчої і судової влади. Щодо ОРД вони відповідно до ч. 2 ст. 8 та ст. 14 Закону про ОРД здійснюють контрольно-наглядові функції.

Для правильного вирішення питання про роль результату для ОРД і кримінального процесу потрібно співвіднести його з тими завданнями й цілями, які ставляться перед їх суб'єктами. Таке співвіднесення необхідне не лише тому, що результат є здійснюваною метою ОРД і кримінального процесу, а й для встановлення соціальної цінності та ефективності ОРД і кримінального процесу як специфічного державно-правого механізму (їх норм, заходів, засобів і способів, методів, прийнятих рішень тощо). Результат є тим, заради чого здійснюються ці види діяльності. Результат будь-яких видів діяльності може бути як позитивним, якщо мета досягнута, так і негативним, якщо не вдалося досягти мети. Тому, виходячи з визначених нами мети ОРД і мети кримінального процесу, їх кінцевими результатами відповідно є: для кримінального процесу — вирішення соціально-правового конфлікту, що виник у зв'язку із завданням злочином шкоди особі, суспільству та державі, на підставі встановленої істини уповноваженими на провадження у кримінальній справі особами, а для ОРД, що здійснюється в інтересах кримінального процесу, — сприяння оперативно-розшуковими засобами реалізації завдань кримінального судочинства.

При цьому слід зазначити, що конкретна оперативно-розшукова дія, кожний ОРЗ чи оперативно-розшукова операція, кожна слідча дія, кожна стадія або етап ОРД чи кримінального процесу має свій результат, який є підсумком реалізації їх мети. Важливе значення в контексті вирішення проблеми використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі мають результати ОРЗ: оперативно-розшукова інформація й матеріали ОРД, які будуть предметом дослідження у наступних параграфах роботи.

Викладене дає підстави для висновку, що взаємодія і взаємовідносини зазначених структурних елементів змісту ОРД і кримінального процесу вказують на те, що ці види діяльності є цілісними соціально-правовими утвореннями, які можна уявити як самостійні функціональні системи — сукупність об'єднаних, взаємопов'язаних і розміщених у відповідному порядку елементів (частин); вони піддаються структурно-функціональному аналізу, суть якого полягає в тому, що кожний елемент їх структури має своє чітко визначене функціональне призначення, взаємодіє з іншими в загальній системі, залежить від них і визначає специфіку їх структури.

Порівняльний аналіз зазначених структурних елементів змісту ОРД і кримінального процесу дозволяє зробити висновок, що вони як самостійні діяльнісні системи перебувають у взаємозв'язку, який проявляється у різних його формах; зміна певних властивостей і станів кожного з них спричиняє відповідні зміни в іншому. Цей взаємозв'язок має тенденцію до посилення, яка проявляється в зближенні органів розшуку й досудового слідства, що обумовлюється необхідністю удосконалення правового механізму підвищення ефективності боротьби зі злочинністю та захисту прав і законних інтересів людини, забезпечення безпеки суспільства й держави від злочинних посягань.

Зміст ОРД і кримінального процесу, як і будь-якої діяльності, має свою форму[1], яка одночасно, як зазначав Гегель, «міститься в змісті

[1] Відомчим нормативним актом СБ України встановлені такі організаційно-правові форми (провадження) ОРД: оперативний розшук, оперативна розробка, оперативний супровід кримінального судочинства, оперативно-розшукова операція, що проводяться у межах відповідних оперативно-розшукових справ: справа оперативного розшуку, справа оперативної розробки, справа супроводу кримінального судочинства, справа оперативно-розшукової операції.

Аналіз форм ОРД дає підстави для розробки її стадій, оскільки вона, як і будь-яка інша діяльність, має стадійний характер. Практичне значення вирішення цього питання полягає в тому, що воно, на наш погляд, уніфікує процес документування діянь окремих осіб та груп з ознаками злочину від моменту їх виявлення в ході ОРД і до використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі.

В органах МВС організаційно-правовими формами ОРД є: оперативний пошук осіб, предметів і подій (фактів), які викликають оперативний інтерес; оперативно-розшукова профілактика; оперативна розробка.

Відповідно до відомчого наказу МВС на особу або групу осіб, які готують злочин; на особу або групу осіб, які вчинили злочин і у тому числі за наявності порушеної кримінальної справи (для оперативного супроводження розслідування кримінальної справи) або на виконання письмового доручення слідчого, вказівки прокурора та ухвали суду про проведення оперативно-розшукових заходів у справах, що перебувають у їх провадженні; у разі наявності реальної загрози життю, здоров'ю, житлу, майну працівників суду і правоохоронних органів у зв'язку зі службовою діяльністю, а також особам, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членам їх сімей та близьким родичам ведеться оперативно-розшукова справа «Захист»; для розкриття тяжких злочинів, які вчинені невстановленими особами, — оперативно-розшукова справа «Злочин»; для розшуку осіб, які переховуються від органів розслідування, суду та слідства або ухиляються від відбуття покарання, та осіб, безвісно відсутніх, — оперативно-розшукова справа «Розшук».

На відміну від ОРД, кримінальний процес має свої властиві йому форми (провадження): загальна форма провадження у кримінальній справі, застосування примусових заходів медичного характеру, протокольна форма досудовОЇ підготовки матеріалів, провадження у справах про злочини неповнолітніх, а також такі стадії: порушення провадження у кримінальній справі; досудове слідство; попередній розгляд справи суддею; судовий розгляд справи; провадження в апеляційній інстанції; виконання вироків, ухвал і постанов судді (суду), що набрали чинності; провадження в касаційній інстанції; перегляд судових рішень у порядку виключного провадження.

й являє собою дещо зовнішнє до нього»[1]. Поняття «форма ОРД», «форма кримінального процесу», виходячи з філософського розуміння цієї категорії", слід вживати у розумінні зовнішньої межі їх змісту, внутрішньої структури змісту, а також змісту їх окремих стадій, етапів, проваджень. Форма в ОРД і кримінальному процесі забезпечує взаємозв'язок, найбільш доцільну залежність їх елементів, що вносить до їх співвідношення упорядкованість, доцільність, стабільність, чітку спрямованість на досягнення певного результату. Слід зазначити, що не лише ОРД і кримінальний процес в цілому, а й оперативно-розшукові дії, ОРЗ, оперативно-розшукова операція й процесуальна дія, а також будь-які стадії, види проваджень ОРД і кримінального процесу мають свої форми, які, як і структурні елементи їх змісту, відрізняють ці види діяльності одну від одної, а також від інших видів діяльності, наприклад, ОРД від зовнішньої розвідки та КРД СБУ.

Особливе значення процесуальна форма має для кримінального процесу[3], оскільки встановлює процесуальний порядок провадження як окремих процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень, так і в цілому провадження у кримінальній справі, забезпечуючи законність процесу та дотримання прав і законних інтересів учасників процесу. З огляду на це вважаємо за необхідне кримінальний процес розвивати у напрямку посилення процесуальної форми шляхом встановлення таких процедур, які б виключали можливість довільного тлумачення та застосування тих чи інших процесуальних норм на розсуд осіб, що ведуть кримінальну справу, в тому числі форм використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі, оскільки це може призводити до порушення чинного законодавства, прав людини. Водночас тенденції до посилення формалізації ОРД, надання їй процесуального статусу в кримінально-процесуальному законі, що мають місце останнім часом і підтримуються окремими науковцями[4], на наш погляд,

[1] Див.: *Гегель.* Сочинения. — Т. 1: Энциклопедия философских наук. — Ч. 1: Логика. — М., 1930. — С. 224.

Див.: *Тугаринов В. П.* Соотношение категорий диалектического материализма.—Л., 1956.—С. 13.

Див.: *Якуб В. Н.* Содержание и формы уголовного судопроизводства. — Мн., 1974. — С. 102-103; *Він же.* Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве.— М.: 1981.— С. 9; Кримінальний процес України: Підруч. / Коваленко Є. Г., Маляренко В. Т. — К., 2004. — С 19-23.

[4] Див.: *Дідоренко Е. О., Кириченко С. О., Розовський Б. Г.* Процесуальна регламентація оперативно-розшукової діяльності потребує завершення: Наук. доп. — Луганськ, 2002; Оперативно-розыскная деятельность: Учебник / Под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, Г. К. Синилова, А. И. Шумилова. — М., 2004. — С. 433-421.

завадять її оперативності (швидкості, неперервності, наступальності) у непередбачуваних ситуаціях, які стрімко розвиваються і потребують миттєвих ризикованих рішень та дій для реагування на протиправну діяльність та її документування, де немає місця складанню докладних процесуальних документів згідно з чітко встановленими формами. Тому при правовому врегулюванні ОРД слід виходити із «загальних дозволів» та «загальних заборон» у праві[1], не розкриваючи в законі форм та методів ОРЗ, які відповідно до Закону України від 21 січня 1994 р. «Про державну таємницю» становлять державну таємницю, прописавши докладно лише ті норми, які регулюють підстави та порядок проведення ОРЗ, що обмежують конституційні права громадян.

Мета, завдання, характер ОРД і кримінального процесу, їх зміст та форма зумовлюють і принципи їх функціонування, які за своїм власним змістом є також критеріями їх розрізнення. Так, наприклад, ОРД характерні такі принципи, як конспіративність, конфіденційність, використання негласних методів (агентурне впровадження, провокація тощо)[2], що не сумісні з кримінальним процесом, для якого визначальними є такі основні принципи, як змагальність, гласність, усність і безпосередність, забезпечення права підозрюваному, обвинуваченому, підсудному на захист, що не відповідають сутності ОРД.

Відособленість ОРД від кримінального процесу проявляється й у реалізації функцій вирішення відповідно оперативно-розшукової і кримінальної справи. Так, якщо у кримінальному процесі, як справедливо зазначає Ю. М. Грошевий, існують три головні функції: обвинувачення (кримінальне переслідування); захист; вирішення справи (правосуддя)[3], які в ході провадження у кримінальній справі реалізуються в повному обсязі, то ОРД лише сприяє кримінальному процесу в реалізації цих функцій.

[1] Див.: *Зеленецкий В. С.* Проблемы инициации доследственного уголовного процесса // Весы Фемиды. — Симферополь, 2001. — № 2(18). — С. 6-14.

[2] Див.: *Погорецький М. А.* Принципи здійснення оперативно-розшукової діяльності // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. — Х., 2001. —Вип. 50. —С 138-145.

[3] Кримінальний процес України: Підруч. для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / За ред. Ю. М. Грошевого та В. М. Хотенця. — Х., 2000. — С 23.

Співвідношення ОРД і кримінального процесу проявляється і в тому, що ОРД починається з отримання в установленому порядку достатньої інформації, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів, про: злочини, що готуються або вчинені невстановленими особами; осіб, які готують або вчинили злочин; осіб, які переховуються від органів розслідування, суду або ухиляються від відбування покарання (ст. 6 Закону про ОРД), тобто ОРД може починатися як до початку кримінального процесу, так і з його початком і супроводжувати його до набрання чинності відповідним кримінально-процесуальним рішенням, виконуючи інформаційно-забезпечувальну функцію кримінально-процесуальної діяльності на всіх її стадіях (пункти 1, 2, 3 ст. 9 Закону про ОРД), відіграючи особливу роль у формуванні інформаційної основи для прийняття процесуальних рішень у кримінальному процесі.

Досліджуючи взаємозв'язок ОРД і кримінального процесу через аналіз структурних елементів їх змісту, форм та їх сутнісних ознак, ми дійшли висновку про необхідність уточнення понять кримінального процесу і ОРД, а також їх взаємозв'язку.

Кримінальний процес — це визначена законом діяльність уповноважених органів, посадових та інших осіб, що залучаються до участі у кримінальній справі, яка здійснюється у формі правових відносин і спрямована на вирішення соціально-правового конфлікту, що виник у зв'язку із завданням злочином шкоди особі, суспільству та державі, на підставі встановленої у кримінальній справі істини.

Оперативно-розшукова діяльність— це самостійний вид правоохоронної діяльності, що здійснюється в установленому законом порядку уповноваженими на це державними органами та їх посадовими особами у формі правових відносин шляхом проведення комплексу організаційно-управлінських та оперативно-розшукових заходів, спрямованих на пошук і фіксацію фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, їх встановлення та розшук з метою попередження, припинення цих правопорушень, а також сприяння досягненню мети й завдань кримінального судочинства.

Взаємозв'язок ОРД і кримінального процесу — це відношення їхньої залежності одне від одного, яка проявляється в об'єкті їх спрямування, в меті та завданнях, засобах здійснення, у взаємодії їх суб'єктів й отриманих результатах.

§ 2. Єдність гносеологічної природи операгивно-розшукової діяльності і кримінального процесу

Розкриття сутності взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу передбачає дослідження єдності їх гносеологічної природи й особливостей пізнання в цих видах діяльності, що становить їх основний зміст, методологічною основою якого є філософське вчення діалектичного матеріалізму про пізнавальність об'єктивної дійсності й те коло гносеологічних питань, що пов'язані з цим вченням: про розуміння й структуру процесу пізнання; про первинність матеріального світу і здатність людської свідомості його правильно відбивати; про єдність чуттєвого сприйняття, практичної та розумової діяльності; про всебічній підхід до вивчення явищ об'єктивної дійсності, їх взаємозв'язки та взаємообумовленості; про об'єкт, предмет, засоби й суб'єктів пізнання; про методи пізнання; про зміст знань, отриманих у ході пізнання, та їхню характеристику тощо'.

Пізнання у філософії діалектичного матеріалізму визначається як отримання результатів істинного уявлення про що-небудь, отримання певних знань як продукту суспільно-трудової і розумової діяльності людей, що є ідеальним відтворенням у мовній формі об'єктивно закономірних зв'язків практичного перетворення об'єктивного світу .

Основною складовою гносеології діалектичного матеріалізму є теорія відбиття. Під здатністю відбиття у філософії діалектичного матеріалізму розуміється така властивість матерії, коли в результаті взаємодії матеріальні об'єкти, змінюючись під впливом інших, відбивають, відтворюють, запам'ятовують деякі особливості цього впливу, що обумовлює їх пізнання .

[1] Див.: *Лузгин И. М.* Расследование как процесе познания. — М., 1969. — С. 5; *Якубович Н. А.* Теоретические основы предварительного следствия: Учебн. пособие. — М., 1971.— С. 7; *Кондаков Н. И.* Логический словарь-справочник / Отв. ред. Д. П. Горский. — М., 1975. — С. 451; *Алексеев П. В., Панин А. В.* Теория познания и диалектика: Учеб. пособие для вузов. — М., 1991. — С. 5-14; *Спиркин А. Г.* Философия: Учебник.— М., 1998.— С. 448-450; Філософія: Підруч. / За заг. ред. Горлача М. L, Кременя В. Г., Рибалка В. К. — Х., 2001. — С. 469.

[2] Див.: *Кондаков Н. И.* Вказана праця. — С. 451; *Алексеев П. В., Панин А. В.* Вказана праця. — С. 5-14; Філософія: Підруч. / За заг. ред. Горлача М. І,, Кременя В. Г., Рибалка В. К. — Х., 2001. — С. 448-450.

[3] Див.: *Павлов Тодор.* Основные вопросы диалектико-материалистической теории познания: Избр. философ, произвел: В 3 т. — М., 1962; *Тюхтин В.* С. Информация, отражение, познание // Наука и жизнь. — 1966. — № 1. — С. 17; *Украинцев Б. С.* Информация и отражение// Вопросы философии. — 1966. — № 2. — С. 31; *Жуков Н. И.* Информация. — Мн., 1966. — С. 15; *Украинцев Б. С.* Отображение в неживой природе. —

В останні роки теорія відбиття піддається критиці, в тому числі й окремими фахівцями в галузі ОРД та кримінального процесу[1]. Сучасна матеріалістична гносеологія справедливо відкидає наївно-реалістичні концепції, відповідно до яких відбиття є повторенням однієї речі в іншій, «ізоморфним відбитком будови одного тіла в іншому» .

Виходячи із засад сучасної гносеології, відбиття події злочину в навколишньому середовищі на матеріальних об'єктах є не простим його віддзеркаленням, а являє собою складний матеріальний психофізіологічний процес, який обумовлює специфіку утворення відповідних слідів, а тому воно не завжди тотожне пізнанню обставин злочину. Таке відбиття може бути як простим, так і мати складний багатоступеневий характер як результат взаємодії двох систем: тієї, що відбиває, і тієї, що відбивається. Такий підхід, як справедливо зазначається у філософській літературі, дозволяє вивчити ці системи як об'єкт пізнання, як організовану множину окремих їх елементів, якими є будь-які явища, фізичні процеси, властивості суб'єктів, що перебувають у взаємозв'язку, структуру внутрішньої організації систем, їх цілісність і якісні зміни . У цьому контексті О. В. Левченко слушно зазначає, що розуміння відбиття винятково як віддзеркалення у свідомості зовнішніх обставин є рецидивом метафізичного підходу, оскільки творча активність людини за такого підходу або взагалі виключається з розгляду, або обмежується сферою теорії .

Відповідно до теорії відбиття підготовлюваний, такий, що вчиняється, чи вчинений злочин як явище об'єктивної дійсності і як матеріальний процес пов'язаний з нею різноманітними внутрішніми та зовнішніми зв'язками, що мають об'єктивно-суб'єктивний характер і як складні динамічні системи здатні відбиватися в навколишньому середовищі на об'єктах матеріального світу: предметах, речовинах, на тілі жертви і самого злочинця, в мозку людини (в пам'яті їх очевидців та

М, 1969. — С 86; *Урсул А. Д.* Отражение и информация. — М, 1973; *Він же.* Проблема информации в современной науке. Философские очерки. — М., 1975. — С. 62, 71; *Коршунов А. М.* Отражение, деятельность, познание. — М, 1979. — С. 33-35.

[1] Див.: *Статкус В. Ф.* Практика— критерий истины // Информационный бюллетень Академии Управления МВД России. — М., 2000. — № 10. — С. 8; *Левченко О. В.* Уголовно-процессуальное познание и его роль в установлении истины по делу // Государство и право. — 2003. — № 4. — С. 68-69.

[2] Див.: *Коршунов А. М.* Вказана праця. — С. 34.

[3] Див.: *Свидерский В. И.* О динамике элементов и структуры в объективном мире и познании. — М. — С. 10-11.

[4] Див.: *Левченко О. В.* Вказана праця. — С. 68.

учасників). У результаті первинного відбиття утворюються сліди , що являють собою так звані первинні носії (джерела) інформації, які зберігаються певний час і можуть бути пізнані засобами ОРД і кримінального процесу, а через їх пізнання можуть бути пізнані й самі обставини зазначених злочинів. Характеристика таких слідів залежить від виду злочинів. Отже, джерелами інформації про злочин у широкому розумінні залежно від суб'єктів, які її сприймали, є сама його подія, явище, предмети, люди та їх взаємодія. Але сама подія недоступна для пізнання у кримінальному процесі, її можна пізнати лише ретроспективно — за слідами злочину.

З цього приводу Р. С Бєлкін слушно зазначав, що подія злочину є одним з матеріальних процесів дійсності, перебуває у зв'язку та взаємообумовленості з іншими процесами, подіями та явищами, відбивається в них і сама є відбиттям якихось процесів[2], а Ю. М. Грошевий переконливо довів, що «відбиття, залежно від специфіки оригіналу та об'єкта, який відображує (суб'єкт), виступає у предметній (речовій) та психічній (уявній) формах. Остання є суб'єктивною формою психічного відображення конкретної реальної події» .

Обставини злочину та їх сліди як факти[4] об'єктивної дійсності існують об'єктивно і незалежно від суб'єктів їх пізнання (працівників

[1] Ми поділяємо думку тих вчених, які, виходячи із засад матеріалістичної гносеології, вважають, що слід (джерело інформації), що утворюється в результаті злочину, завжди є матеріальним, навіть якщо він зберігається у пам'яті людини. В цьому випадку є відображення сліду (психофізіологічний процес) на матеріальному об'єкті — мозку людини. — Див.: *Сулейманов Д. И.* Концептуальные основы использования информации при раскрытии преступлений: Автреф. дис… д-ра юрид. наук. — Киев, 1997. — С. 31; *Лук'янчиков Є. Д.* Інформаційне забезпечення розслідування злочинів: правові ітактико-криміналістичні аспекти: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук.— К., 2005.— С 12-13; *Він же.* Методологічні засади інформаційного забезпечення розслідування злочинів: Монографія. — К., 2005. — С 47.

[2] Див.: *Белкин Р. С.* Ленинская теория отражения и методологические проблемы советской криминалистики. — М., 1970. — С. 9.

[3] Див.: *Грошевої! Ю.* Деякі проблеми кримінально-процесуальної теорії// Вісник Академія правових наук України. — 2004. — № 3 (38). — С 141.

[4] У філософській літературі даються різні трактування факту. Фактом, — пише П. В. Копнін, — називають самі явища, речі й події; фактом вважають наші відчуття й сприйняття речей та їхніх властивостей; під фактом розуміють незаперечні теоретичні положення, якими хочуть щось довести або спростувати *(Копнин П. В.* Диалектика как логика и теория познания: Опыт логико-гносеологического исследования. — М., 1973. — С. 47); фактом визнається специфічна суб'єктивна форма відбиття об'єктивної дійсності *{Кузьмин В. Ф.* Объективное и субъективное (анализ процесса познания). — М., 1976. — С. 149); форма людського знання, якій властива достовірність (вірогідність) *{Махов А. С.* Ленинская методология социального познания. — М., 1974. — С. 205).

підрозділів, що здійснюють ОРД, слідчого та ін.) і можуть стати об'єктом їх пізнання лише в разі включення до пізнавального процесу. Таким чином, унаслідок події злочину утворюються сліди, які є первинним джерелом інформації про неї, а не судові докази, як вважають окремі автори, які необгрунтовано, на наш погляд, називають перший етап (структурний елемент) доказування «збиранням доказів»[1], що не відповідає сутності матеріалістичної теорії пізнання й процесу доказування у теорії ОРД та кримінального процесу.

У літературі рух пізнання описується найчастіше традиційно визначеним кліше: від живого споглядання до абстрактного мислення й від нього до практики . Однак така позиція не поділяється окремими сучасними науковцями, оскільки вона, на їх думку, не повно й спрощено відображає процес пізнання, зокрема в ОРД та кримінальному процесі[3]. З цього приводу О. В. Левченко справедливо зауважує, що проблема вихідного пункту пізнання винятково складна, оскільки пізнання ґрунтується на предметно-речовому типі людської діяльності. Його джерелом є практичний наочно-діючий інтелект, зрощений з предметною активністю. Пізнання спирається на певний наявний запас знань і не може починатися з «нічого». Є лише можливість продовжити його, відправляючись від вихідних (початкових) знань. Пізнання пов'язане з певною мовою, різними знаковими системами. Воно цілеспрямоване, вибіркове . Слушною в цьому контексті є думка Є. Д. Лук'янчикова, що обсяг інформації, який може бути одержаний із слідів, залежить від рівня володіння дослідником відповідними знаннями, оскільки сам слід, хоча й містить необхідну інформацію, але не «видає» її, тому, щоб її отримати, особа, яка його вивчає, повинна мати відповідний запас знань про це'. Здатність людини

[1] Див.: *Белкин Р. С.* Перспективы развития советской криминалистики// Труды ВШ МООП СССР. — М., 1967. — Вып. 15. — С. 3-11; *Він же.* Теория доказывания: Науч.-метод. пособие. — М., 1999. — С. 1, 139-149.

[2] Див.: *Ленин В. И.* Конспект книги Гегеля «Наука логики» // Поли. собр. соч. — Т. 29. — М,, 1963. — С. 152-153.

[3] Див.: *Статкус В. Ф.* Практика— критерий истины // Информационный бюллетень Академии Управления МВД России. — М., 2000. — № 10. — С. 8; *Левченко О. В.* Уголовно-процессуальное познание и его роль в установлении истины по делу // Государство и право. — 2003. — № 4. — С. 68-69.

[4] *Левченко О. В.* Вказана праця. — С. 68.

[5] *Лук 'янчиков Є. Д.* Інформаційне забезпечення розслідування злочинів: правові і тактико-криміналістичні аспекти: Автореф. дис. ... д-ра юрид наук.— К., 2005. —С 12.

до пізнання виявляється в двох основних формах: у почуттєвому сприйнятті й логічному міркуванні. Це означає, що в «роботу» почуттєвого сприйняття завжди включається попередній суспільно-історичний досвід людства, тому отримана інформація осмислюється певною людиною за допомогою вже накопичених знань з урахуванням життєвого досвіду, представленого у логіці понять, структурі цінностей і цілей, спрямованості уваги тощо[1].

Аналізуючи рух пізнання, Ю. М. Грошевий справедливо зауважив, що емпіричне є дійсно початком пізнання, але в розумінні не споглядального, а вихідного будівельного матеріалу знання, яке утягується в процес пізнавальної діяльності. Пізнання обставин, що підлягають установленню в кримінальному процесі, зазначає правник, рухається не від почуттєво сприйнятих їх суб'єктами відомостей, що містяться в їх джерелах, до формально-нормативної абстракції (нормативного опису кримінально-правової заборони), й не від неї до почуттєво сприйнятого конкретного факту, а від одного теоретично осмисленого факту в його правовому значенні до іншого[2].

Водночас ця позиція, на наш погляд, потребує певного уточнення. Безперечно, у ході пізнання суб'єкти ОРД та кримінального процесу здійснюють теоретичне осмислення факту злочину чи утворення його слідів, однак, перш ніж його осмислювати, необхідно встановити з ним чуттєвий контакт (про нього почути, побачити його сліди, тобто визначити те, що підлягає теоретичному осмисленню), тому, виходячи із засад гносеології, пізнання в ОРД та кримінальному процесі починається саме з чуттєвого контакту з об'єктом пізнання, з «живого споглядання», під яким ми розуміємо чуттєве відображення обставин злочину та їх слідів у таких формах, як відчуття, сприйняття та уявлення. Всі ці форми, як і пізнання в цілому, опосередковані та обумовлені практичною діяльністю суб'єктів ОРД і кримінального процесу.

Відчуття -— це відображення окремих властивостей обставин злочину та їх слідів внаслідок їхнього безпосереднього впливу на органи чуття очевидців та учасників злочину й суб'єктів, що здійснюють ОРД та ведуть кримінальний процес, це ті канали, які зв'язують суб'єкт

[1] Див.: *Сеченов М. И.* Избранные философские и психологические произведения.— М., 1947. — С. *Ъ\\;БунгеМ.* Интуиция и наука. — М, 1967.— С. 110; *Грошевой Ю. М.* Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. — Харьков, 1979. — С. 14—15; *Шумило М. Є.* Реабілітація в кримінальному процесі України. — Х., 2001. — С. 123.

[2] Див.: *Грошевой Ю. М.* Вказана праця. — С. 11.

з об'єктом пізнання. Але, будучи результатом безпосереднього впливу лише окремих властивостей та сторін об'єкта, відчуття, хоч і є джерелом пізнання, проте неспроможне дати цілісну характеристику обставин підготовки та вчинення злочину й утворення їх слідів.

Обставини злочину та їх сліди акумулюють і спрямовують на органи чуття відповідно очевидців та учасників злочину, оперативних працівників і осіб, що ведуть кримінальний процес, значний масив інформації, яка сприймається ними не в повному обсязі, оскільки органи чуття можуть реагувати на зовнішні подразники лише в певних межах, що не є постійними. Вони можуть змінюватися залежно від умов сприйняття, сили подразника, часу та інтенсивності впливу. На повноту й достовірність сприйняття впливає і стан організму зазначених суб'єктів, фізичні чи психічні розлади, що можуть призводити до слухових і зорових галюцинацій, тощо. Відчуття залежить також від тривалості подразнення. Органи почуттів мають властивість пристосовуватися до діючого на них подразника, в результаті чого змінюється їх чутливість. На стан чутливості впливає також і одночасна дія кількох подразників на інші органи. Наприклад, гострота сприйняття органів зору і слуху підвищується в холодну погоду і, навпаки, знижується в спеку. Фактором, що впливає на чутливість, є також контраст відчуттів. Він виникає тоді, коли діючий подразник протилежний попередньому або коли одночасно діють декілька протилежних подразників .

Більш складною формою відбиття є сприйняття як чуттєве відображення обставин злочину в сукупності притаманних їм властивостей за безпосередньої дії їх на органи чутгя людини. Сприйняття — це цілісний, багатоаспектний чуттєвий образ[2] обставин злочину, який виникає на основі відчуттів, але не є їхньою механічною сумою. Це якісно нова форма його чуттєвого відображення, яка виконує дві взаємопов'язані функції: пізнавальну та регулятивну. Пізнавальна функція розкриває властивості та структуру об'єкта, а регулятивна — спрямовує практичну діяльність суб'єкта згідно з цими властивостями об'єктів. Сприйняттю властивий активний характер суб'єктів пізнання. Він складається з осмислення об'єкта пізнання та його розуміння.

[1] Див.: *Шумило М. Є.* Реабілітація в кримінальному процесі України. — Х., 2001. — С 127.

[2] Образ — це такий результат пізнання суб'єктом об'єкта, упорядкованість елементів якого відповідає впорядкованості властивостей, зв'язків і відносин об'єкта-оригіналу. —Див.: *Тюхтин В. С.* Отражение, система, кибернетика. Теория отражения в свете кибернетики и системного подхода. — М., 1972. — С. 14-15.

При аналізі пізнання слід враховувати й те, що на сприйняття людиною (суб'єктами, що здійснюють ОРД чи ведуть кримінальний процес, або є очевидцем чи учасником злочину) певних обставин злочину та його слідів природа накладає певні обмеження, тому людина може сприймати лише настільки, наскільки їй дозволяють можливості її зовнішніх і внутрішніх сенсорних і інформаційних систем. Механізм нейронних передач, яким і пояснюється здатність людини до сприйняття, є біоелектричним феноменом. Таким чином, за допомогою нервової системи в людині природа створила механізм трансмутації енергії зовнішнього світу у внутрішню. Але цей же важливий факт говорить про те, що людський мозок не сприймає реальний світ об'єктивно й прямо, а сприймає лише неврологічну модель реальності, тобто вторинні сигнали, обмежені й перетворені індивідуальними біологічними можливостями організму[1]. З урахуванням того, що сенсорні органи в усіх різні, різним є й індивідуальне сприйняття світу в кожної людини, тобто в кожного своя модель реальності, у чомусь подібна до інших, а в чомусь ні[2]. Точність сприйняття очевидцем чи учасником злочину його обставин залежить як від його психічних, анатомічних особливостей, так і від соціального стану, рівня освіти, культури, фаху, заінтересованості тощо. На точність сприйняття обставин злочину та його відтворення в матеріалах ОРД і кримінальній справі впливають також і пізнавальні особливості суб'єктів, що здійснюють ОРД і ведуть кримінальний процес, як суб'єктивного характеру (психічні та анатомічні особливості, фах, кваліфікація, ставлення до службових обов'язків), так і об'єктивного (наявність належних методик та сучасних науково-технічних засобів пізнання механізму вчинення злочину, утворення його слідів та їх виявлення), що у свою чергу впливає на реальну можливість цих суб'єктів адекватно відбити їх у своїй свідомості (адекватно пізнати факти об'єктивної дійсності та їх джерела при вторинному їх відбитті), а також на характер встановлення об'єктивної істини й у ході ОРД, і в кримінальному процесі.

У формуванні сприйняття бере участь слово, яке, впливаючи на свідомість того, хто пізнає, відтворює образ об'єкта, який воно означає. Слово в знаковій формі є результатом відчуття. Відповідно помилки в сприйнятті й відчутті можуть адекватно впливати й на зміст

[1] Див.: *Кандыба Д. В.* Психологический гипноз наяву. Теория и техника. — Ростов-на-Дону, 1996. — С. 30.

[2] Там само. — С. 245.

слова, яке в свою чергу формує неправильне уявлення. В той же час, як переконливо доводить М. Є. Шумило, за волею суб'єкта пізнання слово може навмисно неправильно відображати об'єкт пізнання[1].

Уявлення являє собою чуттєвий образ, форму чуттєвого відображення, яка відтворює властивості обставин злочину за відбитими в пам'яті його слідами, що раніше сприймалися суб'єктом. Це чуттєвий образ предмета, який уже не діє на органи чуття людини, узагальнений образ дійсності. У зв'язку з цим при відтворенні обставин злочину важливе значення мають особливості пам'яті особи, що його сприймала. З цього приводу А. Ф. Коні справедливо зазначав, що «людська пам'ять протягом деякого часу після події в більшості випадків втрачає конкретну точність і намагається відновити утворені в ній прогалини, які, будучи добросовісними, є далекими від істини. У таких випадках людська думка непомітно для самої себе переходить від хиткого «так могло бути» до визначеного «так повинно було бути» і до певного «так було» . Уявлення поділяються на образи пам'яті та образи уяви. За допомогою образів уяви можна відтворити картину обставин злочину, що мав місце в минулому, а також прогнозувати результати ОРЗ та слідчих дій, поведінку розроблюваних осіб, підозрюваного, обвинуваченого тощо. Уявлення може виникнути під впливом як образу предмета, так і слова, яке об'єктивує образ раніше сприйнятого явища чи предмета. Таким чином, «чуттєвий зміст образу стає носієм смислового змісту»[3].

Почуттєве сприйняття суб'єктів, що здійснюють ОРД та ведуть кримінальний процес, є першим щаблем на шляху до пізнання, проте воно не дає знань про сутність фактів, зв'язків, залежностей і відносин, схованих за поверхнею явищ, що викликані обставинами підготовлюваного, такого, що вчиняється, та вчиненого злочинів, які доступні лише почуттєвому сприйняттю. Сприймаючий суб'єкт пізнання робить кодування інформації в певних символах, знаках. Відображення слідів злочину — це фіксація їх юридично значущих ознак. На цьому етапі ще немає пізнання як процесу одержання знання про злочин. Те, що сприйняте суб'єктами ОРД та кримінального процесу, співвідноситься з їх понятійним апаратом, завдяки чому вони й визначають

Див.: *Шумило М. Є.* Реабілітація в кримінальному процесі України.— Х., 2001. — С 127.

Кони А. Ф. На жизненном пути: Из записок судебного деятеля. Житейские встречи. —СПб, 1912. —Т. 1 — С. 61-62.

Рубинштейн С. Я. Бытие и сознание. — М., 1957. — С. 88.

те, що ними сприймається, тому розробка понятійного апарату ОРД та кримінального процесу, а також його засвоєння і правильне розуміння його змісту суб'єктами пізнання є актуальними.

При чуттєвому сприйнятті отримується лише емпіричний матеріал, який при наступній логічній обробці дає змогу виявити сутність. Чуттєве сприйняття здатне лише частково вірно відбити обставини злочину та його сліди, оскільки його безпосередній зв'язок з ними не дозволяє відокремити знання загального від одиничного, об'єктивного від суб'єктивного, виявити й досліджувати в них необхідні зв'язки, залежності й відносини й відокремити їх від випадкових або привнесених суб'єктом пізнання. Так, наприклад, оперативний працівник у ході негласного огляду чи слідчий у ході огляду місця події при виявленні слідів пальців руки на рукоятці пістолету, яким була спричинена смерть потерпілому, чи огляду місця події після вибуху, в результаті якого зруйновані матеріальні об'єкти та спричинена смерть і тілесні ушкодження потерпілим, не можуть зробити вірогідного висновку про їх походження. Тому пізнання сутності обставин і фактів, що входять до предмета ОРД та кримінального процесу, яке недоступне для почуттєвого пізнання, реалізується суб'єктами ОРД та кримінального процесу за допомогою раціональної форми пізнання на логічному рівні при оцінці всієї сукупності зібраних і перевірених відповідно матеріалів ОРД та судових доказів. При цьому обставини й факти, що входять до об'єкта пізнання в ОРД та кримінальному процесі, відбиваються не з боку явищ, доступних почуттєвому сприйняттю, а з боку їхньої сутності — внутрішніх зв'язків, залежностей, відносин і закономірностей внутрішнього руху, недоступних почуттєвому пізнанню.

Хоча чуттєве відбиття і є джерелом знання про обставини злочину, однак виділення чуттєвого пізнання як початкового етапу їх пізнання має сенс лише в тому випадку, коли вирішується питання щодо джерела наших знань про них. Чуттєве відбиття лише тоді набуває статусу Знання про обставини злочину, коли воно функціонує в органічній єдності з діяльністю мислення, підпорядковане його категоріальному апарату, спрямовується ним і, опосередковуючись практикою, містить у кожній зі своїх форм відповідний смисл і значення. Чуттєве відбиття і його основні форми, хоч і є необхідною стороною пізнання обставин злочину, однак обмежені в своїх можливостях давати істинне знання. Тому знання про обставини злочину, незалежно від суб'єкта пізнання (оперативного працівника чи особи, яка веде кримінальний процес), досягається подальшим розвитком форм пізнання, які

виводяться за межі безпосередньої чуттєвості. Такою вищою сферою порівняно з чуттєвим відбиттям, якісно новим рівнем відбиття обставин злочину та їх слідів є раціональне пізнання, діяльність мислення як процес активного, цілеспрямованого, узагальненого, опосередкованого, суттєвого та системного відтворення обставин злочину та їх слідів, їх творчого перетворення в таких логічних формах, як поняття, судження, умовиводи, що дозволяє вивести логічні знання про обставини злочину .

Отже, тільки за допомогою раціонального пізнання суб'єкти ОРД та кримінального процесу можуть відтворювати в мисленні не фрагментарну, не однобічну, не застиглу картину обставин і фактів, що підлягають відповідно оперативно-розшуковому документуванню й доказуванню в ОРД та кримінальному процесі, а їхню цілісну картину в розвитку, в усій повноті суспільно-правової сутності підготовлюваного, такого, що вчиняється, чи вчиненого злочину.

Характер чуттєвого і раціонального при відбитті фактів об'єктивної дійсності значною мірою залежить також і від психічних властивостей особи та специфіки її нервової системи, що слід враховувати при пізнанні в ОРД та кримінальному процесі.

[1] Поняття визначається як форма мислення, що відтворює предмет і явища в їхніх істотних ознаках *(Жеребкін В. Є.* Логіка: Підруч. для юрид. вузів і фак. — Х., 1995. — С. 24). Судження — думка, в якій утверджується або заперечується що-небудь про предмети та явища об'єктивної дійсності (Там само. — С. 62). Умовивід — форма мислення, за допомогою якої з одного або кількох суджень виводиться нове судження, котре містить у собі нове знання. У будь-якому умовиводі розрізняють три види знань: вихідне знання, з якого виводиться нове знання; знання, що міститься у висновку; обґрунтовуюче знання, котре пояснює правомірність висновків, що отримуються з вихідного знання (Там само. — С 108-109).

Будь-яке судження, висловлене про що-небудь, є або істинним, або помилковим. В істинності певних суджень можна переконатися шляхом безпосереднього співставленім їх із дійсністю за допомогою органів чуття в процесі практичної діяльності або опосередковано за допомогою умовиводів і логічних доказів.

Терміни «доказ» і «доказування» (доведення) вживаються не лише в юридичних науках, а й у філософії (логіці) *(Жеребкін В. Є.* Вказана праця. — С. 205; Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова: Изд. 4-е. — М., 1981. — С. 102) та інших сферах діяльності. Причому у логіці ці терміни вживаються як синоніми й визначають процес, що полягає в обґрунтуванні істинності (чи помилковості) якихось положень за допомогою інших положень, істинність (чи помилковість) котрих встановлена раніше. У формальній логіці «доказування» (доведення) — це процес мислення (лише розумова діяльність). *(Жеребкін В. Є.* Вказана праця. — С. 205). Доказування, як писав Гегель, «є взагалі опосередкованим пізнанням»: *(Дорохов В. Я., Трусов А. И.* и др. Советский уголовный процесс: Учеб. пособие. — М., 1981. — С. 33).

У пізнавальній діяльності як ОРД, так і кримінального процесу велике значення має інтуїція, використання якої є одним із спірних питань у теорії. Як слушно зазначає М. Є. Шумило, вирішення будь-якої пізнавальної проблеми починається із здогадки, початкового припущення, яке ще недостатньо обґрунтоване. Здогадці як формі нового знання передує інтуїція, яка в теорії називається по-різному: передбачення, розумовий експеримент, правдоподібні міркування тощо, але суть її лишається незмінною[1], вона являє собою творчі здібності людського мислення, відмінні від формально-логічного виведення .

Феномен інтуїції як здатності вгадувати, передбачати, виявляти ще до того, як відповідне знання буде підтверджене засобами логіки, практикою людей, здавна привертав до себе увагу вчених.

Так, особлива увага на нього була звернута наприкінці 50-х років у теорії кримінального процесу, де думки полярно розділилися. Одні автори вважали, що інтуїція може розглядатися також як елемент, який сприяє досягненню істини ; інші — що сама постановка питання про інтуїцію як особливий пізнавальний засіб при розслідуванні й вирішенні кримінальних справ неправомірна, не має наукових підстав для слідчої й судової практики, є рішуче непотрібною й навіть шкідливою[4]. На підтвердження цього М. С. Строгович зазначав, що до істини веде раціональна, логічна діяльність слідчого й суддів, всебічне й об'єктивне дослідження обставин справи, аналіз і синтез доказів згідно з логічними законами мислення, побудова й перевірка всіх можливих версій, тверде обґрунтування кожного твердження й висновку, суворе додержання всіх вимог процесуального закону[5]. Висловлюються, проти використання інтуїції як особливого пізнавального засобу при розслідуванні й вирішенні кримінальних справ й окремі сучасні дослідники[6].

[1] Див.: *Шумило М. Є.* Реабілітація в кримінальному процесі України. — Х., 2001. — С. 121.

[2] Див.: *Вахтомин Н. К.* Практика — мышление — знание (К проблеме творческого мышления). — М., 1978. — С. 42.

[3] Див.: *Ратинов А.* О следственной интуиции// Соц. законность.— 1958.— № 4. — С. 24—30; *Казимирчук В.* Внутреннее судейское убеждение и интуиция // Сов. юстиция.—1958. — № 5 . — С . 18-22.

[4] Див.: *Строгович М. С.* О рациональном и эмоциональном в судебном исследовании // Советское государство и право. — 1959. — № 5. — С. 95.

[5] Там само. — С. 91.

[6] Див.: *Коновалова В., Панов М.* Інтуїція: поняття і роль у судочинстві // Вісник Академії правових наук. — 1999. — № 1 (16). — С 180-188.

Ми поділяємо думку тих авторів, які визнають існування інтуїтивного знання в сфері пізнання[1] і його особливо важливу роль як в ОРД, так і в кримінальному процесі. Заборонити враховувати інтуїцію в тій чи іншій пізнавальній діяльності, в тому числі й в ОРД та кримінальному процесі, ніхто не в змозі з тієї причини, що «інтуїція як розумовий процес існує об'єктивно, незалежно від волі й свідомості того, хто займається пізнанням. Він може бути й неусвідомленим (так часто й буває), але все-таки цей процес відбувається у свідомості, він підкоряється законам, які склалися в суспільно-історичній практиці незалежно від волі й свідомості того, хто здійснює пізнання»[2]. Виходячи з цього, слід погодитися з М. Є. Шумилом, що інтуїтивна здогадка перетворюється на більш-менш обґрунтовану гіпотезу. Щоправда, вона може бути істинною або помилковою. її позитивне значення полягає в тому, що вона є основою для побудови нових здогадок і гіпотез, тим самим наближаючи суб'єкт доказування до істини . Ця теза має важливе значення для пізнання в досліджуваних сферах діяльності при прийнятті рішень щодо використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі.

Пізнавальний процес в ОРД та кримінальному процесі розкривається в динаміці безперервного сходження від об'єкта пізнання до його суб'єкта, у результаті чого в цих суб'єктів формується образ тих явищ об'єктивної дійсності, які досліджені відповідно в ОРД та кримінальному судочинстві. Дослідження будь-якого об'єкта, як справедливо вказує А. А. Давлетов, починається з його зовнішньої, почуттєво сприйманої сторони — з явища. Пізнавши його, суб'єкт подумки проникає в його внутрішні, сховані властивості — у сутність. Тому процес пізнання окремого об'єкта є єдністю безпосереднього, почуттєвого й опосередкованого, раціонального способів одержання знання. Явище сприймається суб'єктом безпосередньо, а сутність — опосередковано, через явище .

Див.: *Асмус В. Ф.* Проблема интуиции в философии и математике: Очерк истории XVII — начало XX века. — М, 1963. — С. 6; *Шахриманьян Й. К.* Общая психологическая характеристика деятельности советского следователя // Правоведение. — 1993.— №2. — С. 148-149; *Шумжо М. Є.* Реабілітація в кримінальному процесі України.—Х., 2001. — С. 121.

" Див.: *Вахтомин Н. К.* Практика — мышление — знание (К проблеме творческого мышления).— М., 1978. — С. 61.

Див.: *Шумжо М. Є.* Вказана праця. — С. 122.

[4] Див.: *Давлетов А. А.* Основы уголовно-процессуального познания: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1993. — С. 19.

Слід зазначити, що незалежно від обставин підготовлюваного, такого, що вчиняється, чи вчиненого злочину та особливостей його пізнання як очевидцями й учасниками, так і особами, що здійснюють ОРД та ведуть кримінальний процес, незважаючи на спроби певних осіб приховати сліди своїх протиправних діянь за допомогою різноманітних хитрощів, технічних та ін. засобів, завдяки якостям відбиття матерії за законом загального взаємозв'язку та взаємообумовленості сліди, які утворюються злочином, залишаються в навколишньому середовищі на матеріальних об'єктах: предметах, у мозку людей та ін., створюючи певну можливість їх пізнання засобами ОРД та кримінального процесу, а через пізнання цих слідів і пізнання самих обставин підготовлюваного, такого, що вчиняється, чи вчиненого злочинів. У зв'язку із зазначеним актуалізується питання постійного вдосконалення цих засобів пізнання в ОРД та кримінальному процесі адекватно вдосконаленню засобів протидії злочинності правоохоронним Органам та суду , оскільки особливістю пізнання в ОРД та кримінальному процесі є те, що йому «протистоїть суб'єкт, кровно заінтересований у невдачі дослідження, часом ще невідомий, який не гидує ніякими засобами протидії» . Він вживає спеціальних заходів приховання своєї злочинної діяльності, у зв'язку з чим, за влучним висловом В. М. Карагодіна, створюється своєрідний «захисний екран, що перешкоджає запису (відбиттю) зовні інформації про злочинну подію в цілому» , особливо це характерно для справ про організовану злочинність та корупцію[4].

Таким чином, відтворення реальної картини події злочину кримінально-процесуальними засобами, що має ретроспективний характер і проходить, як правило, в умовах протидії осіб, заінтересованих у приховуванні істини, являє собою, як переконливо доводить

[1] Див.: *Погорецький М. А., Сапальов В. П.* Подолання протидії організованої злочинності в ході досудового слідства // Збірник наукових праць НА СБУ. — К., 2005. — №13. — С 148-152.

[2] *Ларин А. М.* Доказывание на предварительном следствии в советском уголовном процессе: Дис.... канд. юрид. наук. — М., 1961. — С. 78.

[3] *Карагодин В. Н.* Преодоление противодействия предварительному расследованию. — Свердловск, 1992. — С. 34.

[4] Див.: *Голубев В. В.* Использование оперативно-розыскных данных при расследовании преступлений, связанных с коррупцией должностных лиц: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук.— М, 1996.— С. 3; *Карпов Н. С.* Злочинна діяльність.— К., 2004. —60-120.

3. 3. Зінатулліи, «складний процес переходу від незнання до знання, від імовірного до вірогідного, до встановлення об'єктивної істини»[1].

Оскільки пізнання — це такого роду процес функціонування свідомості, який звернений до зовнішнього об'єкта для людини, що пізнає, й має завданням отримання нових знань (нової інформації)[2], системний підхід, обраний нами як один з методів вирішення поставленого наукового завдання в цьому підрозділі роботи, передбачає виокремлення в оперативно-розшуковому та кримінально-процесуальному пізнанні поряд з іншими й так званого інформаційного аспекту, який передбачає чітке з'ясування таких ключових понять теорії систем, як «інформація», «інформаційний процес», «інформаційний сигнал» і одержання чіткого уявлення про механізми їхнього утворення.

Інформація (лат. informatio — пояснення, викладення) — це будь-які відомості, сукупність даних, знань. У понятті «інформація» виділяють два аспекти: інформація як міра організації системи (структурна інформація); інформація, що пов'язана з відношенням двох процесів[3].

Гносеологічними якостями інформації є: єднісчг відомостей та їхнього матеріального носія; множинність; ступінь повноти, достатності; ступінь точності, вірогідності; задана форма закріплення відомостей і носія; значущість (цінність) і відносність; безпосередність дослідження ; комунікативна природа; незалежність від мови й носія; здатність до старіння та розсіювання[5] і властивість доводити факти.

Виходячи з зазначеного, поняття «інформація», будучи абстрактною філософською категорією, у реальній дійсності виявляється в цілком визначеній матеріально-енергетичній формі. Ці її прояви іменуються «інформаційними сигналами» або «сигналами інформації» й можуть мати різноманітну фізичну природу. У свою чергу поняття

[1] *Зшитуляин З. З.* Уголовно-процессуальное доказывание: Учеб. пособие. — Ижевск, 1993. г-т С. 104.

"" Див.: *Кедров Б. М.* Единство диалектики, логики и теории познания. — М., 1963. — С. 31-44, 81-97,236-244; Логика научного исследования. — М., 1965. — С. 22.

У теорії інформації, як правило, досліджується відносна інформація, пов'язана з відбиттям, згідно з яким предмет, що зазнав змін у результаті впливу на нього іншого предмета, стає носієм інформації про цей предмет (Философский словарь / Под ред. Фролова И. Т. — М, 1987. — С. 134).

[4] Див.: *Аверьянова Т. В., Белкин Р. С, Корухов Ю. Г., Российская Е. Р.* Криминалистика: Учебник для вузов / Под ред. Р. С. Белкина. — М, *1*499. — С. 12.

[3] Див.: *Сулейманов Д. И.* Концептуальные основы использования информации при раскрытии преступлений: Автреф. дис…. д-ра юрид. наук. — Киев, 1997. — С. 17.

«інформаційний процес» пов'язане з перенесенням інформації в часі й просторі, з її одержанням, збереженням, переробкою й передачею іншому суб'єкту, що пізнає (чи технічному пристрою)[1]. При цьому перенесення інформації від джерела до приймача чи безпосередньо до споживача, а також її збереження забезпечуються за допомогою інформаційного сигналу[2], що свідчить про нерозривний зв'язок названих понять і необхідність їхнього спільного дослідження. Інформація характеризується багатогранністю сторін. Як філософська, так і правова категорії (оперативно-розшукова й кримінально-процесуальна) інформація, будучи відбиттям об'єктивної дійсності, за своєю гносеологічною природою тотожні. Суттєва відмінність їх полягає в тому, що інформація, отримана в ході ОРД (оперативно-розшукова) та кримінального процесу (кримінально-процесуальна), на відміну від філософської, є, як правило, відбиттям протиправної події (злочину), що являє собою фактичні дані (дані про факти). Оперативно-розшукова і кримінально-процесуальна інформація відрізняються між собою за способом, формою й суб'єктами отримання, ступенем вірогідності, здатністю доведення фактів і сферою застосування.

У законодавстві та наукових джерелах немає єдиного визначення поняття інформації. Так, у ст. 1 Закону України «Про інформацію»"[1] інформація визначається як «документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому природному середовищі». Стаття 26 цього Закону джерелами інформації визначає передбачені або встановлені законом носії інформації: документи та інші носії інформації, які являють собою матеріальні об'єкти, що зберігають інформацію, а також повідомлення засобів масової інформації, публічні виступи.

[1] Див.: *Полевой Н. С.* Криминалистическая кибернетика. — 2-е изд. — М, 1989. — С . 64-70.

[2] Під сигналом розуміється той чи інший фізичний процес, що несе інформацію про подію, явище, об'єкт, тобто модель події, явища, об'єкта. Сигнал є результатом взаємодії не менш як двох структур, процесів, наприклад, середовища й людини, об'єкта й суб'єкті. Основна якість сигналу полягає в тому, що він перебуває у відносинах відповідності з цією подією, фактом. Взаємна відповідність сигналу й події існує у певних межах, оскільки сигнал відбиває лише частину, окремі сторони події. Сигнал існує об'єктивно, незалежно від тієї події, якою він викликаний. Зміст сигналу утворює інформація про подію, об'єкт. Формою сигналу є спосіб, вид існування інформації (електромагнітні хвилі, зміна предмета тощо).

Закон України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р. № 2657-ХИ // Відомості Верховної Ради. — 1992. — № 48. — Ст. 650.

У теорії ОРД під терміном «інформація»[1] розуміють «дані», «відомості», «факти», «події», «обставини», «фактичні дані» . Не всі із зазначених термінів, на наш погляд, є синонімами. Кожний з них має своє етимологічне й правове значення. У наукових джерелах з ОРД, криміналістики й кримінального процесу налічується понад десяток визначень поняття оперативно-розшукової інформації. Таке розмаїття понять, з нашої точки зору, обумовлюється різними методологічними підходами до його визначення (семантичний, гносеологічний, кібернетичний та ін.)[3], а також різним розумінням призначення та змісту ОРД, її гносеологічної природи.

Оперативио-розшукова інформація як самостійне поняття вживається в спеціальній літературі й у відомчих нормативних актах лише з початку 70-х років XX ст., проте до цього часу її визначення залишається одним із спірних питань у теорії. — Див.: *Овчинский С. С.* Оперативно-розыскная информация / Под ред. А. С. Овчинского и В. С. Овчинского.— М., 2000.— С. 17-39; *Він же.* Информация и оперативно-розыскная деятельность / Под ред. В. И. Попова. — М, 2002. — С. 32-34; *Погорецький М. А.* Проблеми використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі: Монографія.— К., 2004.— С 150-157; *Він же.* Оперативно-розшукова інформація: до визначення поняття // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. — 2007. — № 36. — С 13-19.

[2] Див.: *Колесник В. А.* Правові, організаційні і тактичні аспекти використання оперативно-розшукових матеріалів у розслідуванні злочинів: Дис. ... канд. юрид наук. — К., 1998. — С 39-64; *Перепелиця М. М., Журавльов В. Ю.* Деякі теоретичні аспекти інформаційного забезпечення оперативно-розшукової діяльності органів внутрішніх справ // Вісник Університету внутрішніх справ. — 1999. — № 1 с — С. 37-46; *Шумилов А. Ю.* Основы уголовно-правовой оценки сыскной информации: Монография. — М., 2000. — С. 13; *Овчинский А. С.* Информация и оперативно-розыскная деятельность / Под ред. В. И. Попова. — М., 2002. — С. 4-6; *Снігерьов О. П., Душейко П. О., Долгий О. А.* та ін. Оперативно-розшукова інформація: проблеми реалізації / За заг. ред. А. М. Подоляки і П. В. Коляди. — Суми, 2003. — С. 19-35 та ін.

Див.: *Гребельский Д. В.* Теоретические проблемы оперативно-розыскной деятельности органов милиции: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук.— М., 1968.— С. 9; *Лукашов В. А.* О сущности и значении оперативно-розыскной информации // Информационное сообщение лаборатории проблем оперативно-розыскной работы кафедры ОРД ВШ МВД СССР.— М„ 1973.— № 3 . — С. 18, 21-22; *Веселое Ю. И.* Оперативно-розыскные данные и их отличие от доказательств // Труды Омской высшей школы милиции МВД СССР. — 1974. — Вып. 17. — С. 17; *Синилов Г. К.* Правовые, информационные и тактические основы оперативно-розыскной деятельности советской милиции. — М., 1975. — С. 1-18, 136, 140; *Гребельский Д. В.* Теоретические основы и организационно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. — М., 1977. — С. 313; *Атмажитов В. М.* Реализация оперативно-розыскной информации.— М., 1984.— С. 11; *Козаченко И. П.* К вопросу об информационном обеспечении оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Актуальные вопросы получения, оценки и использования информации в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: Межвуз. сб. науч. тр. — Киев, 1986. — С. 5; та ін.

Аналізуючи оперативно-розшукову інформацію в гносеологічному аспекті, С. С Овчинський писав, що вона містить практично необмежену кількість різновидів фактів, явищ, подій, характеристик. Такий її стан пояснюється не лише тим, що злочини можуть вчинятися в багатьох сферах громадського життя на ґрунті як випадкових, так і тих, що виникли закономірно, відносин, і характеризуватися різноманіттям мотивів. Зміст оперативно-розшукової інформації відрізняється широким розмаїттям відомостей, що належать також до характеристики оперативної обстановки, основних сил, засобів і методів оперативної діяльності, оцінки результатів їх використання . «Оперативно-розшукова інформація, — зазначав вчений, — є різновидом соціальної інформації, специфічної за метою одержання (боротьба зі злочинністю), методами одержання й режимом використання, які забезпечують конспірацію, належну зашифровку джерел, можливість перевірки повідомлених відомостей та їх застосування тільки заінтересованими оперативними співробітниками й слідчими апаратами» .

Поняття й сутність оперативно-розшукової інформації у наукових джерелах органів державної безпеки розкриваються через визначення таких термінів, як «оперативна», «оперативно-технічна», «розвідувальна», «контррозвідувальна», «агентурна» інформація, або просто — «сигнал».[3] Оперативно-розшукова інформація визначається як дані, отримані в ході оперативно-розшукової та контррозвідувальної діяльності чи за їх підсумком , тобто через вказівку на спосіб її отримання.

У криміналістичній і процесуальній літературі оперативно-розшукова інформація в гносеологічному аспекті досліджується з точки зору її значення для інтересів кримінального судочинства, чим обумовлюється визначення її поняття та розкриття сутності. Так, О. Г. Птицин зазначає, що оперативно-розшукова інформація— це відомості про факти, відшукання, фіксація й вилучення яких здійснюється

[1] Див.: *Овчинский С. С.* Оперативно-розыскная информация / Под ред. А. С. Овчинского и В. С. Овчинского. — М., 2000. — С. 26.

[2] Там само. — С- 39.

[3] Див.: *Пивоваров А. М.* Понятие и классификация сигналов о возможной шпионской деятельности противника// Труды ВКШ КГБ.— 1981.— №23.— С. 219-220; *Новиков В. А-* Методологическое значение теории государственного управления для разработки проблем организации расследования государственных преступлений // Труды ВКШ КГБ. — 1989. — № 46. — С. 333-334 та ін.

[4] Див.: Краткая сыскная энциклопедия: Деятельность оперативно-розыскная, контрразведывательная, частная сыскная (детективная) / Авт.-сост. проф. А. С. Шумилов. — М., 2000. — С. 57.

позапроцесуальними засобами[1]. Деякі правники під оперативно-розшуковою інформацією розуміють відомості про обставини, які підлягають доказуванню, отримані органами дізнання за допомогою оперативно-розшукових, переважно негласних, сил, засобів і методів[2]. Вказується, що оперативна інформація значною мірою допомагає слідчому обрати напрямок розслідування, намітити той чи інший комплекс слідчих, розшукових дій, конкретизувати завдання, які стоять перед оперативними підрозділами, і прийняти рішення щодо доцільності проведення кримінально-процесуальних дій і агентурно-оперативних заходів на кожному етапі розслідування".

Досліджуючи оперативно-розшукову інформацію в аспекті її значення для кримінального процесу, окремі вчені зазначають, що інформація, яка отримується при проведенні ОРЗ, має допоміжний, орієнтуючий характер; враховуючи, що джерела й способи її отримання не належать до процесуальних, не передбачені й не регулюються кримінально-процесуальним законодавством, таку інформацією слід називати непроцесуальною . Визначення оперативно-розшукової інформації як непроцесуальної підкреслює те, що вона отримана поза встановленою КПК формою, однак це, на наш погляд, не виділяє оперативно-розшукову інформацію як окрему наукову й правову категорію, оскільки, виходячи з такого підходу, до непроцесуальної інформації

[1] Див.: *Птицын А. Г.* Использование оперативно-розыскной информации на предварительном следствии: Проблемная лекция по курсу криминалистики. — Киев, 1977. — С . 8.

[2] Див.: *Ратинов А. Р.* Взаимодействие следователей прокуратуры и милиции при расследовании преступлений // Практика применения нового уголовно-процессуального законодательства. — М, 1962. — С. 86-89; *Белкин Р. С.* Собирание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы.— М., 1966.— С. 38-39; *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М., 1991. — С. 69; та ін.

[3] *Новиков В. А.* Методологическое значение теории государственного управления для разработки проблем организации расследования государственных преступлений // Труды ВКШ КГБ. — 1989. — № 46. — С. 333-334.

[4] Див.: *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений.-^- М., 1991.— С. 65-67; Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования: Учебник / Под. ред. Т. В. Аверьяновой и Р. С. Белкина. — М., 1997. — С. 151-152; *Колесник В. А.* Правові, організаційні і тактичні аспекти використання оперативно-розшукових матеріалів у розслідуванні злочинів: Дис. ... канд. юрид наук.— К., 1998.— С 45; *Аверьянова Т. В., Белкин Р. С, Корухов Ю. Г., Российская Е. Р.* Криминалистика: Учебник для вузов / Под ред. Р. С. Белкина. — М., 1999. — С. 148-154; *Гевко В. В.* Використання непроцесуальної інформації під час доказування у стадії попереднього розслідування: Дис. ... канд. юрид. наук. — К, 1996. — С 20; та ін.

можна віднести будь-яку інформацію, отриману поза межами кримінального процесу. Водночас, таке визначення не повною мірою відображає її сутність, оскільки оперативно-розшукова інформація отримується в оперативно-розшуковому процесі, що являє собою сукупність послідовно здійснюваних оперативно-розшуковий дій та юридичних актів, які постановляють визначені законом та нормативно-правовими актами суб'єкти ОРД .

Аналіз нормативно-правового визначення інформації, а також наукових дефініцій оперативно-розшукової інформації дає підстави для виокремлення основних ознак останньої, якими, на наш погляд, є: вона являє собою будь-які фактичні дані (відомості), що мають значення для предмета дослідження в ОРД, визначеного її метою та завданнями; ці дані можуть отримуватися із будь-яких не заборонених законом джерел та у визначений законом спосіб й лише уповноваженими законом суб'єктами.

Зазначені ознаки дають можливість визначити оперативно-розшукову інформацію як будь-які відомості (фактичні дані), що входять до предмета дослідження в опєративно-розшуковій справі, отримані відповідно до мети й завдань ОРД у визначений законом спосіб із будь-яких не заборонених законом джерел уповноваженими на це суб'єктами, що можуть слугувати для обгрунтування відповідних рішень у певних сферах діяльності.

Оперативно-розшукова інформація (фактичні дані) може як об'єктивно відбивати дійсність (факт, фактичні обставини), так і не відповідати їй у зв'язку, наприклад, з помилковим сприйняттям оперативним працівником чи оперативним джерелом фактичних обставин.

Оперативно-розшукова інформація, що використовується в інтересах кримінального судочинства, — це будь-які відомості (фактичні дані), які входять до предмета дослідження в опєративно-розшуковій справі, отримані відповідно до мети й завдань ОРД у визначений законом спосіб із будь-яких не заборонених законом джерел уповноваженими на проведення ОРД суб'єктами, що можуть слугувати для обґрунтування відповідних рішень у кримінальному процесі.

Кримінально-процесуальна інформація — це фактичні дані, отримані відповідно до мети й завдань кримінального судочинства

На нашу думку, ідея наукової розробки оперативно-розшукового процесу є перспективною, має соціальну цінність, оскільки спрямована на захист прав та свобод людини й інтересів держави. Докладно про оперативно-розшуковий процес див.: Основы оперативно-розыскной деятельности: Учебник / Под ред. В. Б. Рушайло. — СПб., 2000. — С. 24-28, 634-644 та ін.

процесуальним шляхом уповноваженими на це суб'єктами й закріплені у визначеній законом формі, що можуть бути підставами для обґрунтування процесуальних рішень у кримінальній справі. Форма та зміст такої інформації залежать від стадії кримінального процесу, джерел та способу її отримання. Вчені, які визнають доказами фактичні дані без єдності з їх процесуальними джерелами[1], а також ті, які дотримуються інформаційної концепції доказів, згідно з якою докази та їхні джерела являють собою інформаційний сигнал, де докази (відомості) є змістом, джерела доказів — їхньою формою, а спосіб подання інформації (за допомогою букв, знаків, цифр) виступає як код[2], необґрунтовано, на нашу думку, ототожнюють її з кримінально-процесуальними доказами, оскільки ці правові категорії за своїм змістом та формою можуть як збігатися, так і мати різне правове значення. У теорії кримінального процесу застосовується й такий термін, як «доказова інформація», яка або ототожнюється з доказами[3], або має самостійне значення[4].

Процес пізнання в теорії ОРД одні автори називають «оперативно-розшуковим доказуванням»[5], інші — «оперативно-розшуковим документуванням»[6], яке розглядають і як метод ОРД[1].

[1] Див.: *Стахівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування: Монографія. — К., 2005. — С. 167.

[2] Див.: *Салтєвський М.* Ще раз про поняття доказів у проекті КПК України// Право України. — 2000. — № 11. — С 64-66.

[3] Див.: *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений.— М., 1991.— С. 46.

[4] Див.: *Колдин В. Я. Полевой Н. С.* Информационные процессы и структуры в криминалистике. — М„ 1985. — С. 35-40.

[5] Див.: *Дорохов В. Я.* Понятие доказательства в уголовном процессе и оперативно-розыскной деятельности // О доказательствах в оперативной и следственной работе органов государственной безопасности: Материалы теоретической конф., проводимой вВКШ КГБ СССР им.. Э. Дзержинского. — М., 1966. — С. 3-39; *Курашвипи Б. П.* Оперативное исследование, оперативная информация и оперативные доказательства // Там само. — С. 40-82; *Нестеренко П. Д.* К вопросу о соотношении судебных и оперативных доказательств // Там само. — С. 147-154; *Чеботарев А. И.* Механизм образования, сущность и классификация оперативных доказательств// Там само. — С. 163-170; *Жиромский В. П.* Вопросы теории доказывания по делам оперативного учета органов государственной безопасности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1970; Советский уголовный процесс; *Доля Е. А.* Использование в доказываний результатов оперативно-розыскной деятельности. — М., 1996. — С. 5-13 таін;

[6] Див.: *Самойлов В. Г.* Документирование по делам оперативной разработки: Учеб. пособие. — Горький, 1978. — С. 8-9; *Калинин А. П.* Документирование действий лиц, разрабатываемых аппаратами по борьбе с экономическими преступлениями: Лекция. — М., 1991; *Козырев Г. Н.* Документирование прослушивания и звукозаписи телефонных и иных переговоров // Межвузовский сб. науч. тр. «Права человека и проблемы обеспечения законности». — Н. Новгород, 1993. — С. 54-64; *Зникин В. К.* Использование оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном доказывании: Дис. ...

На наш погляд, для розкриття змісту та забезпечення функціонування ОРД правомірно вживати кожен з цих термінів, проте вони не тотожні пізнанню і: не є синонімами. Кожен з цих термінів має своє змістовне значення[2].

Доказування в ОРД, як і у кримінальному процесі, слід розглядати в двох аспектах: як нерозривну єдність пізнавально-практичної і логічної діяльності і як суто логічну діяльність.

Доказування в ОРД як нерозривна єдність практичної й розумової діяльності — це діяльність уповноважених осіб, що полягає в отриманні та використанні оперативних доказів для обґрунтування рішень в оперативно-розшуковій справі відповідно до встановлених законом та відомчими нормативними актами порядку й форми.

Доказування як суто логічна діяльність — це розумовий процес, що полягає в перевірці й оцінці отриманих фактичних даних та їх джерел і визнанні їх доказами, в обґрунтуванні цими доказами відповідних рішень.

Отримання доказів в ОРД полягає у виявленні фактичних даних та їх джерел, що мають відношення до злочину, їх перевірці, оцінці, закріпленні їх у відповідних матеріалах оперативно-розшукової справи та визнанні їх спроможними доказувати певні обставини в ОРД. Докази в ОРД за своїм змістом, формою, порядком отримання та спроможністю перевірки їх формування суттєво відрізняються від доказів у кримінальному процесі[3].

Оперативно-розшукове документування[4] — це здійснюваний уповноваженими посадовими особами встановлений відомчими нормативно-правовими актами комплекс взаємозалежних дій і рішень,

канд. юрид. наук.— Томск, 1998.— С. 55-64; *Чеканим А. А.* Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел в условиях чрезвычайных обстоятельств криминального характера: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2001. — С. 158-160.

' Див.: *Алексеев А. И., Симилов Г. К.* Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. — М., 1973. — С. 144-164.

Див.: *Погорецький М. А.* Сутність оперативно-розшукового пізнання та його співвідношення з кримінально-процесуальним пізнанням // Науковий вісник Національної академії МВС України. — 2002. — Ч. 2.— № 3. — С. 116-125.

Докладно про докази у кримінальному процесі див: § 1 розділу 7 монографії.

У кримінальному процесі й криміналістиці під документуванням розуміють фіксацію змісту й результатів слідчих дій. — Див.: *Лисиченко В. К., Гулкевич З. Т.* Документирование производства следственных действий // Криминалистика и судебная экспертиза. — Вып. 35. — Киев, 1987. — С. 26-32; *Жариков Ю. С.* Процессуальное документирование при производстве дознания и предварительного следствия: Дис. ... канд. юрид. наук. — М-, 1997; та ін.

спрямованих на достовірне відбиття (закріплення, фіксацію) у матеріалах ОРД порядку й результатів як окремих ОРЗ і рішень, так і всього ходу й результатів ОРД з метою вирішення завдань ОРД та сприяння вирішенню завдань кримінального процесу.

Визначене поняття оперативно-розшукового документування дозволяє розглядати його як особливий вид і складову частину ОРД, які можна охарактеризувати як діяльність, здійснювану лише посадовими особами й органами, до компетенції яких входить проведення ОРЗ; діяльність, здійснювану лише на підставі положень Закону про ОРД та відомчих нормативно-правових актів; діяльність, спрямовану на достовірне й об'єктивне відбиття (закріплення, фіксацію) змісту й результатів ОРЗ і рішень у матеріалах ОРД; діяльність, що створює необхідні передумови для успішного розвитку кримінального процесу на всіх його стадіях, маючи на меті вирішення завдань ОРД та сприяння вирішенню завдань кримінального процесу.

У теорії кримінального процесу немає єдності думок щодо визначення поняття пізнання та його змісту. Впродовж багатьох років предметом дискусій практично всіх науковців, які досліджували ті чи інші аспекти теорії доказів, є проблема співвідношення пізнання й доказування в кримінальному процесі, без вирішення якої неможливо визначити поняття та зміст кримінально-процесуального пізнання й виявити гносеологічну єдність і відмінність ОРД і кримінального процесу.

Аналіз наукових праць з цієї проблеми дає підстави для висновку, що нині у теорії доказового права склалося два основних погляди на вирішення проблеми співвідношення кримінально-процесуального пізнання й доказування: перший полягає в ототожненні цих понять, другий — у тому, що ці поняття не збігаються[1].

Так, М. С. Строгович, будучи прибічником першої точки зору, писав, що доказування — це встановлення за допомогою доказів усіх фактів, обставин, що мають значення для вирішення кримінальної справи. У цьому контексті поняття доказування рівнозначно, тотожно поняттю дослідження, що проводиться на досудовому слідстві й у судовому розгляді, полягає в збиранні, перевірці й оцінці доказів і з'ясуванні за допомогою доказів усіх фактів, обставин, що мають

[1] Див.: *Погорецький М. А.* Співвідношення пізнання і доказування у кримінальному процесі та місце в них оперативно-розшукової діяльності // Питання боротьби зі злочинністю: 36. наук, праць. — Х., 2003. — № 7. — СІ 14-132.

значення для вирішення справи. З цього випливає, що доказування є процесом пізнання істини в розслідуваній і розглядуваній судом кримінальній справі[1].

Поділяючи цей погляд на співвідношення пізнання й доказування в кримінальному процесі, С. А. Шейфер вказує, що доказування — це специфічний процесуальний термін, який визначає пізнавальну діяльність уповноваженого органу держави у сфері його юрисдикції, здійснювану за процесуальними правилами[2]. Пізнання і доказування, — зазначає науковець, — є невіддільними . Критикуючи позицію вчених, що відстоюють нетотожність пізнання й обґрунтування (логічного доказу) істинності знання, С. А. Шейфер пише: «Подібні судження пояснюються, очевидно, прагненням деяких дослідників вивести поняття доказування, під яким розуміють будь-яку, тобто таку, що не залежить від сфери застосування, розумову діяльність по обґрунтуванню висновку. Здається, однак, що універсального наукового поняття доказування не існує... доказ як робота думки, що полягає в оперуванні аргументами, явно не вичерпує реального змісту пізнавальної діяльності слідчого (суду). Необхідним компонентом цієї діяльності є витяг фактичних даних, одержання нових знань, використовуваних для побудови кінцевих висновків. При такому положенні найближчим родовим поняттям стосовно доказування виявляється не логічна — доказ, а найбільш широка гносеологічна категорія — пізнання, тобто діяльність суб'єкта, що забезпечує одержання істинних знань про об'єкт. Тому термін «доказування» — це не загальнонауковий, а специфічний юридичний процесуальний термін, що позначає особливий, регламентований законом порядок установлення шуканих фактів»[4]. Подібної думки дотримуються й інші правознавці[5].

[1] Див.: *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса: В 2 т. — М., 1968. — Т. I: Основные положения науки советского уголовного процесса. — С. 295.

* *Шейфер С. А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. — Тольятти, 1998. — С 12.

[3] *Шейфер С. А.* Нуждается ли в пересмотре традиционное представление о доказывании// Правовые формы и эффективность доказывания по уголовным делам: Сб. науч. ст. — Самара, 1996. — С. 38.

Шейфер С. А. Собирание доказательств в советском уголовном процессе: методологические и правовые проблемы. — Саратов, 1986. — С. 10-11.

Див.: *Корнеев Г. П.* Методологические проблемы уголовно-процессуального познания. — Н. Новгород, 1995. — С. 94; *Черкасов А. Д., Николайченко В. В.* Соотношение уголовно-процессуального познания и доказывания // Проблемы реализации судебной реформы в России. — Саратов, 1998. — Вып. 1. — С. 80.

Аналіз аргументів авторів, що є прибічниками другої точки зору, свідчить про різноманіття їх поглядів на цю проблему. Так, Р. Г. Домбровський дійшов висновку, що доказування — це лише розумова (пізнавальна) діяльність. «Розслідування як пізнавальний процес, — вважає автор, — має дві форми або дві сторони: одну форму розслідування злочинів становить криміналістичне пізнання, а іншу — процесуальне доказування» . Такий підхід до розуміння співвідношення пізнання й доказування був підданий справедливій критиці[2]. С. Д. Курильов, навпаки, стверджував, що мислення не є складовою доказування. Під доказуванням він розумів лише процесуальні дії слідчих та судових органів по збиранню й закріпленню доказів[3]. Та, як слушно зазначав М. М. Михеєнко, критикуючи таку позицію, без розумової діяльності, без оцінки зібраних доказів кримінально-процесуальне доказування як різновид пізнання неможливе[4].

М. О. Громов, Л. Д. Кокорев, М. П. Кузнецов, О. М. Шекшуєва та інші вважають, що пізнання у кримінальній справі, з одного боку, ширше за поняття доказування, а з другого — вужче за нього, бо останнє, окрім пізнавальної, виконує ще й посвідчувальну функцію[5].

Л. Д. Кокорев, М. П. Кузнецов висловили думку, що доказування — єдиний процесуальний спосіб установлення й посвідчення обставин, що мають значення для справи, але не єдиний шлях пізнання істини. Так, слідчий при провадженні слідчих дій (огляду, обшуку, допиту свідків і т. п.) сприймає великий обсяг інформації, що ще не

Див.: *Домбровский Р. Г.* Познание и доказывание в расследовании преступлений: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Киев, 1990. — С. 31.

Див.: *Сибилева К В.* Допустимость доказательств в советском уголовном процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. — Харьков, 1986. — С. 13-52.

Див.: *Курылев С. Д.* Основы теории доказательств в советском правосудии. — Мн., 1969. — С . 29-32.

Див.: *Михеенко М. М.* Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. — Киев, 1984.— С. 11.

Див.: *Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П.* Уголовный процесс: доказательства и доказывание. — Воронеж, 1995. — С. 10-11; *Кузнецов Н. П.* Доказывание и его особенности на стадиях уголовного процесса России: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09.— Воронеж, 1998.— С. 9; *Шекшуєва О. Н.* Вероятность и достоверность в уголовно-процессуальной деятельности органов предварительного расследования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1998. — С. 11; *Алиев Т. Т., Громов Н. А., Макаров Л. В.* Уголовно-процессуальное доказывание: Участие обвиняемого и защитника. Собирание, проверка и оценка доказательств. Ходатайства и жалобы. — М., 2002.— С. 10; Оперативно-розыскная деятельность: Учебник / Под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, Г. К. Синилова, А. И. Шумилова. — М., 2004. — С. 10.

є доказом, оскільки вона поки не втілена в належну процесуальну форму, не закріплена у відповідних процесуальних актах. І навіть якщо ці фактичні дані з якихось причин так і залишилися незафіксованими, слідчий одержав певні знання про їх обставини, що його цікавлять, пізнав їх[1]. Водночас доказування, як зазначають вчені, не лише пізнавальний, а й посвідчувальний процес; інформація, отримана в результаті цієї діяльності, може бути використана для обгрунтування підсумкових висновків слідства й суду у кримінальній справі. Результати ж пізнавальної діяльності засвідчуються, фіксуються далеко не завжди, не можуть бути обгрунтуванням кінцевих висновків, а мають лише допоміжне, орієнтовне значення, допомагаючи висунути версії, визначити джерело, з якого можна одержати доказову інформацію, тощо .

Поділяючу цю точку зору, О. М. Шекшуєва пише, що визнання доказування лише пізнавальною діяльністю веде до визнання можливості винесення у справі, хоча й істинних, але підсумкових рішень, що не містять у собі достовірних знань. Адже пізнання, на її думку, може бути закінченим тоді, коли суб'єкт, що пізнає, здобуває знання «для себе», у той час як обгрунтування отриманого знання робить доступним його і для інших. Обґрунтованість і наявність конкретного адресата, — підсумовує О. М. Шекшуєва, — є суттю посвідчувальної функції доказування . Таке розуміння понять пізнання та доказування, а також їх співвідношення дозволили їй зробити, на наш погляд, помилковий висновок, нібито кримінально-процесуальне пізнання за своїм змістом ширше за поняття пізнання в гносеології, оскільки воно передбачає не лише пізнання «для себе» (індивідуальне пізнання), а й пізнання «для інших», тобто обґрунтування, адресоване конкретному суб'єкту[4]. Очевидно, що цей висновок не відповідає загальним засадам гносеології.

Будучи прибічником точки зору, що пізнання і доказування не тотожні категорії, Ю. К. Орлов зазначає, що доказування — це діяльність пізнавальна, однак вона не зводиться цілком до пізнання, оскільки

[1] Див.: *Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П.* Уголовный процесе: доказательства и доказывание.— Воронеж, 1995. — С. 10.

Там само. — С. 11.

[3] *Шекшуєва О. Н.* Вказана праця. — С. 11.

[4] Там само.

[5] Див.: *Алексеев П. В., Панин А. В.* Философия: Учебник. — М., 2001. — С. 202-419; *Павлов Тодор.* Основные вопросы диалектико-материалистической теории познания: Избр. философ, произвел: В 3 т. — М., 1962; *Копнин П. Б.* Гносеологические и логические основы науки. — М., 1974. — С. 52, 75, 78, 156-158.

доказування містить у собі й інші види діяльності. Таким чином, автор виділяє правовий і гносеологічний аспекти у доказуванні. У межах правового аспекту доказування ним виокремлюється кілька рівнів (етапів), які перебувають між собою у відносинах «субординаційної залежності»: доказування-пізнання; доказування-посвідчення; доказування-обґрунтування. У межах гносеологічного аспекту доказування він виділяє «інформаційний» і «логічний» шляхи (сторони) доказування. Отже, доказування-пізнання, на його думку, — це діяльність, що полягає в одержанні інформації про встановлювані факти. Однак поняття пізнання-доказування й пізнання не збігаються, оскільки при провадженні в справі пізнання якихось фактів може здійснюватися і не в процесуальній формі — у ході ОРД та ін. Таке пізнання, на думку правника, не входить до процесу доказування, і його результати мають лише допоміжне, орієнтовне значення, а доказування, крім пізнання, містить у собі й інші види діяльності — посвідчувальну й обґрунтувальну[1].

Окремі автори вважають, що доказування не є пізнавальною діяльністю[2].

А. А. Давлетов вказує, що та частина кримінально-процесу-'аль^ного пізнання, яка полягає в установленні фактів, повинна визначатися як доказування, а та, що у вивченні доказів, — як дослідження, і пропонує відмовитися від широкого розуміння терміна «доказування» та замінити його поняттям «кримінально-процесуальне пізнання» . На його думку, кримінально-процесуальне пізнання — «більш широке поняття, що вказує як на змістовну (кримінально-), так і на формальну (про-'цесу-'альну) сторони пізнавальної діяльності в кримінальному судочинстві»[4].

Слушну думку про співвідношення доказування й пізнання, яка поділяється нами, висловив М. М. Михеєнко. Він вважає, що пізнання, результати якого мають юридичне значення, здійснюється лише в процесуальній формі. Тому, коли мова йде про гносеологічну сутність

Див.: *Орлов Ю. К.* Основы теории доказательств в уголовном процессе: Науч.-практ. пособие. — М., 2001.—С. 13-14.

Див.: *Лазарева В. А.* Суд присяжных и теоретическая модель доказывания// Правовые формы и эффективность доказывания по уголовным делам: Сб. науч. статей. — Самара, 1996. — С. 53.

Давлетов А. А. Основы уголовно-процессуального познания: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. —М., 1993. — С. 41.

Він же. Основы уголовно-процессуального познания.— Свердловск, 1991.— С. 152.

кримінально-процесушіього доказування як особливий різновид пізнання дійсності, слід ставити знак рівності між доказуванням і пізнанням. Непроцесуальна ж пізнавальна діяльність, що передує кримінально-процесуальному доказуванню або супроводжує його, як зазначає автор, виходить за межі кримінального процесу, а тому не має правового значення[1]. Проте непроцесуальна пізнавальна діяльність, на наш погляд, має не просто важливе, а іноді й визначальне значення для вирішення кримінальної справи, оскільки вона створює відповідні передумови для швидкого й повного розкриття злочину засобами кримінального процесу. Так, наприклад, в процесі оперативно-розшукового пізнання можна отримати дані про очевидців злочину, про місцезнаходження документів чи предметів, що були знаряддям злочину й зберегли на собі його сліди, про об'єкти злочинних посягань, а також місце знаходження грошей, інших цінностей, нажитих злочинним шляхом, а також про всі інші предмети, які є засобами виявлення злочину, встановлення обставин його вчинення й виявлення винних. У разі потреби ОРЗ мають спрямовуватися й на запобігання знищенню слідів злочину та інших матеріальних предметів, документів, що є засобами його викриття. Тому суб'єкт, який веде кримінальний процес, виходячи з матеріалів справи, вирішує питання про включення до кримінально-процесуального пізнання, що здійснюється у формі доказування, тих або інших фактичних даних, які пізнані ним у ході непроцесуальної пізнавальної діяльності, у тому числі в ході дослідження матеріалів ОРД.

Дослідження точок зору на співвідношення пізнання й доказування у кримінальному процесі дає нам підстави для висновку, що це не тотожні поняття. Тому заслуговує на підтримку позиція авторів, які вважають, що кримінально-процесуальне пізнання ширше за кримінально-процесуальне доказування[2], оскільки пізнання в кримінальному процесі як процес отримання знань уповноваженим суб'єктом, окрім доказування, може бути здійснено й в інший спосіб, наприклад, ознайомлення слідчого з довідковою літературою, бесіди з очевидцями

[1] Див.: *Михеєнко М. М.* Гносеологическая и юридическая сущность уголовно-процессуального доказывания // Михеєнко М. М. Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні: Вибрані твори. — К., 1999. — С 101.

[2] Див.: Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М, 1973. — С. 290; *Левченко О. В.* Уголовно-процессуальное доказывание (сущность, средства доказывания, предмет и пределы): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Ижевск, 2001. — С. 16.

події злочину чи з особами, які можуть охарактеризувати свідка, потерпілого, обвинуваченого, отримання консультації у фахівця тощо, якщо отримані у такий спосіб дані не включені до доказування у кримінальному процесі.

У зв'язку із зазначеним заслуговує критичного осмислення і доповнення позиція тих вчених, які вважають, що на стадії порушення провадження у кримінальній справі здійснюється кримінально-проце-'су-'аль^не доказування[1] і що дані, за допомогою яких воно здійснюється, є доказами[2], а також тих, які вважають, що кримінально-процесуальне доказування на стадії порушення провадження у кримінальній справі не відбувається[3] або що таке доказування має лише логічний характер.

Виходячи з гносеологічної природи доказування, можемо зробити висновок, що доказування має місце на всіх стадіях кримінального процесу, в тому числі й на стадії порушення провадження у кримінальній справі і є кримінально-процесуальним доказуванням, оскільки здійснюється в сфері кримінально-процесуальної діяльності. Доказування на стадії порушення провадження у кримінальній справі має свої засоби отримання доказів у кримінальному процесі, а саме: шляхом відібрання пояснень від окремих громадян чи посадових осіб або витребування необхідних документів (ч. 4 ст. 97 КПК України) тощо.

Отримані у такий спосіб дані (інформація) є також доказами у кримінальному процесі. Цими на цій стадії доказами доказуються (доводяться) певні обставини у кримінальному процесі. Ними обґрунтовуються рішення про порушення провадження у кримінальній справі,

[1] Див.: *Ульянова Л. Т.* О достаточности доказательств // Вестник Моск. ун-та.— 1974. — № 6. — С. 23-24; *Карнеева Л. М.* Правильное определение основных понятий теории доказательств — важнейшая гарантия достижения истины при производстве по уголовному делу// Гарантии прав личности в социалистическом уголовном праве и процессе. — Ярославль, 1981. — С. 15-16, 96-98; *Кузнецов Н. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела.— Воронеж, 1983.— С. 12; *Стахівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування: Монографія. — К., 2005. — С. 126-127.

Див.: *Захарцев С. И.* Оперативно-розыскные мероприятия. Общие положения. — СПб., 2004.

Див.: *Жогин Н. В. Фаткуллин Ф.* //.Предварительное следствие в советском уголовном процессе. — М.: Юрид. лит., 1965. — С. 20; *Зеленецкий В. С.* Структура советского уголовного процесса// Проблемы правоведения.— 1981.— Вып. 42.— С. 103; *Зажицкий В. И.* Уголовно-процессуальное доказывание и другие способы познавательной деятельности в уголовном судопроизводстве // Труды ВКШ КГБ СССР. — 1987. — № 41, 42. — С. 350.

про відмову у такому порушені, про запобіжне обмеження щодо особи, відносно якої порушено провадження у кримінальній справі тощо.

Докази на цій стадії кримінального процесу відрізняються від тих доказів, які визнаються такими після порушення провадження у кримінальній справі, перш за все, за процесуальною формою та джерелами їх отримання. Такий висновок слідує із порівняльного аналізу частин 4 і 5 ст. 97 та ст. 65, 66 КПК України. При цьому слід звернути увагу на те, що у ч. 1 ст. 65 КПК України говориться про «докази у кримінальній справі», а не Про докази у кримінальному процесі.

Отже, зазначені види кримінально-процесуального доказування суттєво відрізняються один від одного за метою, засобами і формами та результатами. На стадії досудового розслідування кримінальної справи та на судових стадіях кримінального процесу метою доказування є обґрунтування рішень кримінально-процесуальними доказами у кримінальній справі, які визначені ст. 65 КПК України, про встановлення наявності чи відсутності суспільно небезпечного діяння (злочину), винності особи, яка його вчинила, та інших обставин, що мають значення для справи. Суб'єкти доказування на цих стадіях процесу, яке здійснюється у чітко визначеній процесуальній формі, оперують виключно доказами, визначеними ст. 65 КПК України, а тому результати такого пізнання повинні мати вірогідний характер, хоча на практиці цього не завжди вдається досягти.

Що ж до стадії порушення провадження у кримінальній справі, то її метою є встановлення достатніх даних, які вказують на наявність чи відсутність ознак злочину. Такі «достатні дані» (докази) отримуються в ході пізнавальної діяльності, що за своїм характером є також кримінально-процесуальним доказуванням, яке характеризується наявністю більш спрощеної процесуальної форми.

Виходячи з гносеології та логіки, а також з урахуванням положень статей 97, 65 і 66 КПК України, такі «достатні дані» за способом та формою їх отримання є неоднорідними: одні з них визнаються доказами на подальших стадіях процесу за загальними правилами їх оцінки, передбаченими ст. 67 КПК України (протокол огляду місця події (ст. 190 КПК), протокол огляду і виїмки кореспонденції та дослідження інформації, знятої з каналів зв'язку (ст. 187 КПК)), інші (пояснення, витребувані документи (ч. 4 ст. 97 КПК), матеріали ОРД, в тому числі й отримані згідно з ч. 5 ст. 97 КПК) можуть стати доказами на подальших стадіях процесу лише відповідно до встановленого порядку для кожного виду доказів, передбачених ч. 2 ст. 65 КПК. На стадії

порушення провадження у кримінальній справі доказування є не лише логічною діяльністю, яка характерна для будь-якого доказування, а й предметно-практичною, що спрямована на отримання «достатніх даних», які по суті є доказами (аргументами), що формують підстави для прийняття відповідного рішення на цій стадії процесу. Звідси випливає необхідність диференціації як самого процесу кримінально-процесуального доказування, поняття доказів у кримінальному процесі, так і видів кримінально-процесуальних доказів, залежно від стадії процесу. Доказування як в ОРД, так і в кримінальному процесі на всіх його стадіях має пізнавально-практичній і посвідчувальний характер.

Аналіз наведених наукових джерел з філософії, логіки, кримінального процесу, криміналістики та ОРД дає підстави для висновку, що процес пізнання в будь-яких видах діяльності, в тому числі й в ОРД та кримінальному процесі, універсальний, як універсальні об'єктивні закони гносеології, що лежать у його основі. Як і в будь-яких сферах діяльності, воно включає не лише отримання знань, а й їх обґрунтування як для себе, так і для передачі іншим. У кожній зі сфер діяльності є своя встановлена форма обґрунтування отриманих у ході пізнання знань. Характер пізнання в ОРД та кримінальному судочинстві, що здійснюється у формі доказування, полягає в тому, що кожне з них має встановлену форму, яка відповідає специфіці цих видів діяльності й залежить від певної їх стадії. Для оперативно-розшукового пізнання така форма встановлена Законом про ОРД та відомчими нормативно-правовим актами, а для кримінально-процесуального — кримінально-процесуальним законом. Встановлені форми отримання знань про обставини злочину та їх обґрунтування забезпечують досягнення встановленої мети ОРД та кримінального судочинства.

Кримінально-процесуальне й оперативно-розшукове доказування як специфічний процес пізнання, що обумовлюється специфікою сфери застосування, є процесом отримання знання із знання, із знання для себе — знання для інших, являє собою опосередковане пізнання. Доказування в ОРД та кримінальному процесі як нерозривна єдність пізнавально-практичної і логічної діяльності, що оперує вже готовими поняттями, є формами відповідно оперативно-розшукового та кримінально-процесуального пізнанням.

Доказування як суто логічна діяльність є структурним елементом пізнання (доказування) в ОРД та кримінальному процесі. Теза, аргументи, демонстрація як філософські категорії повною мірою властиві доказуванню в ОРД та кримінальному процесі. Як теза в ОРД та кримінальному прбцесі є обставини, що підлягають доказуванню, а аргументами, доводами доказування— відповідно оперативно-розшукові та кримінально-процесуальні докази, що служать засобами доказування фактів.

Демонстрація доказування виражається в обґрунтованості й умотивованості рішень в ОРД та кримінальному процесі. Тому загальна принципова формула процесуального пізнання (а це повною мірою стосується і пізнання в ОРД. — *М. П.),* як слушно зазначає А. А. Давлетов, — «установлення обставин справи за допомогою доказів», — містить у собі й формулу доказування: «обґрунтування обставин справи (тез) за допомогою доказів (аргументів)» . Виходячи із зазначеного, можемо зробити висновок, що оперативно-розшукове і кримінально-процесуальне пізнання — це пізнання з указівкою на сферу його застосування, яка обумовлює їх специфіку."

Вирішальне значення для з'ясування змісту пізнання в ОРД та кримінальному процесі, визначення співвідношення пізнання й доказування в кримінальному процесі, а також визначення єдності та відмінності пізнання в ОРД та кримінальному процесі, на наш погляд, має аналіз структурних елементів пізнання в цих видах діяльності, що дозволяє визначити характер існуючих між ними зв'язків і утворену ними цілісну систему.

Процес пізнання суб'єктами, що провадять ОРД та кримінальний процес, здійснюється в результаті їх взаємодії з об'єктом пізнання. У зв'язку з цим постає необхідність визначення об'єкта пізнання як одного зі структурних його елементів, що відіграє важливу роль у забезпеченні предметності, цілеспрямованості, конкретності пізнавальних заходів відповідно підрозділу, що здійснює ОРД, органу дізнання, слідчого, прокурора й суду, упорядкування провадження в оперативно-розшуковій і кримінальній справах, встановлення напрямку і меж оперативно-розшукового документування та кримінально-процесуального доказування, що сприятиме ефективності застосування сил та засобів ОРД, досудового слідства й судового розгляду кримінальних справ, забезпеченню прав та законних інтересів осіб, що потрапляють до сфери ОРД та кримінального процесу.

Виходячи із загальнофілософського розуміння об'єкта[2], об'єктами пізнання в ОРД і кримінальному процесі є те, на що спрямована

Див.: *Давлетов А. А.* Основы уголовно-процессуального познания: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1993. — С 41-42.

Философский энциклопедический словарь / Редкол. С. С. Аверинцев, Э. А. Ораб-Оглы, Л. Ф. Ильичев и др. — М., 1989. — С. 151; Новейший философский словарь / Сост. и гл. науч. ред. А. А. Грицанов. — Мн., 2001. — С. 710, 1001.

пізнавальна діяльність їх суб'єктів, — частина об'єктивної дійсності, яка увійшла до сфери їх пізнавальної діяльності на підставі сформульованої мети пізнання при реалізації завдань на її досягнення.

Вибір об'єкта пізнання в будь-яких сферах діяльності не є довільним. Для суб'єктів кримінального процесу він заданий у кримінальних і кримінально-процесуальних нормах, а для суб'єктів ОРД, окрім цих норм, ще й у нормах Закону про ОРД та відомчих нормативно-правових актах, які спрямовують їх на конкретизацію об'єкта пізнання.

Оскільки ОРД і кримінальний процес як складні цілісні діяльнісні системи, що включають відповідні організаційно-правові форми (види проваджень), стадії, етапи, операції, заходи, дії тощо, кожна з яких у свою чергу може мати свій конкретний об'єкт спрямування, що' збігається із загальним об'єктом лише в кінцевому підсумку, то і в ОРД, і в кримінальному процесі слід виділяти загальний об'єкт пізнання, на що спрямована вся пізнавальна діяльність їх суб'єктів, а також окремі (спеціальні) об'єкти — те, на що спрямована конкретна пізнавальна діяльність суб'єкта пізнання при виконанні відповідно конкретної олеративно-розшукової дії, ОРЗ, оперативно-розшукової операції або процесуальної дії тощо.

Слід зазначити, що загальний об'єкт пізнання для ОРД і кримінального процесу в законі не вказаний, проте його можна вивести із мети та завдань ОРД і кримінального процесу, а також з інших норм, які визначають відповідно напрямок діяльності ОРД і кримінального процесу. Окрім того, для ОРД об'єкт пізнання конкретизований також відомчими нормативно-правовими актами. Щодо спеціальних об'єктів пізнання в ОРД та кримінальному процесі, то вони визначаються як нормативно — оскільки мета та завдання відповідних стадій чи проваджень, дій та заходів закріплена в законі чи інших відомчих правових актах, — так і конкретною оперативною чи слідчою ситуацією, що складаються відповідно в оперативно-розшуковій чи кримінальній справах.

У теорії ОРД об'єктом пізнання ОРД визнаються або «злочин і все, що з ним пов'язано, йому передує і його супроводжує» , або «обставини, що пов'язані з минулою злочинною подією та з підготовлюваними злочинами»[2].

Див.: *Синимое Г. К.* Правовые, информационные и тактические основы оперативно-розыскной деятельности советской милиции. — М., 1975. — С. 17.

[1] Див.: *Захарцев С. И.* Оперативно-розыскные мероприятия. Общие положения. — СПб., 2004. — С. 82.

На нашу думку, висловлені точки зору на об'єкт пізнання в ОРД потребують критичного аналізу. По-перше, визначені авторами об'єкти пізнання в ОРД не повністю відповідають змісту ОРД, оскільки загальний об'єкт пізнання ними невиправдано зводиться лише до конкретного злочину чи до його певних елементів. По-друге, перша точка зору на загальний об'єкт пізнання, з нашого погляду, потребує конкретизації, оскільки вона надає суб'єктам пізнання можливість визначення його меж на власний розсуд, а, як свідчить аналіз практики, відсутність нормативно закріпленого об'єкта пізнання в ОРД нерідко призводить до того, що пізнавально-розшукові заходи не мають чітко визначеного цілеспрямованого, предметного й послідовного характеру, що негативно позначається на оперативно-розшуковому документуванні обставин вчиненого чи підготовлюваного злочину, якості отриманих матеріалів ОРД та можливості їх використання в кримінальному процесі відповідно до визначених законом напрямів. Нечіткість визначення об'єкта пізнання в ОРД може спричинити ситуацію, коли у ході оперативно-розшукового документування оперативні працівники, з одного боку, нерідко намагаються задокументувати обставини, що не мають відношення до предмета доказування у кримінальній справі і навіть не можуть бути використані в організаційно-тактичних цілях у ході досудового слідства, а з другого — не піддають документуванню ті обставини, які безпосередньо стосуються предмета доказування у кримінальній справі чи можуть бути використані в організаційно-тактичних цілях у ході досудового розслідування кримінальної справи. Друга точка зору, на нашу думку, неповно визначає об'єкт пізнання в ОРД, зводячи його лише до об'єктивної сторони злочину, яка охоплює лише стадії закінчення й приготування, що не відповідає сутності його об'єкта.

Враховуючи специфіку ОРД, яка спрямована на пошук[1] і фіксацію фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, що місять ознаки конкретного злочину на стадіях його приготування, замаху, вчинення та закінчення, й імовірних злочинів, і виходячи з аналізу та оцінки оперативної обстановки на конкретних ділянках (об'єктах, напрямках) оперативно-розшукового забезпечення, в ОРД можна виділити загальний об'єкт та окремі (спеціальні) об'єкти пізнання.

[1] Див.: *Лекарь А. Г., Вандышев А. С.* Поиск. О задачах и структуре новой организационно-тактической системы // Бюлетень ВНИИИ МВД СССР. — 1975. — № 87. — С. 5-11; *Нагженко Б. Я.* О понятии поисковой работы // Совершенствование деятельности органов внутренних дел по раскрытию и расследованию преступлений. — М., 1982. — С. 35-42.

Загальним об'єктом пізнання в ОРД є оперативна обстановка, а спеціальними— обставини підготов, іюваних, тих, що вчиняються, та вчинених злочинів, визначені у статтях 64 і 23 КПК України та конкретизовані у відповідних гіпотезах норм Загальної та Особливої частин КК України, а саме: подія злочину (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення злочину); винність обвинуваченого у вчиненні злочину й мотиви злочину; обставини, що впливають на ступінь тяжкості злочину, а також обставини, що характеризують особу обвинуваченого, пом'якшують чи обтяжують покарання; характер і розмір шкоди, завданої злочином, розмір витрат закладу охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочинного діяння; причини й умови, які сприяли вчиненню злочину, а також обставини, що сприяють їх встановленню.

Виходячи з того, що пов'язані зі злочином обставини, які пізнані в ході ОРД та закріплені в матеріалах ОРД, можуть бути реалізовані в кримінальному процесі, як правило, лише шляхом легалізації[1], то

[1] Термін «легалізація» має традиційно неоднаковий зміст у теорії ОРД і КРД (Контрразведывательный словарь / Отв. ред. В. Ф. Никитченко. — М., 1972. — С. 151-152; *Тетерин Б. С.* Легализация оперативных данных: Учеб. материалы по контрразведывательной работе для молодых чекистов. — М., 1975; *Сервецький І. В., Теслюк З. М., Галатіна Т. Г.* Легалізація оперативно-розшукової інформації і її значення для кримінального судочинства// Бюлетень з обміну досвідом роботи.— 2002.— № 143.— С. 35-40), в криміналістиці {*Назаров В. В.* Оперативное документирование преступной деятельности и некоторые вопросы легализации данных, полученных из оперативных источников // О доказательствах в оперативной и следственной работе органов государственной безопасности: Материалы теоретической конф.— М., 1966.— С. 106-112; *Горбачев В. Н.* Сущность легализации в свете проблемы использования оперативных данных при расследовании преступлений // Труды ВКШ КГБ СССР. — 1989. — № 45. — С. 143; *Колесник В. А.* Правові, організаційні і тактичні аспекти використання оперативно-розшукових матеріалів у розслідуванні злочинів: Дис. ... канд. юрид наук. — К, 1998; *Кириченко С. А.* О так называемой «легализации» ОРД // Вісник Луганської академії внутрішніх справ. — 2002. — № 1. — С 99-105) та кримінальному процесі {*Курочка М.* Легалізація оперативно-розшукової діяльності у доказуванні // Право України. —1999.—№10. —С 34-36,53).

Легалізація матеріалів ОРД є одним з найважливіших напрямків діяльності оперативно-розшукових підрозділів на стадії їх реалізації, що пов'язаний, з одного боку, із забезпеченням таємності форм і методів ОРД, безпеки її учасників тощо, а з другого — з використанням здобутих у режимі таємності матеріалів ОРД у кримінальному процесі відповідно до його вимог. У теорії ОРД поняття «легалізація матеріалів ОРД» розуміється не в буквальному значенні — як надання таким матеріалам законності (вони і так є законними, оскільки отримуються в передбаченому законом порядку), а як зашифровування їх оперативних джерел, форм та методів отримання інформації, отримання аналогічної за своїм змістом інформації з відкритих джерел, які можуть стати

і способи легалізації також є спеціальним і обов'язковим об'єктом пізнання в ОРД, що має визначальне значення для підрозділів, які здійснюють ОРД, при використанні матеріалів ОРД у кримінальному процесі. Окрім того, окремим об'єктом пізнання в ОРД можуть бути обставини, що сприяють встановленню обставин, передбачених статтями 64 і 23 КПК України. Більш докладно окремі об'єкти пізнання в ОРД визначені у відомчих нормативно-правових актах. Так, наприклад, об'єктом пізнання підрозділів по боротьбі з організованою злочинністю і корупцією СБ України є: злочинна діяльність організованих угруповань; їх корумповані зв'язки з державними службовцями та посадовими особами у владно-управлінських, правоохоронних, контролюючих органах та військових формуваннях України; легалізація (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом; причини та умови, що сприяють корупції і організованій злочинності; контрабандна діяльність на каналі зовнішньоекономічних зв'язків, зокрема, з боку злочинних угруповань, у тому числі міжнародних, метою яких є переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю товарів у великих розмірах, а також незаконне переміщення історичних та культурних цінностей, сильнодіючих отруйних, радіоактивних та вибухових речовин, зброї і боєприпасів, стратегічно важливих сировинних товарів; злочинна діяльності в Україні закордонних наркосиндикатів та організованих наркоугруповань; корупція в органах державної влади. Об'єктом пізнання справи оперативної розробки є: дані, що стали підставою для її заведення, ознаки готування або вчинення злочину в діях особи, що розробляється; ступень суспільної небезпеки у діях об'єктів оперативної розробки, рівень завданої шкоди інтересам державної безпеки України; факти, які підтверджують або спростовують початкові підозри, обставини, які виключають притягнення об'єктів розробки до кримінальної відповідальності; механізми і причини вчинення злочинів проти держави та умови, що сприяють вчиненню злочинних дій; особи, що розробляються, та їх злочинні зв'язки, мотиви вчинення протиправних діянь; можливості залучення особи, у разі потреби, до конфіденційного співробітництва з органами Служби безпеки України; об'єктом пізнання зняття інформації з каналів зв'язку

відповідно до вимог КПК джерелами доказів у кримінальному процесі. Особам, що ведуть кримінальний процес, повинні надаватися легалізовані матеріали ОРД. Ні слідчий, ні прокурор, ні суд не повинні брати участі в їх легалізації, оскільки це не сумісне з їх кримінально-процесуальним статусом.

(п. 9 Закону про ОРД) є переговори окремих осіб, що ведуться по лініях зв'язку з використанням телефонів та інших пристроїв тощо.

Зміст об'єкта пізнання у кримінальному процесі правознавцями також розуміється неоднаково. Аналіз наукових праць, присвячених цій проблемі, дає підстави для висновку про те, що його зміст у цілому залежить від розуміння тими чи іншими авторами співвідношення пізнання й доказування в кримінальному процесі, а також їх змісту. Науковці, які ототожнюють поняття пізнання й доказування, вважають, що об'єкт пізнання в кримінальному процесі збігається з предметом доказування[1]. Так, Ю. М. Грошевий предмет доказування у кримінальній справі визначає як об'єктивоване знання законодавця про ті необхідні фрагменти реальної дійсності, без установлення яких неможливе досягнення соціальних цілей і завдань правосуддя у конкретній кримінальній справі. «Набір» фактів, що входять до предмета доказування, і є, на його думку, об'єктом судового пізнання, що обумовлений цілями й завданнями правосуддя, обов'язком установлення в кожній справі об'єктивної істини[2]. Проте він вважає, що визначення предмета доказування в ст. 64 чинного КПК України є неповним і пропонує доповнити її вказівкою на необхідність доказування обставин, що виключають злочинність та караність діяння; обставин, що можуть викликати звільнення від кримінальної відповідальності та покарання; обставин, що впливають на правильність оцінки даних, які мають значення для визначення допустимості та вірогідності доказів .

Науковці, які вважають, що пізнання й доказування у кримінальній справі не тотожні, по-різному визначають їх об'єкти. При цьому висловлюють найрізноманітніші погляди на їх зміст.

В. С. Зеленецький вважає, що об'єктом пізнання у кримінальній справі є сукупність обставин, явної, та процесів, істинне пізнання яких визначає всебічне й повне, законне й обґрунтоване вирішення завдань кримінального процесу, виконання ним свого соціального призначення[4], і включає до його змісту: злочин, причини й умови, які йому

[1] Див.: *Грошевой Ю. М.* Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. — Харьков, 1979. — С. 11, 14.

[2] Там само. — С. 12.

[3] Див.: *Грошевой Ю. М.* Деякі проблеми кримінально-процесуальної теорії// Вісник Академії правових наук України. — 2004. — № 3 (38). — С 141-142.

[4] *Зеленецкий В. С.* Структура объекта познания в советском уголовном процессе // Проблемы социалистической законности на современном этапе коммунистического строительства: Кратк. тез. докл. и сообщ. респ. конф. — Харьков, 1978. — С. 237.

сприяли, обставини, які впливають на ступінь і характер відповідальності обвинуваченого, законність і обґрунтованість діяльності, яка передувала пізнанню, та її результатів. Під предметом пізнання вчений розуміє сукупність обставин, що інкримінуються конкретній особі[1].

У більш пізній роботі В. С. Зеленецький висловив думку, що в кримінальному процесі існує загальний (генеральний) об'єкт пізнання як цілісне утворення, що складається з семи окремих відносно самостійних об'єктів: 1) кримінально-правового; 2) кримінологічного; 3) процесуального; 4) інформаційного; 5) діяльнісно-практичного; 6) гностичного; 7) психологічного, які перебувають між собою у взаємозв'язку[2].

А. А. Давлетов визначає об'єкт кримінально-процесуального пізнання як сукупність двох компонентів: злочинної події та пов'язаних з нею обставин і слідів, що відбилися і збереглися до моменту розслідування злочину, які співвідносяться між собою як мета та засоби[3].

Аналіз висловлених точок зору на об'єкт пізнання в кримінальному процесі, а також норм кримінально-процесуального законодавства дає підстави для висновку про те, що об'єкти пізнання на кожній стадії кримінального процесу повністю не збігаються, а мають свою специфіку, що визначається завданнями цих стадій. Виходячи з цього, можна погодитися з Ю. М. Грошевим, що об'єктом судового пізнання є «набір» фактів, які входять до предмета доказування, обумовлений цілями й завданнями правосуддя, обов'язком установлення в кожній справі об'єктивної істини[4]. Це положення набуває ще більшої актуальності в судових стадіях в умовах розширення змагальних засад кримінального процесу й посилення арбітрального методу вирішення кримінальної справи у суді. Проте для стадій порушення провадження у кримінальній справі чи досудового розслідування об'єкт пізнання значно ширший, тому його неправомірно зводити лише до «набору фактів, що входять до предмета доказування у кримінальній справі», оскільки для встановлення таких фактів органам досудового

[1] *Він же.* Объект уголовно-процессуального познания действительности // Вопросы государства и права развитого социалистического общества: Тез. респ. науч. конф. — Харьков, 1975. — С. 247-249.

Він же. Объект познания в доследственном уголовном процессе// Весы Фемиды. — 2002. — № 2. — С. 17-20.

Давлетов А. А. Основы уголовно-процессуального познания: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1993. — С. 12.

Грошевой Ю. М. Сущность судебных решений в советском уголовном процессе.—Харьков, 1979. — С . 12.

розслідування доводиться пізнавати й ті обставини, що сприяють встановленню зазначених фактів.

Виходячи з цього, на наш погляд, найбільш повно й точно визначив об'єкт пізнання у кримінальній справі на стадіях досудового провадження І. М. Лузгін, який до його змісту відносить усі обставини, що характеризують злочин і підлягають доказуванню відповідно до вимог закону, доказові факти, що мають значення для визначення тактики слідства, розшуку винного, обставини, знання яких дозволяє слідчому в необхідних випадках впливати на обвинуваченого, вносити пропозиції по усуненню причин і умов, що сприяють вчиненню злочину, дані, що характеризують експерта, фахівця й дозволяють вирішити питання про можливість і доцільність використання цих осіб для виконання експертного дослідження чи участі у проведенні слідчих дій, обставини, що дозволяють знайти й оцінити доказ, діяльність органів дізнання, інших слідчих, представників громадськості, що визначається як сукупність обставин, явищ і процесів, істинне й достовірне пізнання яких визначає правильне вирішення кримінальної справи[1]. Таким чином, об'єктом пізнання є не лише факти реальної дійсності, що підлягають встановленню у кримінальній справі відповідно до статей 64, 23 КПК України, а й ті, що використовуються суб'єктами кримінального процесу в тактично-організаційних цілях при застосуванні засобів пізнання для їх встановлення.

Поряд з об'єктами пізнання в ОРД та кримінальному процесі також слід виділяти й предмет пізнання. Виходячи з філософського розуміння предмета пізнання[2], предмет пізнання в ОРД та кримінальному процесі — це зафіксовані в досвіді суб'єктів відповідно ОРД і кримінального процесу та включені до їх практичної діяльності сторони, властивості й відносини об'єктів, що досліджуються з певною метою в даних умовах та обставинах.

Завданням пізнання в ОРД та кримінальному процесі є всебічне дослідження їх об'єкта з метою отримання істинних знань про нього для обгрунтування відповідних рішень в оперативно-розшуковій чи кримінальній справі.

Позитивний результат пізнавальної діяльності в ОРД та кримінальному процесі визначається тим, які засоби пізнання застосовуються при цьому. У філософській літературі як засоби пізнання визначаються відповідні предмети-посередники, що утворюються, конструюються в ході пізнавальної діяльності і якими оперують з метою отримання й обгрунтування знання про той чи інший об'єкт. Саме за їх допомогою суб'єктові пізнання вдається взаємодіяти з об'єктом і тим самим пізнавати його. Тому утворювані в процесі пізнання предмети-посередники є не чим іншим, як засобами пізнання . Виходячи із зазначеного, під засобами пізнання в ОРД та кримінальному процесі нами розуміється все те, за допомогою чого воно здійснюється, — отримуються певні знання як результат пізнання.

Звертає на себе увагу те, що в близькому за своїм змістом до ОРД кримінальному процесі, незважаючи на значну кількість наукових праць, присвячених пізнанню в цій сфері діяльності , окремо питання засобів пізнання всебічно не досліджувалося. Однією з причин цього, на наш погляд, є те, що в теорії доказового права до цього часу немає єдності думок щодо понять доказу, доказування, а також їх змісту та структури. Окрім того, багатьма процесуалістами пізнання ототожнюється з доказуванням, у якому засіб доказування розглядається як його структурний елемент[3]. Однак правники дотепер не дійшли єдиної думки щодо визначення самого поняття та змісту засобу доказування.

Лузгин И. М. Расследование как процесе познания. — М., 1969. — С 23-24.

[2] Див.: *Спаркіш А. Г.* Философия: Учебник. — М., 1998. — С. 412.

[1] Див.: *Лекторский В. А.* Субъект, объект, познание. — ML, 1980. — С. 160.

[2] Див.: *Коновалова В.* Изследване на диалектиката на Познанието в наказателния процес // Философска мисъл. — 1965. — № 2. — С. 126-128; *Зеленецький В. С.* Пізнання в кримінальному процесі// Радянське право.— 1977.— № 4 . — С. 72-74; *Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькинд П. С.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. — Воронеж, 1978; *Грошевой Ю. М.* Сущность судебных решений в советском уголовном процессе.— Харьков, 1979.— С. 17-19; *Михеенко М. М.* Гносеологическая и юридическая сущность уголовно-процессуального доказывания // Проблемы социалистической законности. — Харьков, 1982. — Вып. 10. — С. *15;Домбровский Р. Г.* Познание и доказывание в расследовании преступлений: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. — Киев, 1990; *Давлетов А. А.* Основы уголовно-процессуального познания. — Свердловск, 1991; *Сібільова Н. В.* Допустимість доказів у радянському кримінальному процесі: Навч. посіб.— К., 1991; *Кипнис Н. М.* Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. — М., 1995; *Шумило М. Є.* Реабілітація в кримінальному процесі України. —Х., 2001. — С 131-145; таін.

[3] Див.: *Строгович М. С* Курс советского уголовного процесса: В 2 т. — М., 1968. — Т. I: Основные положения науки советского уголовного процесса. — С. 295; *Корнеев Г. П.* Методологические проблемы уголовно-процессуального познания. — Н. Новгород, 1995.— С. 94; *Шейфер С. А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. — Тольятти, 1998. — С. 12; *Черкасов А. Д., Николайченко В. В.* Соотношение уголовно-процессуального познания и доказывания // Проблемы реализации судебной реформы в России. — Саратов, 1998.—Вып. 1. — С . 80.

Докладний аналіз поглядів на цю проблему зробив Ю. М. Грошевий[1], а тому обмежимося лише переліком, з нашого погляду, найголовніших з них, які можуть бути використані при визначенні засобів пізнання в ОРД, та зробимо окремі доповнення до нього.

У процесуальній літературі засобами доказування називаються джерела доказів[2], фактичні дані[3], докази[4]. Терміном «засіб доказування» охоплюється як джерело, так і фактичні дані[5], ставиться знак рівності між засобами доказування і джерелами доказів, передбаченими ч. 2 ст. 65 КПК України[6], використовуються рівною мірою і той, і інший терміни[7], ототожнюються поняття «засоби доказування» й «види доказів», вичерпний перелік яких дається в ч. 2 ст. 65 КПК України[8]. Слід зауважити, що в теорії доказового права різний зміст вкладається і в такі поняття, як «джерело доказів» та «фактичні дані» . Ф. Н. Фаткуллін вважає, що термін «засоби процесуального доказування» повинен застосовуватися для позначення багатогранного поняття, котре

[1] Див.: *Грошевий Ю. М.* Поняття і класифікація засобів доказування в кримінальному процесі // Вісник Академії правових наук. — 1997. — №3(10). — С. 69-76.

Там само. — С. 72.

[3] Див.: *Белкин Р. С.* Собирание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы. — М., 1966. — С . 18.

[4] Див.: *Ыихеенко М. М.* Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. — Киев, 1984. — С. 76; *Стахівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування: Монографія. — К., 2005. — С. 118.

[5] Див.: *Лузгин И. М.* Методологические проблемы расследования. — М., 1973. — С. 69; *Кузнецов Н. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. — Воронеж, 1983. — С . 59.

Див.: *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса: В 2 т.— М., 1968. — Т. I: Основные положения науки советского уголовного процесса. — С. 161.

[7] Див.: *Винберг А., Комаров Г., Миньковский Г.* Актуальные вопросы теории судебных доказательств // Социалистическая законность. — 1963. — № 12. — С. 24-26.

[8] Див.: Кримінальний процес України: Підруч. для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / За ред. Ю. М. Грошевого та В. М. Хотенця. — Х., 2000. — С. 155; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П. А. Лупинская — М., 2001. — С. 197-198.

[9] Див.: *Фаткуллин Ф. Н.* Доказательства и их источники: анализ содержания // Советское государство и право.— 1973.— № 1.— С. 69-74; *Колдин В. А., Громов Н. А., Галкин В. А.* О соотношении понятий «доказательства» и «фактические данные» // Российский судья. — 2001. — № 12. — С. 31-35; *Шумило М. Є.* Наукові засади використання оперативно-розшукових матеріалів в доказуванні у кримінальних справах // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи: Матеріали наук.-практ. конф. / Редкол.: Сташис В. В. (голов, ред.) та ін. — К.; Х., 2002. — С. 190; *БочаровД.* Поняття «фактичні дані» у теорії доказування: проблеми тлумачення // Вісник прокуратури. — 2002. — №. 29-32.

охоплює як фактичні дані, що використовуються в процесі доказування, так і ті форми й засоби, за допомогою яких ці дані стають надбанням прокурора, суду та органів попереднього розслідування .

Слушною, на наш погляд, є думка Г. Ф. Горського, Л. Д. Кокорева та П. С Елькінд, які, конструюючи систему кримінально-процесуального доказування, включають до неї як структурне утворення засоби доказування, підрозділяючи їх на дві групи. До першої групи автори відносять фактичні дані, які використовуються в процесі доказування і містяться в передбачених законом джерелах. До другої — способи одержання, перевірки та використання доказів у кримінальному судочинстві (слідчі та судові дії)[2]. Ця думка поділяється і Ю. М. Грошевим .

Підтримуючи зазначену позицію, 3. 3. Зінатуллін дещо уточнює її, вказуючи, що знання про обставини і факти, які підлягають установленню в кримінальній справі, здобуваються лише шляхом кримінально-процесуального доказування, за допомогою певних процесуальних засобів, зібраних у передбаченій законом кримінально-процесуальній формі, а саме за допомогою доказів, отриманих із вказаних у ч. 2 ст. 65 КПК джерел, у результаті проведення передбачених ст. 66 КПК процесуальних дій. Узяті разом вони утворюють таке багатогранне поняття, як «засіб кримінально-процесуального доказування». У повній відповідності зі своїм змістовним значенням, — пише автор, — засобами кримінально-процесуального доказування є як фактичні дані (докази), що використовуються в ході такої діяльності, так і ті форми, в які вони утілені (джерела доказів), і способи, за допомогою яких такі дані стають надбанням органів слідства, прокуратури й суду .

Таким чином, виходячи із широкого розуміння засобу доказування як всього того, за допомогою чого воно здійснюється, такими засобами є: фактичні дані, що мають своїм призначенням бути доказовою основою висновків і рішень у кримінальній справі, виступають як інформаційна основа фактів і обставин, що входять до предмета

[1] Див.: *Фаткуллин Ф. Н.* Общие проблемы процессуального доказывания — Казань, 1976. — С. 93.

[2] Див.: *Горский Г Ф., Кокорев Л. Д., Элькинд П. С.* Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. — Харьков, 1979. — С. 218, 234.

У кримінально-процесуальній літературі існують різні точки зору на процесуальну природу слідчих і судових дій. — Див.: *Іщенко В.* Способи збирання доказів у кримінальному процесі України // Право України. — 2000. — № 10. — С. 75-78.

[3] Див.: *Грошевий Ю. М.* Вказана праця. — С. 69-76.

[4] Див.: *Зинатуллин 3. 3.* Уголовно-процессуальное доказывание: Учеб. пособие.—Ижевск, 1993. — С . 133-134.

доказування; їхні джерела як носії і відповідна форма передачі доказової інформації у кримінальній справі (доказів); способи отримання і використання доказів та їх процесуальні дії. Кожний з названих засобів кримінально-процесуального доказування має свій зміст, процесуальну форму і призначення. Разом з цим вони тісно пов'язані між собою. Так, наприклад, докази, як і фактичні дані, не можуть існувати поза визначеними джерелами, а ці джерела, так само як і фактичні дані, що містяться в них, у свою чергу, можуть бути отримані лише за допомогою визначених законом способів (ст. 66 КПК). Зводити засоби доказування лише до доказів[1], на наш погляд, можна лише в тому випадку, коли під доказуванням розуміється тільки логічна діяльність, що не відповідає засадам доказового права в кримінальному процесі[2].

Оскільки пізнання і доказування в кримінальному процесі збігаються як ціле і частина, то засоби доказування є також і засобами пізнання. Окрім того, засобами пізнання в кримінальному процесі є преюдиції, презумпції, загальновідомі факти, що включені в процес доказування у кримінальній справі. Виходячи з широкого розуміння засобу пізнання в кримінальному процесі, ними також є ОРД, матеріали ОРД та інші дані і способи їх отримання, що здійснені як процесуальним шляхом (відбиранням пояснень, витребуванням документів відповідно до ч. 4 ст. 97 КПК), так і позапроцесуальним шляхом, наприклад, у ході розшукової діяльності слідчого тощо.

ОРД як окремий самостійний вид пізнавальної діяльності має свої власні засоби пізнання, які суттєво відрізняються від засобів пізнання у кримінальному процесі. Виходячи з етимологічного, філософського та правового визначення поняття засобу , вважаємо, що засобами пізнання в ОРД є оперативно-розшукова інформація, що міститься в матеріалах ОРД, самі матеріали ОРД як форма і носій цієї

' Див.: *Стахівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування: Монографія. — К., 2005. — С 170.

[2] Див.: *Погорецький М. А* Оперативно-розшукова діяльність як засіб пізнання в кримінальному процесі // Збірник наукових праць НА СБУ. — К., 2003. — № 10. — С. 173-179.

" Див.: *Трубников Н. Н.* О категориях «цель», «средство», «результат». — М., 1968. — С. 72; *Лекторский В. А.* Субъект, объект, познание. — М., 1980. — С. 160; *Алексеев С. С.* Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Советское государство и право. — 1987. — №6. — С. 14; Великий тлумачний словник сучасної української мови / Упоряд. і голов, ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь, 2001.— С. 326; *Алексеев С. С.* Восхождение к праву: Поиски и решения.— М., 2001. — С . 287-292.

інформації, ОРЗ, за допомогою яких отримується така інформація, а також все те, що слугує досягненню мети ОРД і отриманню її результатів, що не заборонені законом і за допомогою яких може бути пізнаний об'єкт ОРД[1].

Специфіка засобів пізнання в ОРД полягає в тому, що їм у переважній більшості притаманна конспіративність, конфіденційність і відсутність жорстких форм регламентування, на що зверталася увага ще дореволюційними вченими. Так, відомий правознавець того часу П. І. Попов слушно зазначав, що «чим менше обрядності, чим більше простоти, тим скоріше ці дії досягають своєї мети»[2]. Тому вважаємо необгрунтованими й такими, що не відповідають сутності ОРД і вітчизняному (змішаному) кримінальному процесу[3], пропозиції окремих авторів надати оперативно-розшуковим засобам пізнання жорсткої процесуальної форми[4]. Прагнення, щоб оперативні працівники в процесі ОРД діяли в настільки ж тісних процесуальних рамках, що й органи розслідування та суд, як справедливо зазначає О. І. Трусов, «явно несумісне з вирішенням практичних завдань своєчасного виявлення й розкриття злочинів»[5]. З нашого погляду, в ході правового регулювання цих засобів слід користуватися лише «загальними дозволами» та «загальними заборонами»[6]. Оперативно-розшукові засоби пізнання не повинні бути обтяжені жодними формальностями, за винятком тих засобів, які обмежують конституційні права та свободи людини, однак і для них слід встановити лише такі процедури обмеження, які, з одного боку, забезпечили б дотримання прав та свобод людини, а з другого — не розкривали б детально сутність, форми та методи таких засобів, оскільки формалізація оперативно-розшукових засобів пізнання

' Див.: *Погорецький М. А.* Засоби пізнання в оперативно-розшуковій діяльності // Питання боротьби зі злочинністю: 36. наук, праць. — Х., 2004. — № 9. — С 145.

[2] *Попов П.* Руководство для чинов корпуса жандармов при производстве дознаний. — СПб., 1888. — С. 104-105.

[3] Див.: *Смирнов А. В.* Модели уголовного процесса.— СПб., 2000.— С. 3-17, 202-218.

Див.: Грошевий Ю., Дідоренко Е., Розовський Б. Кримінально-процесуальні аспекти оперативно-розшукової діяльності // Право України. — 2003. — С 73-78.

[5] *Трусов А. И.* Соотношение следственной и оперативно-розыскной деятельности // Информационный бюллетень Следственного комитета МВД РФ. — 1993. — № 2 (75). — С . 68-69.

Див.: *Алексеев С. С.* Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М., 1989; *Він же.* Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 646-651; *Він же.* Восхождение к праву: Поиски и решения. — М., 2001. — С . 324-333.

завадить їх оперативності й маневреності, що негативно позначиться на результативності не лише ОРД, а й кримінального процесу. Враховуючи, що форми й методи ОРД становлять державну таємницю, їх докладна законодавча регламентація в принципі неможлива .

Як свідчить зарубіжний досвід, велике значення для виявлення й розкриття злочинів мають так звані «нетрадиційні засоби пізнання»: знання, отримані за допомогою ясновидців, екстрасенсів, лай-детекторів, астрологів тощо[2]. Проте у правовій літературі висловлюється неоднозначне ставлення до цієї проблеми. Так, О. М. Ларін виступає з різкою критикою цих засобів виявлення та розкриття злочинів, вважаючи їх «ненауковими, шарлатанськими, такими, що спричиняють пряме порушення закону й менш за все відповідають завданням кримінального процесу»[3]. Подібної думки дотримуються й інші вчені .

Допускаючи можливість використання таких засобів у німецькому кримінальному процесі, в сучасному посібнику з криміналістики ставлення до них формулюється у такий спосіб: «Виявляючи максимальну обережність, у деяких випадках не можна зовсім виключити того, що висловлення чи пророкування ясновидців точні... що це досить надійні для потреб криміналістики пізнавальні засоби»[5].

Окремі науковці висловлюються за необхідність застосування поліграфа та інших нетрадиційних засобів пізнання у діяльності правоохоронних органів[6]. У цілому підтримуючи цю позицію, вважаємо, що інформація, одержувана з використанням можливостей осіб, які мають

Див.: *Погорецький М. А.* Засоби пізнання в оперативно-розшуковій діяльності // Питання боротьби зі злочинністю: 36. наук, праць. — Х., 2004. — № 9. — С 145.

[2]*GrossK, Geerds F.* Handbuch der Kriminalistik, Bd. 1.—Berlin, 1979. —С 113.

Див.: *Ларин А. М.* Криминалистика и паракриминалистика: Науч.-практ. и учеб. пособие. — М., 1996. — С. 178-179.

Див.: *Коновалова В. О.* Правова психологія: Навч. посіб. — Х., 1996. — С. 183-189; *Коновалова В., Панов М.* Інтуїція: поняття і роль у судочинстві // Вісник Академії правових наук. — 1999. — № 1 (16). — С 185-187; *Шепитько В. Ю.* Теория криминалистической тактики. — Харьков, 2002. ~ С. 73-74.

' *Gross H., Geerds F.* Вказана праця. — С. 113.

Див.: *Подшибякин А. С.* Использование полиграфа при раскрытии и расследовании преступлений (нравственные аспекты) // Информационный бюллетень Академии управления МВД России. — М, 1999. — № 8. — С. 20-24; *Галаган В. І.* Використання поліграфу: за і проти// Українське право.— 2000.— № 1 (13).— С. 172-175; *Баулин О. В., Галаган В. И., Федоров К. Л.* К проблеме использования полиграфа органами предварительного расследования Украины // Теория и практика применения полиграфа в правоприменительной деятельности / Под ред. А. Г. Сапрунова и С. Л. Николаева. — Сочи, 2000. — С. 40-47; *Галаган В. І.* Проблеми вдосконалення кримінально-процесуальної діяльності органів внутрішніх справ України. — К,, 2002. — С 233-242.

екстрасенсорні здібності, та за допомогою поліграфа, не може бути покладена в основу обґрунтування рішень у кримінальному процесі. Водночас вона може бути використана у кримінальному процесі в організаційно-тактичних цілях.

В оперативно-розшуковому пізнанні, з нашої точки зору, не лише можуть, а й повинні використовуватися будь-які засоби пізнання, що не заборонені законом, в тому числі й так звані «нетрадиційні засоби», проте за умови, що вони отримані без порушення прав людини. Використання їх в ОРД є корисним і могло б значно зменшити застосування в цій сфері діяльності незаконних методів отримання матеріалів ОРД. Як і будь-яка оперативно-розшукова інформація, інформація, отримана від екстрасенса чи за допомогою поліграфа, повинна ретельно зважуватися й перевірятися на предмет встановлення її достовірності за допомогою інших заходів пізнання, встановлених в ОРД.

Отже, наявність сукупності засобів пізнання ОРД і кримінального процесу є важливою частиною їх «технології». Коло цих засобів, характер застосування та результативність зумовлені гносеологічною природою зазначених видів діяльності, метою та завданнями, що стоять перед їх суб'єктами, а також конкретними умовами й обставинами, в яких вони відбуваються.

Засіб пізнання у літературі, як нами вже зазначалося, називається ще прийомом, а тому С А. Шейфер, досліджуючи пізнавальний аспект слідчих дій, на нашу думку, правомірно вказує пізнавальні прийоми, що становлять їх зміст, визначають внутрішню структуру й пізнавальні засади, а саме: спостереження, порівняння, вимірювання, моделювання, експеримент, опитування, описування. Ці ж прийоми, як слушно вказує автор, є методами пізнання, що широко застосовуються як у наукових дослідженнях (де вони часом іменуються «фактофіксуючими»), так і в практичній діяльності, спрямованій на дослідження конкретних фактів .

В ОРД і кримінальному процесі можуть застосовуватися однакові методи пізнання, гносеологічна сутність яких залишається тою ж самою, оскільки, як зазначає Р. С Бєлкін, «методи пізнання істини як категорія гносеологічна не регламентуються законом, закон регламентує лише форму їхнього застосування»[2]. Тому наявні відмінності між

[1] Див.: *Шейфер С. А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма. — М., 2001. — С. 14-33.

[2] *Белкин Р. С.* Курс криминалистики: В 3 т. — М., 1997. — Т. 1: Общая теория криминалистики. — С. 369-370.

дослідженнями в ОРД та кримінальному процесі обумовлюють і ту специфіку, якої набувають загальні методи пізнання при їхньому застосуванні в ході виконання покладених на них завдань. Зрештою специфіка їх визначається формою застосування цих методів у процесі пізнання; правовим положенням їх суб'єктів, що застосовують методи пізнання; умовами пізнання істини в ході ОРД і кримінального процесу; характером об'єктів пізнання в ОРД і кримінальному процесі; характером отриманих знань та їх закріпленням, що обумовлює застосування відповідних ОРЗ та слідчих дій.

Якщо коло суб'єктів кримінально-процесуального пізнання та їх процесуальний статус чітко визначені КПК України, то коло суб'єктів оперативно-розшукового пізнання та їх правовий статус такого визначення ані на рівні законодавства, ані на рівні відомчих підзаконних нормативно-правових актів не одержали. Основним суб'єктом оперативно-розшукового пізнання є оперативний працівник, що веде оперативно-розшукову справу й наділений владними повноваженнями для прийняття відповідних рішень по застосуванню пізнавальних оперативно-розшукових засобів. Суб'єктом оперативно-розшукового пізнання є й керівник оперативного підрозділу, що здійснює керівництво та контроль за пізнавальною діяльністю у конкретній оперативно-розшуковій справі. Слід віднести до суб'єктів пізнання в ОРД і негласних штатних оперативних працівників підрозділів оперативного документування, оперативно-технічних підрозділів та ін., які також беруть участь у пізнавальному процесі ОРД при здійсненні відповідних ОРЗ, проте їх пізнавальна діяльність має свою специфіку, оскільки у більшості випадків їм не відома кінцева мета, завдання та кінцеві результати пізнання у відповідних оперативно-розшукових справах. Вони лише пізнають окремі епізоди та сторони злочинної діяльності об'єктів ОРД.

Не можна, на наш погляд, віднести до суб'єктів оперативно-розшукового пізнання осіб, що співробітничають з оперативно-розшуковими підрозділами на негласній добровільній конфіденційній основі, оскільки вони Законом про ОРД та відомчими нормативними актами не наділені владними повноваженнями у сфері ОРД на прийняття будь-яких рішень. Зазначені особи виконують лише доручення владного суб'єкта ОРД, у тому числі й пізнавального характеру. Такі суб'єкти пізнання є засобом пізнання в ОРД.

Специфіка пізнання в ОРД полягає в тому, що, на відміну від пізнання в кримінальному процесі, якому властивий лише ретроспективний характер, (оскільки в основі діяльності органу дізнання й слідчого, прокурора та суду завжди лежить пізнання фактів, що мали місце

в минулому), оперативний працівник як суб'єкт пізнання може бути очевидцем злочину при його безпосередньому документуванні й навіть учасником його підготовки чи вчинення при впровадженні в злочинну групу й пізнавати його обставини як опосередковано, в тому числі й ретроспективно, так і безпосередньо в момент його підготовки та вчинення. Суб'єкти, що ведуть кримінальний процес, завжди пізнають обставини підготовки та вчинення злочину опосередковано. Для безпосереднього пізнання їм доступні лише його сліди.

Ретроспективне пізнання в ОРД та кримінальному процесі становлять три елементи: минулі факти[1], інформація про факти, знання про факти. Воно полягає в отриманні суб'єктом пізнання знання про минулі факти завдяки наявній інформації про них і являє собою «процедуру опосередкованого вивідного отримання знань про минулі предмети на основі знання про існуючі або про інші минулі предмети»[2].

Пізнання в ОРД і в кримінальному процесі спрямоване на одержання вірогідного (достовірного) знання про обставини злочинної діяльності, які є його результатом. З цього випливає, що від того, наскільки повним буде це знання, настільки можна говорити про пізнання істини в ОРД і кримінальному процесі, з якою у філософії тісно пов'язані такі категорії, як «імовірність» і «вірогідність», що характеризують ступінь її пізнання .

Істинність характеризує об'єктивний зміст знання, адекватність відбиття ним незалежної від суб'єкта пізнання дійсності. Істина може існувати як у формі доведеного, обґрунтованого знання, так і у вигляді гіпотези. Вірогідність визначає обґрунтованість цього знання, його доведеність .

[1] У системі ретроспективного пізнання факт характеризується об'єктивністю, одиничністю, багатосторонністю, значущістю, опосередкованістю. — *Давлетов А. А.* Основы уголовно-процессуального познания: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М, 1993. — С 7.

Заботим Л. С. Преодоление заблуждения в научном познании. — М.:, 1979. — С . 75.

[3] Див.: *Погорецький М. А.* Імовірність і вірогідність: філософсько-правовий аспект // Науковий вісник НА СБУ. — К., 2004. — № 20. — С. 81-88.

[4] Див.: *Ратинов А. Р.* Вопросы познания в судебном доказывании // Советское государство и право.— 1964.— № 8 . — С. 107; *Лупинская П. А.* Законность и обоснованность решений в уголовном судопроизводстве.— М., 1972.— С. 66; *Резник Г. М.* Внутреннее убеждение при оценке доказательств.— М, 1977.— С. 63; *Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькинд П. С.* Толкование и применение норм уголовно-процессуального права.— М., 1967.— С. 204; *Карнеева Л. М.* Доказательства в советском уголовном процессе: Учеб. пособие. — Волгоград, 1988. — С. 47.

Виходячи з філософського розуміння істини, вона є об'єктивною категорією і її зміст не змінюється залежно від її доведеності, тому слід погодитися з думкою тих дослідників, які вважають, що у судовій діяльності не слід змішувати істину з її обґрунтованістю доказами . Однак достовірне знання, що є для нас істинним, може виявитися помилковим. Цей підхід не суперечить діалектиці, а передбачається нею. Відмова від такої характеристики істини, як вірогідність, свідчить про те, що істина є або високим ступенем імовірності, або тим, у чому ми переконані. Й те, й інше, безумовно, неприйнятно. Істина — наші знання, що відповідають об'єктивно існуючій дійсності. Елемент імовірності може бути присутнім лише у вірогідності як нашому судженні про істинність знання[2]. У зв'язку з цим не можна погодитися з тими вченими, які вважають вірогідність синонімом істини, що «її відтіняє, підкреслює її корінну відмінність від імовірності» . Факти об'єктивної дійсності, як влучно вказував Р. С Бєлкін, — це «реальність, яка є незалежною від сприйняття її дослідником, від пізнання її, від проникнення в її сутність. Факт не може бути недостовірним, тому що вірогідність — це не властивість факту, а властивість знань про факт. Недостовірним буває припущення про факт... Відомості про існування чи неіснування факту бувають достовірними чи ймовірними, можливими... Нарешті, достовірним чи ймовірним може бути саме знання про факти, результати дослідження доказів» . Таким чином, об'єктивний факт і знання про цей факт (будь-якого ступеня ймовірності) — не те саме[5]. Вчинений злочин, як і виявлені сліди про нього, — це факти об'єктивної дійсності, а закріплена в матеріалах ОРД чи процесуальних актах інформація про них (фактичні дані) — формалізовані знання про ці факти, які можуть бути як відкритими, так і ймовірними. Виходячи з цього, заслуговує на підтримку позиція тих авторів, які вважають, що слідчий і суд використовують у процесі доказування не факти, що мали місце насправді, а знання про ці факти (фактичні дані), тобто ту інформацію, що

Див.: *Пашкевич П. Ф.* Объективная истина в уголовном судопроизвмдстве. — М., 1961. — С . 69-70.

Див.: *Погорецький М. А. Погорецький М. А.* Імовірність і вірогідність: філософсько-правовий аспект // Науковий вісник НА СБУ. — 1С, 2004. — № 20. — С. 81-88.

Ларин А. М. От следственной версии к истине. — М., 1976. — С. 33.

Белкин Р. С. Собирание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы. — М., 1966. — С. 58-59.

[5] Див.: *Хмыров А. А.* Косвенные доказательства. — М., 1979. — С. 6.

одержують із зазначених у законі джерел, тому що обставинами реальної дійсності оперувати неможливо .

Установити об'єктивну істину в процесі досудового розслідування означає отримати, перевірити й оцінити всі докази, які б однозначно й у повній відповідності до обставин злочину підтверджували висновок, що обвинувачений його вчинив, а в ОРД — отримати достовірну інформацію, закріплену в матеріалах ОРД, яка б відповідала об'єктивним обставинам справи й могла бути використана як приводи та підстави до порушення кримінальної справи чи проведення слідчих дій, а в разі використання її в кримінальному процесі для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі, підлягала б перевірці кримінально-процесуальними засобами.

Сутністю всієї діяльності як оперативного працівника, так і слідчого є в кінцевому підсумку пізнання істини на підставі отриманих вірогідних знань відповідно в кожній конкретній оперативно-розшуковій чи кримінальній справі, які вони одержують поступово, крок за кроком, починаючи від висування версій і закінчуючи обґрунтованими висновками у справі. Разом з цим знання оперативного працівника та слідчого не може зводитися лише до гносеологічного аспекту, воно має також і соціальний характер, який передбачає дослідження його в різних аспектах, а саме: соціологічному, логічному, психологічному й етичному, що є предметом окремого наукового аналізу.

Сутність пізнання в ОРД можна позначити терміном «оперативно-розшукове пізнання дійсності», а кримінально-процесуального, як справедливо зазначає В. С. Зеленецький, — «кримінально-процесуальне пізнання дійсності»[2], що обумовлені відповідно метою та завданнями цих видів діяльності.

Підсумовуючи викладене, можемо зробити висновок, що оперативно-розшукове пізнання — це діяльність уповноважених осіб, яка здійснюється за загальними законами гносеології відповідно до мети та завдань ОРД у спосіб і формах, визначених законом та відомчими нормативно-правовими актами, шляхом проведення передбачених чи таких, що не заперечуються законодавством, гласних і негласних оперативно-розшукових заходів для отримання знань про фактичні дані

Він оке. Вказана праця. — С. 6; *Дорохов В. Я.* Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе. — М, 1981. — С. 220-223.

[2] *Зеленецький В. С.* Пізнання в кримінальному процесі// Рад. право.— 1977.— № 4. — С. 75.

та їх джерела, які, вказуючи на осіб, що замишляють, готують, вчиняють чи вчинили злочин, або на ознаки злочину, обставини та осіб, які мають до нього відношення й сприяють його розкриттю, можуть бути покладені в основу прийняття відповідних рішень .

Кримінально-процесуальне пізнання — це діяльність суб'єктів кримінального процесу, яка здійснюється за загальними законами гносеології у визначеній кримінально-процесуальним законом формі для отримання знань, які можуть бути покладені в основу прийняття відповідних процесуальних рішень, спрямованих на реалізацію мети та завдань кримінального судочинства.

Отже, хоча ОРД і кримінальний процес спрямовані на пізнання злочину, на отримання фактичних даних про нього, яке здійснюється за загальними засадами гносеології, що зумовлює їх єдність, кожний з цих видів пізнавальної діяльності має свою специфіку, яка вказує на їх відмінність, що закономірно розширює пізнавальні можливості для всебічного й швидкого дослідження обставин злочину й сприяє ефективності боротьби зі злочинністю та захисту прав і свобод людини.

§ 3. Взаємозв'язок **оперативно-розшукових і кримінально-процесуальних правових відносин**

Отримання матеріалів ОРД і використання їх у кримінальному процесі відбувається у формі правовідносин, що виникають між суб'єктами ОРД, між суб'єктами кримінального процесу — як усередині цих видів діяльності, так і між суб'єктами ОРД та кримінального процесу.

Аналіз практики свідчить про те, що однією з основних причин неефективності використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі є відсутність науково-теоретичної розробленості правовідносин в ОРД та їх взаємозв'язку з кримінально-процесуальними відносинами й недосконалість їх правового врегулювання, що актуалізує розробку цієї проблеми. Як слушно зазначає Р. О. Халфіна, правовідносини виступають одним з основних фундаментальних понять правової науки, будучи тією формою, в якій абстрактна норма набуває свого реального буття, втілюючись у реальних суспільних відносинах[2].

Погорецький М. А. Сутність оперативно-розшукового пізнання // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — № 1. — С 176-184.

Див.: *Халфина Р. О.* Учение о правоотношении. — М., 1976. — С 6.

Проблема правовідносин багато десятиріч привертає увагу науковців та практиків і є стрижньовою для будь-якої галузі правової науки, в тому числі й для ОРД та кримінального процесу . З урахуванням того, що ця проблема є предметом окремого наукового дослідження, зупинимося лише на тих її аспектах, які необхідно розкрити для дослідження проблем використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі.

У загальній теорії права правові відносини визначаються як специфічні суспільні вольові відносини, що виникають на основі відповідних норм права, учасники яких взаємопов'язані суб'єктивними правами та юридичними обов'язками, що забезпечуються державою. Виходячи з того, що правовідносини — це поєднання фактичних суспільних відносин і юридичних норм, розрізняють їх юридичний зміст як зафіксовані у нормах права суб'єктивні права і юридичні обов'язки їх учасників і фактичний зміст— реально здійснювані учасниками правовідносин дії, спрямовані на реалізацію їх суб'єктивних прав та юридичних обов'язків[3].

[1] Див.: *Погорецкий Н. А.* Оперативно-розыскные правоотношения: определения, структура, особенности // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. — Х., 2000. — Вип. 45. — С 198-207; *Козаченко І. П.* Проблеми правових відносин і законності в оперативно-розшуковій діяльності // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — 2000. — № 3т. — С 46-53; *Погорецький М. А.* Проблеми використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному процесі: Монографія. — К., 2004. — С. 133-149; *Він же.:* Правове регулювання вербувальної роботи // Теорія і практика вербувальної роботи підрозділів СБ України в сучасних умовах: Навч. посіб. / За ред. проф. В. А. Ященка. — К., 2004. — С. 55-90; та ін.

[2] Див.: *Ривлин Л. А.* Об уголовно-правовых и уголовно-процессуальных отношениях// Правоведение.— 1959.— № 2 . — С. 105-112; *Божьев В. П.* Уголовно-процессуальные правоотношения. — М., 1978; *Даев В. Г.* Взаимосвязь уголовного права и процесса. — Л., 1982; *Строгович М. С.* Вопросы теории правоотношений // Советское государство и право.— 1985.— № 6 . — С. 51-61; *Погорецький М. А.* Значение разработки проблем уголовно-процессуальных отношений для развития науки уголовного процесса // Вісник Луганського інституту внутрішніх справ МВС України. — Спец. вип. у 4 ч. Проблеми вдосконалення законодавства та практика його застосування з урахуванням прогнозу злочинності. — Ч. 1. — Луганськ, 1999. — С 34-39; *Він же.* Кримінально-процесуальні правовідносини: система і структура. — Х., 2002; *Шумило М. Є.* Розбіжність кримінально-правових і кримінально-процесуальних відносин — передумова реабілітації у кримінальному процесі // Збірник наукових праць НА СБУ. — К., 2000. — № 1. — С 83-94, та ін.

[3] Загальна теорія держави і права / За ред. В. В. Копейчикова. — К., 1997. — С. 190-191; Теория государства и права: Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М., 1997. — С. 338-339.

Кримінально-процесуальні відносини визначаються нами як такі, що виникають, розвиваються й припиняються у сфері кримінального процесу, врегульовані кримінально-процесуальними нормами й через які реалізуються повноваження державних органів, що ведуть кримінальний процес, а також процесуальні права й обов'язки осіб, які потрапили в його сферу, та захищаються їх матеріально-правові, процесуальні й інші законні інтереси[1].

У сучасній теорії ОРД проблема правовідносин є найменш дослідженою, що негативно позначається на визначенні правового статусу суб'єктів ОРД, їх взаємодії як між собою, так і при взаємовідносинах із суб'єктами кримінального процесу в ході виконання оперативними підрозділами доручень слідчого, вказівок прокурора про проведення ОРЗ, при використанні матеріалів ОРД у кримінальному процесі як приводів і підстав до порушення кримінальної справи або проведення слідчих дій, прийняття інших процесуальних рішень, для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі, при забезпеченні законності їх використання у кримінальному судочинстві засобами прокурорського нагляду й судового контролю . Основною причиною цього, на нашу думку, є те, що ця специфічна, переважно таємна сфера діяльності до прийняття законодавства про ОРД на початку 90-х років у країнах СНД та Балтії регулювалася виключно закритими відомчими нормативними актами, що істотно ускладнювало, а часом унеможливлювало наукову розробку її багатогранних аспектів.

[1] Див.: *Погорецький М.* Про поняття кримінально-процесуальних відносин // Вісник Академії правових наук України. — 1999. —№ 2(17). — С 147.

[2] *Погорецький М. А.* Межі доручень слідчого органу дізнання про проведення оперативно-розшукових заходів // Право України. — 2000. — № 9. — С. 47-49; *Він же.* Проблеми порушення кримінальних справ спецпідрозділом «К» Служби безпеки України// Науковий вісник Національної академії СБ України. — К., 2003. — № 16-17. — С 149-156; *Він же.* Судовий контроль і прокурорський нагляд за використанням протоколів оперативно-розшукових заходів як доказів у кримінальному процесі // Вісник Верховного Суду України. — 2003. — № 2. — С 32-38.

[3] На відміну від С. С. Алексеева, ми розуміємо поняття «законодавство» у вузькому значенні, виключаючи з його змісту підзаконні нормативні акти, що разом із законами становлять, на наш погляд, «систему права» чи «правову систему», до чого приходить і сам С. С. Алексеев, досліджуючи системність джерел права. — Див.: *Алексеев С. С.* Общая теория права: В 2 т. — М., 1982. — Т. 2. — С. 215, 219-221. Тому, якщо визнавати оперативно-розшукове право самостійною галуззю права, що є перспективною ідеєю, яка потребує фундаментального дослідження, то вона містить у своїй структурі, окрім законів, ще й підзаконні, переважно таємні нормативно-правові акти про організацію й тактику ОРД тощо.

Причому окремі істотні питання цієї діяльності, наприклад дотримання прав і свобод особи в ОРД; підстави і порядок розгляду матеріалів про обмеження конституційних прав громадян при проведенні ОРЗ; використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі; соціальний і правовий захист посадових осіб органів, що здійснюють ОРД, а також осіб, що їм сприяють, тощо, не знаходили свого врегулювання чи не могли бути урегульовані на закритому відомчому рівні. Фахівці мали для теоретичного осмислення й тлумачення лише законодавчий матеріал, що містився в статтях 29, 30 Основ кримінально-процесуального законодавства СРСР та в ч. 1 ст. 103, *ч.* 3 ст. 114 КПК України, а також у відповідних статтях КПК інших союзних республік, у яких вказувалося, що на органи дізнання покладається вжиття необхідних ОРЗ з метою виявлення ознак злочину й осіб, що його вчинили, без розкриття змісту цієї діяльності.

Незважаючи на відсутність докладного законодавчого врегулювання ОРД, проблеми правовідносин, що складалися в цій сфері, у той же час були предметом наукових досліджень, які в основному проводилися на базі аналізу норм закритих відомчих нормативно-правових актів . Зусилля вчених-фахівців у сфері ОРД були спрямовані в основному

' Див.: *Стальгевич А. К., Пиндюрин Н. П.* Вопросы социалистической законности и правовых отношений в оперативно-розыскной деятельности органов МВД // Труды ВШ МВД СССР.— 1960.— №>2с. — С. 60-65; *Лекарь А. Г., Гребельский Д. В.* О новой программе курса «Оперативно-розыскная деятельность органов охраны общественного порядка» // Труды ВШ МООП РСФСР. — Вып. 3с. — 1963. — С. 9; *Максименко Н. П.* Некоторые вопросы теории правоотношений в оперативно-розыскной деятельности советской милиции // Труды ВШ МВД СССР. — 1972. — № 9с. — С. 16-23; *Сергеев В. В.* О природе отношений, возникающих в процессе оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Там само. — С. 31-35; *Самойлов В. Г.* Некоторые правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Информационное сообщение лаборатории проблем оперативно-розыскной работы. — Вып. 3с. — М.: ВШ МВД СССР, 1973. — С. 5; *Алексеев А. И., СиншовГ. К.* Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. — М., 1973; *Синилов Г. К.* Правовые, информационные и тактические основы оперативно-розыскной деятельности советской милиции.— М., 1975.— С. 62-78; *Сидоренко Н. И.* Правоотношения в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: Учеб. пособие.— Киев, 1978; *Корнаков С. В.* О проблеме агентурных отношений// Труды Высшей школы КГБ СССР.— 1978.— №16.— С. 84-100; *Вольдман Ю. Я.* Об оперативно-розыскном праве как отрасли советского права // Актуальные вопросы работы со спецаппаратом: Межвуз. сб. науч. трудов.— Омск, 1981.— С. 3-27; *Косенко А. С.* Розыскные действия в советском уголовном процессе. Учеб. пособие. — Хабаровск, 1989; *Милиции С. Д.* Предмет регулирования советского уголовно-процессуального права. — Свердловск, 1991; та ін.

на те, щоб довести саму наявність головної передумови існування правових відносин в ОРД, що змушувало шукати аргументи на обґрунтування правового характеру норм, які регламентують відносини між її суб'єктами. Ці пошуки ускладнювалися ще й такими чинниками.

По-перше, в теорії права в цей період висловлювалася думка, що вчинення особою злочину спричиняє виникнення владних відносин, які через їх однобічний характер правовими нібито не є , хоча ця точка зору вже тоді піддавалася справедливій критиці[2].

По-друге, на думку окремих правників, негласний характер ОРЗ органів дізнання не дає можливості особі, що перевіряється чи розробляється (об'єктові оперативно-розшукової справи), навіть виявити й усвідомити інтерес до себе з боку названих державних структур, не кажучи вже про можливість реалізувати свої права. З цієї причини вважалося, що суспільні відносини з взаємними правами й обов'язками можуть виникати лише між офіційними органами (особами), що беруть участь в оперативних заходах, і ніколи між ними й тими, дії яких по суті є предметом ОРД . Ця думка, виходячи з характеру та змісту правового регулювання ОРД того часу, мала під собою підґрунтя, оскільки ОРД була таємною діяльністю, і не лише особа, що розроблялася чи перевірялася, не могла і не повинна була знати про ОРЗ, які проводилися щодо неї, а й чинним законодавством того часу право такої особи на оскарження незаконних дій оперативно-розшукових під-

Див.: *Брайнин Я. М.* Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве.— Мі, 1963. — С. 22.

Слід зазначити, що окремі автори, наприклад Ю. Г. Ткаченко та М. А. Чельцов, теж визнавали однобічний характер відносин, що виникають при реалізації норм кримінального права, однак, на відміну від Я. М. Брайніна, вважали їх правовими *(Чельцов М. А.* Советский уголовный процесе. — М., 1962. — С 16; *Ткаченко Ю. Г.* Методологические вопросы теории правоотношений.— М., 1980.— С. 164-169). У. сучасній теорії права також визнається існування односторонніх відносин, у яких кожна сторона має або лише права, або лише обов'язки (Див.: Загальна теорія держави і права / За ред. В. В. Копейчикова. — К., 1997. — С 191). На нашу думку, така позиція не відповідає сутності правових відносин, у яких правам однієї сторони повинні кореспондувати обов'язки іншої. Наділення однієї зі сторін або лише правами, або лише обов'язками свідчить про недосконалість таких правових відносин.

[2] Див.: *Элькинд П. С.* Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. — М., 1967. — С. 73; *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса: В 2 т. — М., 1968. — Т. I: Основные положения науки советского уголовного процесса. — С. 38-39; *Божъев В. П.* Уголовно-процессуальные правоотношения. — М., 1978.— С. 78.

Милиции С. Д. Предмет регулирования советского уголовно-процессуального права. — Свердловск, 1991. — С. 79.

розділів не передбачалося, навіть коли порушувалися її конституційні права та свободи. Тому ми не можемо погодитися з критикою цієї точки зору з сучасних позицій правового регулювання ОРД[1].

Враховуючи багатогранність правовідносин в ОРД (між посадовими особами, що ведуть ОРД, ними та особами, що залучаються до ОРД на негласній конфіденційній основі, між оперативно-розшуковим підрозділом та особою, що перевіряється чи розробляється, тощо), в теорії ОРД щодо їх правової природи висловлювалися різні точки зору.

Правовідносини між оперативними працівниками й особами, що залучаються до ОРД на негласній конфіденційній основі, між оперативними працівниками й суб'єктами оперативної розробки деякі автори називали «спеціальними адміністративно-правовими» чи «особливим видом адміністративних відносин», хоча при цьому наводили характерні риси цих правовідносин, що відрізняють їх від адміністративних[2]. Так, О. Г. Лекар і Д. В. Гребельський зазначали, що самостійний характер ОРД визначається тим, що в основі її здійснення лежать спеціальні, переважно негласні засоби й методи, відмінні за своєю природою від засобів і методів адміністративної діяльності, розслідування й роботи з виправлення і перевиховання ув'язнених. ОРД органів охорони громадського порядку регламентується підзаконними нормативними актами: спеціальними наказами, інструкціями, настановами, вказівками[3].

Д. В. Гребельський висловив думку, що норми, які регулюють відносини у сфері ОРД, належать до різних галузей права: державного, адміністративного, кримінально-процесуального, виправно-трудового,

[1] Див.: *Зайковский В. Н.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в ходе доказывания по уголовному делу: Дис. ... канд. юрид. наук. — СПб., 1996. — С. 31-45.

[2] Див.: *Лекарь А. Г., Гребельский Д. В.* О новой программе курса «Оперативно-розыскная деятельность органов охраны общественного порядка» // Труды ВШ МООП РСФСР. — Вып. 3с.— 1963.— С. 18; Оперативно-розыскная деятельность органов охраны общественного порядка. Раз. 1. Основы оперативно-розыскной деятельности / Под общ. ред. А. Я. Кудрявцева. — М, 1966. — С. 24; *Максименко Н. П.* Некоторые вопросы теории правоотношений в оперативно-розыскной деятельности советской милиции // Труды ВШ МВД СССР. — 1972. — № 9с. — С. 19-20, 22-23; *Алексеев А. К, Синилов Г. К.* Правовые, информационные и тактические основы оперативно-розыскной деятельности советской милиции. — М., 1975. — С. 50, 52-53, 75; *Самойлов В. Г.* Некоторые правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Информационное сообщение лаборатории проблем оперативно-розыскной работы. — Вып. 3с. ~— М.: ВШ МВД СССР, 1973. — С. 9.

[3] *Лекарь А. Г., Гребельский Д. В.* Вказана праця. — С. 9.

на те, щоб довести саму наявність головної передумови існування правових відносин в ОРД, що змушувало шукати аргументи на обґрунтування правового характеру норм, які регламентують відносини між її суб'єктами. Ці пошуки ускладнювалися ще й такими чинниками.

По-перше, в теорії права в цей період висловлювалася думка, що вчинення особою злочину спричиняє виникнення владних відносин, які через їх однобічний характер правовими нібито не є , хоча ця точка зору вже тоді піддавалася справедливій критиці[2].

По-друге, на думку окремих правників, негласний характер ОРЗ органів дізнання не дає можливості особі, що перевіряється чи розробляється (об'єктові оперативно-розшукової справи), навіть виявити й усвідомити інтерес до себе з боку названих державних структур, не кажучи вже про можливість реалізувати свої права. З цієї причини вважалося, що суспільні відносини з взаємними правами й обов'язками можуть виникати лише між офіційними органами (особами), що беруть участь в оперативних заходах, і ніколи між ними й тими, дії яких по суті є предметом ОРД . Ця думка, виходячи з характеру та змісту правового регулювання ОРД того часу, мала під собою підґрунтя, оскільки ОРД була таємною діяльністю, і не лише особа, що розроблялася чи перевірялася, не могла і не повинна була знати про ОРЗ, які проводилися щодо неї, а й чинним законодавством того часу право такої особи на оскарження незаконних дій оперативно-розшукових під-

[1] Див.: *Брайнин Я. М.* Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве. — М., 1963. — С. 22.

Слід зазначити, що окремі автори, наприклад Ю. Г. Ткаченко та М. А. Чельцов, теж визнавали однобічний характер відносин, що виникають при реалізації норм кримінального права, однак, на відміну від Я. М. Брайніна, вважали їх правовими *(Чельцов М. А.* Советский уголовный процесе. — М., 1962. — С 16; *Ткаченко Ю. Г.* Методологические вопросы теории правоотношений.— М., 1980.— С. 164-169). У. сучасній теорії права також визнається існування односторонніх відносин, у яких кожна сторона має або лише права, або лише обов'язки (Див.: Загальна теорія держави і права / За ред. В. В. Копейчикова. — К., 1997. — С 191). На нашу думку, така позиція не відповідає сутності правових відносин, у яких правам однієї сторони повинні кореспондувати обов'язки іншої. Наділення однієї зі сторін або лише правами, або лише обов'язками свідчить про недосконалість таких правових відносин.

[2] Див.: *Элькинд П. С.* Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. — М., 1967. — С. 73; *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса: В 2 т. — М., 1968. — Т. I: Основные положения науки советского уголовного процесса. — С. 38-39; *Божъев В. П.* Уголовно-процессуальные правоотношения. — М., 1978. — С . 78.

[3] *Милиции С. Д.* Предмет регулирования советского уголовно-процессуального права. — Свердловск, 1991. — С. 79.

розділів не передбачалося, навіть коли порушувалися її конституційні права та свободи. Тому ми не можемо погодитися з критикою цієї точки зору з сучасних позицій правового регулювання ОРД[1].

Враховуючи багатогранність правовідносин в ОРД (між посадовими особами, що ведуть ОРД, ними та особами, що залучаються до ОРД на негласній конфіденційній основі, між оперативно-розшуковим підрозділом та особою, що перевіряється чи розробляється, тощо), в теорії ОРД щодо їх правової природи висловлювалися різні точки зору.

Правовідносини між оперативними працівниками й особами, що залучаються до ОРД на негласній конфіденційній основі, між оперативними працівниками й суб'єктами оперативної розробки деякі автори називали «спеціальними адміністративно-правовими» чи «особливим видом адміністративних відносин», хоча при цьому наводили характерні риси цих правовідносин, що відрізняють їх від адміністративних[2]. Так, О. Г. Лекар і Д. В. Гребельський зазначали, що самостійний характер ОРД визначається тим, що в основі її здійснення лежать спеціальні, переважно негласні засоби й методи, відмінні за своєю природою від засобів і методів адміністративної діяльності, розслідування й роботи з виправлення і перевиховання ув'язнених. ОРД органів охорони громадського порядку регламентується підзаконними нормативними актами: спеціальними наказами, інструкціями, настановами, вказівками[3].

Д. В. Гребельський висловив думку, що норми, які регулюють відносини у сфері ОРД, належать до різних галузей права: державного, адміністративного, кримінально-процесуального, виправно-трудового,

Див.: *Зайковскш В. Н.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в ходе доказывания по уголовному делу: Дис. ... канд. юрид. наук. — СПб., 1996. — С . 31-45.

Див.: *Лекарь А. Г., Гребельский Д. В.* О новой программе курса «Оперативно-розыскная деятельность органов охраны общественного порядка» // Труды ВШ МООП РСФСР.— Вып. 3с.— 1963.— С. 18; Оперативно-розыскная деятельность органов охраны общественного порядка. Раз. 1. Основы оперативно-розыскной деятельности / Под общ. ред. А. Я. Кудрявцева. — М., 1966. — С. 24; *Максименко Н. П.* Некоторые вопросы теории правоотношений в оперативно-розыскной деятельности советской милиции // Труды ВШ МВД СССР. — 1972. — № 9с. — С. 19-20, 22-23; *Алексеев А. К, Синилов Г. К.* Правовые, информационные и тактические основы оперативно-розыскной деятельности советской милиции. — М., 1975. — С. 50, 52-53, 75; *Самойлов В. Г.* Некоторые правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Информационное сообщение лаборатории проблем оперативно-розыскной работы. — Вып. 3с. — М.: ВШ МВД СССР, 1973. — С. 9.

Лекарь А. Г., Гребельский Д. В. Вказана праця. — С. 9.

а правовідносини між оперативними працівниками й агентами, резидентами, власниками конспіративних квартир, довіреними особами за своєю юридичною природою є адміністративно-правовими, але, оскільки в переважній більшості випадків вони мають негласний характер, їх варто називати спеціальними. У цій сфері, на його погляд, можуть виникати й інші правовідносини, наприклад трудові, коли мова йде про роботу агентів, що утримуються на постійному грошовому забезпеченні органів внутрішніх справ[1].

Г. К. Синілов дійшов висновку, що ОРД регулюється спеціальними адміністративно-правовими нормами[2]. Основна особливість цих адміністративно-правових відносин, на його думку, полягає в тому, що вони найчастіше виникають унаслідок настання юридичних фактів, не типових для адміністративного права, — злочинів. Виходячи з цього, автор зазначав, що злочин як юридичний факт має великий потенціал у розвитку правовідносин. Він може породжувати не лише кримінально-правові, а й кримінально-процесуальні, виправно-трудові, міжнародно-правові, цивільно-правові, а також адміністративно-правові відносини. Проте з аналізу його подальших міркувань убачається, що він мав на увазі спеціальні оперативно-розшукові норми[3].

В. В. Сергеев вказував, що правове положення оперативних підрозділів і осіб, розроблювальних за підозрою у причетності до злочинів, регулюється нормами кримінально-процесуального права, а права та обов'язки сторін (держави в особі оперативних підрозділів і їх посадових осіб) по застосуванню спеціальних сил, засобів і методів у зв'язку з необхідністю запобігти злочину чи розкрити його — групою норм адміністративного права, яку він називав процесуальними[4]. Цю групу відносин С. Д. Міліцин називав «адміністративними відносинами проміжного типу» .

Див.: *Гребельский Д. В.* Теоретические основы и организационно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. — М., 1977. — С . 133.

[2] Див.: *Синилов Г. К.* Правовые, информационные и тактические основы оперативно-розыскной деятельности советской милиции. — М., 1975. — С. 44, 46, 61.

[3] Там само. — С. 68.

[4] Див.: *Сергеев В. В.* Правовые основы обеспечения социалистической законности в оперативно-розыскной деятельности: Учеб. пособие. — М, 1984. — С. 88-89, 91.

" Див.: *Милиции С. Д.* Предмет регулирования советского уголовно-процессуального права. — Свердловск, 1991. — С. 78-79.

У теорії ОРД висловлювалася думка, що немає підстав відносити оперативно-розшукові правовідносини до спеціальних адміністративних, і наводилися такі аргументи: принципи адміністративного права відрізняються від принципів норм, що регулюють відносини, які виникають у процесі ОРД. Ці принципи прямо чи побічно закріплені в підзаконних нормативних актах, що регламентують ОРД, тому не можуть бути адміністративно-правовими (нехай навіть «спеціальними») відносини, врегульовані нормами права, що не відповідають принципам адміністративного права[1]. У цьому контексті Ю. Я. Вольдман зробив висновок, що два напрями діяльності міліції регулюються двома видами норм права, що регулюють адміністративну діяльність і ОРД. В іншому випадку, на його переконання, не було б підстав розглядати оперативно-розшукову роботу як самостійний напрямок, вона була б віднесена до адміністративної діяльності[2]. Слушні аргументи в цьому напрямку висловив М. Й. Сидоренко, який писав: «Очевидно, що адміністративні правовідносини можуть породжуватися лише адміністративними нормами, а спеціальні адміністративні норми, якщо такі існують (а це необхідно ще довести), повинні породжувати і спеціальні адміністративні правовідносини. Крім того, якщо погодитися з такою точкою зору на визначення правової природи норм і підзаконних нормативних актів, то вийде, що всі міністерства й відомства видають лише адміністративні норми, що немає ані фінансово-правових, ані трудових, ані пенсійних, ані інших підзаконних актів, а це явно суперечить засадам як правової теорії, так і практики»[3]. М. Й. Сидоренко та В. Ю. Фролов зазначали, що ОРД регулюється оперативно-розшуковими процесуальними нормами, на підставі яких виникають оперативно-розшукові правовідносини[4].

Див.: *Гребельский Д. В.* Теоретические основы и организационно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. — М., 1977. — С. 60; *Вольдман Ю. Я.* Об оперативно-розыскном праве как отрасли советского права // Актуальные вопросы работы со спецаппаратом: Межвуз. сб. науч. тр. — Омск, 1981. — С . 6.

[2] *Вольдман Ю. Я.* Вказана праця. — С. 7.

Сидоренко Н. И. Процессуальное содержание норм, регулирующих оперативно-розыскную деятельность органов внутренних дел // Труды КВШ МВД СССР. — Вып. 12сс. — 1978. — С. 134-138.

Див.: *Фролов В. Ю.* О понятии и содержании оперативно-розыскного процесса // Вопросы совершенствования оперативной работы органов внутренних дел: Межвуз. сб. науч. тр. — Вып. 23. — Омск, 1976. — С. 24; *Сидоренко Н. И.* Правоотношения в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: Учеб. пособие.—Киев, 1978. — С. 15.

А. І. Алексеев, Д. В. Гребельський, Г. К. Синілов бачили кримінально-правовий характер оперативно-розшукових правовідносин між оперативними працівниками й розроблювальними особами[1].

Суперечливі погляди на цю проблему висловив О. Ф. Возний, який писав, що правовідносини між оперативними працівниками й розроблюваними особами мають виражену кримінально-правову природу і що правовідносини, які виникають в ОРД, входять ніби складовою до кримінально-правових відносин[2]. Одночасно автор підкреслював, що правовідносини з агентурної розробки не є кримінально-правовими, вони подібні до кримінально-процесуальних відносин, але, на відміну від останніх, мають місце там і тоді, де й коли злочин чи окремі його ознаки встановити процесуальним шляхом неможливо чи вкрай важко .

Аналізуючи характер правовідносин у сфері ОРД, В. Г. Даєв зазначав, що «в даному випадку має місце перетинання на деяких «нижчих рівнях» адміністративної (в основному її контрольної частини) і кримінально-процесуальної діяльності» .

Таким чином, до законодавчого врегулювання ОРД у теорії не було єдності думок щодо правової природи її норм та правовідносин, які складалися на їх основі в цій сфері діяльності, що значно ускладнювало розробку проблем використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі.

Після прийняття в Україні і в інших країнах СНД та Балтії на початку 90-х років законодавства, що регламентує ОРД[5], існування

Див.: *Алексеев А. И., Сингілов Г. К.* Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. — М, 1973; *Гребельский Д. В.* Теоретические основы и организационно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. — М., 1977. — С. 137.

Див.: *Возный А. Ф.* Вопросы Общей части советского уголовного права в теории и практике агентурной разработки: Автореф. дис…. канд. юрид. наук. — М., 1968. — С. 7.

[3] *Він же.* Оперативно-розыскная деятельность и уголовно-правовое отношение // Сб. статей адъюнктов и соискателей. — М, 1968. — С. 137.

[4] Див.: *Даев В. Г.* Взаимосвязь уголовного права и процесса. — Л., 1982; *Строгает М. С.* Вопросы теории правоотношений // Советское государство и право. — 1985.—№6. —С. 80.

[5] Закон України «Про міліцію» від 20 грудня 1990 р. № 565-XII // ВВР. — .1991. — № 4. — Ст. 20 (з подальшими змінами та доповненнями); Закон України «Про Службу безпеки України» від 25 березня 1992 р. №2229-ХИ7/ ВВР. — 1992.— №27.— Ст. 382 (з подальшими змінами та доповненнями); Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» від 30 червня 1993 р. № 3341-XII // ВВР. — 1993. — № 35. — Ст. 358; Закон України «Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб» від 4 березня 1998 р. № 160/98//

в сфері ОРД поряд з морально-етичними' і правових відносин, що виникають у результаті її правової регламентації, вже не викликало сумнівів[2]. Нове законодавство значно розширило можливості наукового осмислення проблем ОРД, у тому числі й правових відносин, що складаються в цій сфері. Різним аспектам цієї проблеми присвячені наукові праці В. О. Азарова, В. М. Зайковського, І. П. Козаченка, О. Г. Маркушина, О. М. Харитонова, Ю. М. Хохлова, О. Ю. Шумилова та ін. , проте, як і до прийняття законодавства про ОРД, проблеми визначення поняття, ознак, видів, структури, правової природи, суб'єктного складу, правового статусу суб'єктів, змісту, підстав виникнення, зміни й припинення оперативно-розшукових правовідносин, а також їх взаємозв'язку з кримінальними та кримінально-процесуальними відносинами залишаються спірними[4].

ВВР.— 1998.— №35.— Ст. 236 (з подальшими змінами та доповненнями); Закон України «Про розвідувальні органи України» від 22 березня 2001р. №2331-111// ВВР. — 2001. — № 19. — Ст. 94; Закон України «Про контррозвідувальну діяльність» від 26 грудня 2002 р. № 374-IV // ГУ. — 2003. — № 16 (3016), 28 січня; та ін.

Оперативно-розшукова діяльність органів внутрішніх справ. Загальна частина: Підруч. / Під ред. Л. В. Бородича. — Луганськ, 1999. — Т. 1. — С. 38-43; *Погорецький М. А.* Правове регулювання вербувальної роботи // Теорія і практика вербувальної роботи підрозділів СБ України в сучасних умовах: Навч. посіб. / За ред. проф. В. А. Ященка. — К., 2004. — С. 55-90.

[2] Див.: *Погорецкий Н. А.* Оперативно-розыскные правоотношения: определения, структура, особенности // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. — Х, 2000. — Вип. 45. — С 198-207.

[3] Див.: *Зайковский В. Н.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в ходе доказывания по уголовному делу: Дис. ... канд. юрид. наук. — СПб., 1996.— С. 31-45; *Харитонов А. Н.* Государственный контроль над преступностью (Теоретические и правовые проблемы).— Омск, 1997; *Маркушин А. Г.* Оперативно-розыскная деятельность— необходимость и законность.— Н.Новгород, 1997.— С. 89-98; *Азаров В. А.* Содержание и форма оперативно-розыскных правоотношений // Государство и право. — 1998. — № 10. — С. 71-75; *Шумилов А. Ю.* Начала уголовно-розыскного права.— М., 1998.— С. 10-27; *Погорецкий Н. А.* Вказана праця.— С. 198-207; *Козаченко І. П.* Проблеми правових відносин і законності в оперативно-розшуковій діяльності // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — 2000. — № 3т. — С 46-53.

Див.: *Погорецький М. А., ФілінД. В.* Дотримання прав та свобод людини і громадянина в оперативно-розшуковій діяльності// Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук, зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. — Вип. 42. — Х., 2000. — С 165-174; *Погорецький М. А.* Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність»: проблеми застосування окремих положень// Вісник Академії правових наук України.— 2001.— №3(26).— С 205-213; *Він же.:* Правовідносини у сфері кримінальної юстиції та їх взаємозв'язок // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності: Зб. наук, праць Донецьк, ін-ту внутрішніх справ при Донецьк, нац. ун-ті. — Донецьк, 2002. — № 1. — С 161 -172.

Аналізуючи правовідносини, що складаються відповідно до чинного законодавства в ОРД, О. Ю. Шумилов дійшов висновку, що в цій специфічній державно-правовій сфері функціонують надто різноманітні як за характером, так і за суб'єктним складом правовідносини, які він класифікував на дві групи: правовідносини, що мають матеріально-правовий характер (кримінально- й адміністративно-правові відносини, а також окремі відносини, врегульовані нормами цивільного, трудового й міжнародного права); правовідносини «процесуальної властивості», які, на його думку, регулюються в основному нормами кримінально- й адміністративно-процесуального права. Науковець вважає, що усі ці відносини мають єдину мету — реалізацію завдань з пошуку й фіксації фактичних даних про протиправну діяльність окремих осіб і груп, про розвідувально-підривну діяльність спеціальних служб іноземних держав і організацій з метою припинення правопорушень і в інтересах кримінального судочинства, а також одержання інформації в інтересах безпеки суспільства й держави, що забезпечує надійний захист прав, свобод і законних інтересів осіб, які притягуються до цієї сфери; ця мета обумовлена наявністю загального об'єкта всієї тієї різноманітності суспільних відносин, що мають місце в процесі здійснення ОРД. Виходячи з цього, автор зробив висновок, що правовідносини в сфері ОРД утворюють свій власний предмет правового регулювання[1]. У цьому контексті слід зазначити, що предмет правового регулювання є єдиним для будь-якої галузі права — суспільні відносини[2], проте саме характер цих відносин визначає їх галузеву належність з огляду на норми права, що визначають предмет і метод їх правового регулювання. Аналіз норм чинного законодавства про ОРД свідчить про близькість цих норм до різних галузей права (адміністративного, трудового, фінансового, конституційного, кримінально-процесуального та ін.), яким властиві різні методи правового регулювання. Зазначене робить актуальною науково-теоретичну розробку цієї проблеми, її окреме дослідження. Обмежуючись предметом нашої роботи, ми будемо досліджувати лише норми законодавства про ОРД, які регулюють питання, пов'язані з використанням матеріалів ОРД у кримінальному процесі, а також правовідносини, що виникають на

Див.: *Шумилов А. Ю.* Начала уголовно-розыскного права. — М., 1998. — С. 26-27.

[2] Див.: *Керимов Д. А.* Философские проблемы права. — М., 1972. — С. 292; *Сорокин В. Д.* Единый предмет правового регулирования определяет существование и единого метода // Юридическая мысль. — 2001. — № 5. — С. 18-28; *Чистяков А. А.* Уголовная ответственность и механизм формирования ее основания. — М., 2002. — С. 70.

підставі цих норм, усвідомлюючи, що «чистих» правовідносин у такій комплексній галузі законодавства, як ОРД, бути не може.

Аналіз відносин, що виникають в ОРД, свідчить про те, що багато з них мають основні ознаки правових відносин: є специфічною частиною суспільних відносин (більшість з них має негласний характер); виникають на підставі правових норм; здійснюються через суб'єктивні права й юридичні обов'язки їх учасників, що мають специфічний характер; виражають певну волю цих суб'єктів; виникають, змінюються і припиняються за наявності юридичних фактів; в окремих випадках вони можуть породжувати кримінально-процесуальні правовідносини, а в інших — самі виникати з останніх; сприяють специфічними засобами й методами кримінально-процесуальним відносинам, встановленню кримінально-правових відносин; перебувають під охороною держави, яка забезпечує їх реалізацію; незважаючи на їхню специфіку, виходячи з їх змісту й об'єкта, їм властивий публічно-правовий характер. Оперативно-розшукові правовідносини є охоронними правовідносинами .

Зазначені ознаки дають підстави визначити оперативно-розшукові правовідносини як такі, що врегульовані законодавством про оперативно-розшукову діяльність та відомчими нормативно-правовими актами, й виникають, розвиваються й припиняються в сфері оперативно-розшукової діяльності, через які реалізуються повноваження підрозділів, що здійснюють ОРД, та їх посадових осіб, права й обов'язки осіб, які потрапили до її сфери[2].

Оперативно-розшукові правовідносини відрізняються від кримінально-процесуальних за такими ознаками: характером норм, що їх регулюють; спеціальними об'єктами; підставами виникнення й закінчення; характером здійснення; колом суб'єктів та їх правовим статусом.

Оперативно-розшукові, як і кримінально-процесуальні правовідносини, реально функціонують у двох аспектах: по-перше, в їх системі як сукупність взаємозалежних і взаємообумовлених відносин; по-друге, як одиничні відносини, що становлять систему.

[1] Докладно про концепцію охоронних правовідносин див.: Вопросы теории охранительных правоотношений: Материалы науч. конф. / Отв. ред. Е. А. Крашенников — Ярославль, 1991; *Кропачев Н. М.* Уголовно-правовое регулирование. Механизм и система. — СПб., 1999. — С. 179-214.

[2] Див.: *Погорецкий Н. А.* Оперативно-розыскные правоотношения: определения, структура, особенности // Проблеми законності: Респ. міжвідом. наук. зб. / Відп. ред. В. Я. Тацій. — Х., 2000. — Вип. 45. — С. 206.

Правовідносини, що функціонують у процесі ОРД та кримінальному процесі, мають складну за своїм змістом структуру. До їх складу входять: об'єкт, зміст і суб'єкт. Правильне з'ясування структури правовідносин у цілому й кожного їх елементу окремо дає можливість чітко визначити статус суб'єктів цих правовідносин, створити оптимальні умови для їх взаємин усередині цих видів діяльності та їх суб'єктів між собою, що сприятиме ефективному вирішенню завдань ОРД і кримінального процесу.

Спрямованість (об'єкт) усієї сукупності правовідносин і кожних окремих відносин збігається лише в кінцевому підсумку. Тому здається цілком виправданим виділення у сфері ОРД та кримінального процесу[1] двох об'єктів правовідносин: загального і спеціального. Загальним об'єктом ОРД та кримінального процесу є те, з приводу чого чи у зв'язку з чим функціонує й розвивається вся сукупність відносин у их сферах діяльності, відповідно — оперативно-розшукові й кримінально-процесуальні правовідносини в їх об'єктивному (такому, що відповідає дійсності) стані, а саме: суспільні відносини, що поставлені під охорону кримінального закону України.

Спеціальний об'єкт ОРД та кримінального процесу— це очікуваний результат поведінки учасників кожних конкретних відносин, усе те, з приводу чого чи заради чого виникають окремі правові відносини (наприклад, одержання санкції оперативним працівником від керівника органу на заведення оперативно-розшукової справи; подання клопотання про винесення судового рішення на проведення ОРЗ, передбаченого ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД; використання матеріалів ОРД як приводів і підстав до порушення кримінальної справи, до проведення слідчих дій, для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі; направлення слідчим підрозділу, що проводить ОРД, заяви або повідомлення для їх перевірки шляхом проведення ОРД; доручення слідчого підрозділу, що здійснює ОРД, провести оперативно-розшукові заходи чи використати засоби для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, тощо).

Питання про зміст оперативно-розшукових правовідносин тісно пов'язане з питанням про їхню форму і є одним з дискусійних в юридичній літературі . У правовідносинах юридична форма й матеріальний зміст перебувають у нероздільній єдності, а тому проблеми правовідносин необхідно вирішувати з урахуванням цього «фундаментального факту»".

В ОРД та кримінальному процесі слід розрізняти юридичний і фактичний зміст правовідносин. Юридичний зміст правовідносин— це можливість певних дій уповноваженого суб'єкта чи необхідність утримання від заборонених дій зобов'язаного, а фактичний — самі дії, в яких реалізуються права й обов'язки.

Виходячи із загальнотеоретичних засад, до змісту оперативно-розшукових та кримінально-процесуальних правовідносин можна віднести суб'єктивні права, обов'язки, а також діяльність їх суб'єктів з їх реалізації. Наприклад, встановлення з відповідною особою негласних відносин породжує право у цієї особи вимагати укладання з нею контракту й у свою чергу відповідний обов'язок у підрозділу, що здійснює ОРД; право слідчого на дачу оперативному підрозділу доручення чи вказівки на проведення оперативно-розшукового заходу породжує обов'язок у підрозділу, що здійснює ОРД, заведення оперативно-розшукової справи і виконання цього доручення чи вказівки слідчого.

При цьому слід зазначити, що діяльність суб'єктів з фактичного здійснення їх прав і обов'язків наповнює конкретні правовідносини реальним змістом, дозволяє побачити їх у розвитку, відрізнити від теоретичних моделей «праобразів», відстежити і проаналізувати характер зв'язків їхніх суб'єктів[3].

Під формою оперативно-розшукових та кримінально-процесуальних правовідносин слід розуміти закріплені в законі межі можливої й належної поведінки їхніх суб'єктів. Аналіз змісту й форми оперативно-розшукових і кримінально-процесуальних правовідносин свідчить про їх взаємозв'язок і взаємозалежність.

При розгляді оперативно-розшукових правовідносин як однієї з основних категорій ОРД одним з основних питань є їхній зв'язок з матеріальними (кримінально-правовими) і кримінально-процесуальними

Див.: *Строгович М. С* Курс советского уголовного процесса: В 2 т. — М., 1968.— Т. I: Основные положения науки советского уголовного процесса.— С. 33; *Божьев В. П.* Уголовно-процессуальные правоотношения: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1994. — С. 8, 18-19.

Див.: *Азаров В. А.* Содержание и форма оперативно-розыскных правоотношений // Государство и право. — 1998. — № 10. — С. 71-75.

[2] Див.: *Алексеев С. С.* Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М, 1989; *Він же.* Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 646-651; *Він же.* Восхождение к праву: Поиски и решения. — М., 2001.—-С. 101; *Азаров В. А.* Вказана праця. — С. 72.

[3] *Азаров В. А.* Вказана праця. — С. 75.

відносинами. Не випадково майже всі автори, досиджуючи ті чи інші аспекти проблеми правовідносин, приділяли цьому питанню значну увагу . Ми поділяємо точку зору правників, які вважають, що відмінність між процесуальними правовими відносинами і матеріальними правовими відносинами полягає в тому, що останні є результатом правового впливу на суспільні відносини, а процесуальні — на правові відносини[2].

У теорії правовідносин традиційно склалася думка, що кримінально-правові відносини можуть бути реалізовані лише через діяльність суб'єктів кримінально-процесуальних відносин[3] і що кримінальний процес є необхідною і при цьому єдино можливою формою реалізації норм кримінального права[4]. Однак окремі дослідники проблем оперативно-розшукових правовідносин вважають, що це помилкова точка зору, оскільки реалізація кримінально-правових відносин відбувається набагато раніше початку застосування кримінально-процесуальної норми, що кримінально-правові відносини можуть бути реалізовані й через оперативно-розшукові відносини[5], які є однією з форм встановлення кримінально-правових відносин'.

' *Демидов И.* Оперативно-розыскная деятельность и уголовный процесс // Законность. — 1993. — № 8. — С. 33-36; *Зажицкий В. И.* Связь оперативно-розыскной деятельности и уголовного процесса // Государство и право. — 1995. — № 6. — С. 57-67; *Азаров В. А.* Содержание и форма оперативно-розыскных правоотношений // Государство и право.— 1998.— №10.— С. 71-75; *Шумилов А. Ю.* Начала уголовно-розыскного права.— М., 1998.— С. 25-27; *Шумило М. Є.* Проблеми реабілітації в кримінальному процесі. — К., 1999. — С. 143-161; *Чистяков А. А.* Уголовная ответственность и механизм формирования ее основания.— М., 2002.— С. 70-71; *Погорецький М. А.* Взаємозв'язок кримінальних, кримінально-процесуальних та оперативно-розшукових правовідносин // Науковий вісник Національної академії Служби безпеки України. — 2002. — № 14-15. — С 209-219.

[2] Див.: *Чистяков А. А.* Вказана праця. — М., 2002. — С 70.

[3] Уголовный процесе: Учебник для юридических учебных заведений / Под общ. ред. В. И. Радченко. — М., 2003. — С. 73-74; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П. А. Лупинская. — М., 2004. — С. 47.

Див.: *Ривлин Л. А.* Об уголовно-правовых и уголовно-процессуальных отношениях // Правоведение. — 1959. — № 2. — С. 110; Юридическая процессуальная форма: Теория и практика / Под общ. ред. П. Е. Недбайло и В. М. Горшенева. — ML, 1976. — С. 233; *Божъев В. П.* Уголовно-процессуальные правоотношения: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М, 1994. — С. 30.

[5] Див.: *Шумилов А. Ю.* Вказана праця. — С. 27-31.

[6] Див.: *Шскун С. М.* Прокурорський нагляд за дотриманням законів в оперативно-розшуковій діяльності ОВС України (теоретико-правові та організаційно-тактичні основи): Дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2003. — С 73-74.

На наш погляд, останнє є недостатньо переконливим. І перша, і друга точки зору потребують певного уточнення. Аналіз кримінально-правових, кримінально-процесуальних і оперативно-розшукових правовідносин свідчить про те, що вони, як правило, виникають і припиняють своє існування в різний час. Велике значення для з'ясування початку виникнення оперативно-розшукових відносин і їх взаємозв'язку з кримінальними та кримінально-процесуальними відносинами має з'ясування початку виникнення кримінальних правовідносин.

Правові норми самі собою не можуть ані викликати, ані змінити, ані припинити правовідносини — для цього потрібні конкретні обставини: юридичні факти . Саме вони можуть привести до можливості чи необхідності реалізації правової норми. До числа юридичних фактів належать життєві обставини, що передбачені правом. Саме норми права наділяють обставини якостями юридичних фактів, що спричиняють юридичні наслідки.

Проблема юридичних фактів, що породжують виникнення кримінальних та кримінально-процесуальних відносин, досліджувалася в низці наукових праць . Докладний аналіз точок зору на цю проблему зроблений Ю. В. Бауліним, О. О. Чистяковим[3]. Ми поділяємо точку зору тих вчених, які вважають, що юридичним фактом, який породжує кримінальні правовідносини, є вчинення особою діяння, за яке КК передбачена кримінальна відповідальність (у тому числі й тоді, коли злочин ще не розкритий, а особу ще не виявлено).

Саме з моменту вчинення злочину виникає у держави в особі її уповноважених органів, з одного боку, право й обов'язок виявити особу, що його вчинила, і притягнути її до кримінальної відповідальності, чому відповідає обов'язок правопорушника погоджувати свої дії

[1] Докладно про поняття юридичного факту та його класифікацію див.: *Исаков В. Б.* Юридические факты в советском праве. — М., 1984; *Лукьянова Е. Г.* Юридические факты, опосредующие процессуальные правоотношения // Право и политика. — 2001. — № 11. — С. 14—19; *Кикоть Г.* Проблема класифікації юридичних фактів у сучасній теорії права // Право України. — 2003. — № 7. — С 29-33.

[2] Див.: *Полянский Н. Н.* Вопросы теории советского уголовного процесса. — М., 1956. — С. 258; *Ривлин Л. А.* Вказана праця. — С. 109; *Недбайло П. Е.* Советские социалистические правовые нормы. — Львов, 1959. — С. 99; *Пионтковский А. А.* Правоотношения в уголовном правесе// Правоведение.— 1962.— №2.— С. 89; *Брайнин Я/М.* Уголовный закон и его применение. — М., 1967. — С. 41; та ін.

[3] Див.: *Чистяков А. А.* Уголовная ответственность и механизм формирования ее основания. — М., 2002. — С. 61-89; *Баулін Ю. В.* Звільнення від кримінальної відповідальності. — К., 2004. — С. 35-^4.

з узаконеними державою засобами соціального захисту, а з другого боку— обов'язок держави карати особу, що вчинила злочин, лише в межах, установлених законом, і діяти при цьому в передбаченому правовому порядку. З цим обов'язком у цивілізованому суспільстві погоджується право особи, що вчинила злочин, вимагати від держави суворого дотримання юридичної процедури притягнення до кримінальної відповідальності й покарання.

Юридичним фактом, що спричиняє виникнення кримінально-процесуальних відносин, є одержання правоохоронними органами в установленому порядку інформації про вчинений або такий, що готується, злочин (статті 94-98 КПК України).

Стосовно ОРД юридичними фактами, що є передумовами для виникнення правовідносин у цій сфері, є офіційні відомості чи такі, які отримані оперативним шляхом (інформація про злочини чи осіб, що їх підготовляють, вчиняють або вже вчинили), що є підставами здійснення ОРД (ст. 6 Закону про ОРД). Такий підхід до визначення юридичних фактів здається нам найбільш доцільним, оскільки відповідає правовому розумінню фактів як вольових дій, які приводять у рух норми права, й відкриває можливість для правомірного активного й цілеспрямованого застосування ОРЗ.

Разом з цим очевидно, що для ОРД, щоб мати фактичні дані для встановлення правовідносин, слід їх спочатку відшукати. На необхідність проведення розвідувально-пошукової діяльності для добування інформації про події чи дії, що створюють загрозу державі, суспільству та конкретній людині чи групі людей, а також своєчасне вжиття заходів попередження злочинної діяльності прямо вказується у статтях 1 та 2 Закону про ОРД, але ця діяльність, як вже зазначалося, не має чіткого правового врегулювання в чинному Законі про ОРД, що ускладнює правовідносини між її суб'єктами і є явною прогалиною чинного законодавства про ОРД. Вирішення цієї складної юридичної проблеми можливе, на нашу думку, через визнання у законодавстві й правильне застосування такого специфічного різновиду юридичних фактів, як факти стану[1]. Юридичні факти стану повинні особливо привернути увагу вчених і практиків у сфері ОРД, тому що вони характеризуються великою розмаїтістю, відносною стабільністю й тривалим періодом існування, протягом якого можуть (у сполученні з іншими фактами) викликати настання правових наслідків (наприклад,

Див.: *Исаков В. Б.* Юридические факты в советском праве. — М., 1984. — С. 36.

складний стан оперативної обстановки, криміналізація окремих об'єктів тощо). Юридичний факт стану (наявність криміногенної обстановки на відповідному об'єкті чи напрямку ОРД) дає законні підстави для постійного здійснення розвідувально-пошукової роботи з метою відшукання випереджувальної інформації (даних), що повинно бути й підставою для заведення відповідної оперативно-розшукової справи, у межах якої могли б проводитися такі ОРЗ, що не порушують права людини, однак дають можливість здійснювати ефективний контроль за розвитком негативних процесів, що відбуваються на криміногенному об'єкті, й здійснювати попереджувально-профілактичні заходи.

Враховуючи викладене, для усунення прогалини в чинному Законі про ОРД вважаємо доцільним визначити перелік оперативно-розшукових справ та підстави їх заведення, серед яких передбачити справу оперативного пошуку, визначивши також підстави її заведення та порядок роботи по ній.

В ОРД застосування норм кримінального закону відбувається під час оцінки первинної інформації (сигналу) про злочин, що готується або вчинений, тобто ще до заведення оперативно-розшукової справи. При заведенні оперативно-розшукової справи весь комплекс проведення ОРЗ спрямований на документування злочинної діяльності, на одержання матеріалів ОРД, які можна використати в інтересах як ОРД, так і кримінального судочинства.

Із частини 1 ст. 62 Конституції України випливає, що реалізацією кримінальних відносин є встановлення вини певної особи у вчинені злочину обвинувальним вироком суду, який набрав чинності. Реалізація кримінальних відносин може відбутися й у разі відмови в порушенні чи закритті провадження у кримінальній справі на підставах п. 4 ст. 6 КПК (внаслідок акта амністії), п. 5 ст. 6 КПК (щодо особи, яка не досягла на час вчинення злочину одинадцятирічного віку), п. 6 ст. 6 КПК (за примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим у справах приватного обвинувачення), п. 8 ст. 6 КПК (щодо померлого). Проте єдиною формою реалізації кримінальних відносин є діяльність суб'єктів кримінально-процесуальних відносин, кінцевим підсумком яких є відповідне процесуальне рішення, що постановляється уповноваженим суб'єктом кримінально-процесуальних відносин. Водночас кримінально-процесуальні відносини не є єдиним засобом установлення й конкретизації кримінально-правових відносин. Характер злочинної діяльності, обставин розкриття й розслідування злочину,

створення необхідних умов для повного виявлення, остаточного встановлення й реалізації кримінально-правових відносин визначають (обумовлюють) необхідність використання специфічних засобів та методів ОРД, оскільки вирішення цих питань лише засобами кримінального процесу об'єктивно неможливо, особливо у злочинах, вчинених організованими групами, у злочинах проти держави тощо. Однак не лише ОРД поряд з кримінально-процесуальними засобами бере участь в установленні, розвитку й завершенні кримінально-правових відносини. У цьому процесі можуть мати місце й інші правовідносини (цивільно-правові, виправно-правові, адміністративно-правові, державно-правові тощо), проте провідне й вирішальне місце в них відводиться кримінально-процесуальним відносинам. Всі інші мають лише допоміжний (службовий) характер і без кримінально-процесуальних відносин не можуть реалізувати кримінально-правові відносини.

У сфері боротьби зі злочинністю, незважаючи на самостійність ОРД як окремого виду, вона є забезпечувальною діяльністю щодо кримінального процесу, оскільки завдання ОРД спрямовані на сприяння вирішенню завдань кримінального процесу, пізнавальні засоби ОРД спрямовані на розширення можливостей засобів кримінально-процесуального пізнання, які є головними у процесі доказування у кримінальній справі. Тому реалізація кримінальних правовідносин[1] суб'єктами ОРД поза кримінальним процесом неможлива, хоча ОРД відіграє важливу роль у ході попереджувально-профілактичної діяльності на стадії приготування до вчинення злочину, при виявленні ОРЗ умислу на вчинення злочину .

ОРД може забезпечувати реалізацію не лише кримінально-правових, а й інших відносин (наприклад, адміністративних при вирішенні питання адміністративних режимів, виправно-трудових та ін.). — Див.: *Синилов Г. К.* Правовые, информационные и тактические основы оперативно-розыскной деятельности советской милиции. — М., 1975. — С. 66; *Шумилов А. Ю.* Начала уголовно-розыскного права. — М., 1998.'— С. 25-27.

[2] Докладно про стадію готування вчинення злочину та про поняття виявлення умислу в кримінальному праві див.: *Тшикевич И. С.* Приготовление и покушение по советскому праву (Понятие и наказуемость). — М., 1958; *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право: Лекции. Часть общая: В 2 т.— М., 1994.— Т. 1.— С. 290-299; *Тихий В. П.* Стадії вчинення злочину. Конспект лекцій. — Х., 1996; *Рарог А. И.* Субъективная сторона преступления и квалификация преступлений.— М, 2001; *Козлов А. П.* Учение о стадиях совершения преступлений. — СПб., 2002; та ін.

Розглядаючи взаємозв'язок кримінально-правових, кримінально-процесуальних і оперативно-розшукових правовідносин, необхідно враховувати, що кримінальний процес, як і ОРД, існує насамперед для забезпечення застосування норм кримінального права і передусім для реалізації кримінальної відповідальності. При комплексному підході до вивчення цих груп правовідносин ключове місце посідають кримінально-правові відносини як первинні та такі, що відіграють роль детермінанта.

Детермінованість кримінально-процесуальних і оперативно-розшукових відносин матеріальними означає, що перші виникають тоді й остільки, коли й оскільки є потреба встановлення й наступної реалізації кримінально-правових відносин. Однак це не дає підстав стверджувати, що між кримінально-правовими, оперативно-розшуковими та кримінально-процесуальними відносинами може бути виявлений «субординаційний момент», а також розглядати при цьому процесуальне право й ОРД не тільки як похідні від матеріального, а й як вторинні, котрі є «своєрідною надбудовою над матеріальним» , оскільки матеріальні й процесуальні галузі є «косубстанційними», що означає невиведення одних з одних, тому, як слушно зазначається в літературі, немає жодних підстав говорити про пріоритетність однієї галузі над іншою .

Одна з особливостей кримінально-правових відносин полягає в тому, що їх суб'єкти не можуть реалізувати свої права в межах цих відносин. Реалізація кримінально-правових відносин може бути здійсненна через кримінально-процесуальні відносини: з одного боку, за допомогою суб'єктів кримінального процесу, відповідальних за провадження у кримінальній справі (органу дізнання, слідчого, начальника слідчого відділу, прокурора, суду), а з іншого — через обвинуваченого, його захисника й ін. Оперативно-розшукові правовідносини можуть лише сприяти реалізації кримінально-правових відносин як до початку виникнення кримінально-процесуальних відносин (до порушення провадження в кримінальній справі), так і в ході провадження кримінальної справи (функціонування кримінально-процесуальних відносин).

[1] *Демидов И.* Оперативно-розыскная деятельность и уголовный процесс // Законность. — 1993. — № 8. — С. 35.

[2] Див.: *Колосович С. А., Кузнецов И. А.* Соотношение уголовно-процессуального и уголовного права // Государство и право. — 1996. — № 12. — С. 78.

Кримінально-процесуальні й оперативно-розшукові правовідносини в основному вичерпують себе з установленням кримінально-правових відносин і ухваленням рішення про застосування (чи незастосування) кримінальної відповідальності. Закінчення функціонування кримінально-процесуальних і оперативно-розшукових відносин у зв'язку з набранням чинності обвинувальним вироком створює юридичний факт для реалізації встановлених кримінально-правових відносин. Це не виключає виникнення знову як оперативно-розшукових, так і кримінально-процесуаль-'них відносин і після набрання вироком чинності, наприклад, для оперативно-розшукових відносин — при ухиленні засудженого від відбування покарання (п. 1 ч. 1 ст. 6 Закону про ОРД); для кримінально-процесуальних відносин — при відновленні справи у зв'язку із нововиявленими обставинами (ст. 397 КПК України), при цьому виникають правові підстави і для виникнення оперативно-розшукових відносин.

Оперативно-розшукові відносини, беручи участь у реалізації норм кримінального права, можуть припинити своє існування після закриття оперативно-розшукової справи, наприклад, з набранням чинності вироком, постановою суду або ухвалою (п. 2 ст. 9 Закону про ОРД). У цьому випадку їх припинення збігається з припиненням і кримінально-про"ице"-'су-'альних відносин. Але оперативно-розшукові відносини можуть існувати й після припинення кримінально-процесуальних відносин. Наприклад, у разі виявлення особою проведення щодо неї ОРЗ після закриття кримінальної справи чи набрання чинності вироком (після припинення кримінально-процесуальних правовідносин), вона має право не лише оскаржити ці дії в адміністративному, судовому порядку чи звернутися зі скаргою до прокурора, а й в установленому порядку одержувати від органів, на які покладено здійснення ОРЗ, письмові пояснення з приводу обмеження її прав та свобод (ч. 9 ст. 9 Закону про ОРД). Правам цієї особи кореспондують відповідні обов'язки органів, які здійснюють ОРД, та їх посадових осіб. У цьому випадку оперативно-розшукові відносини породжують адміністративні або адміністративно-процесуальні відносини.

Оперативно-розшукові правовідносини з приводу участі в реалізації кримінально-правих відносин виникають не лише між державними органами та їх посадовими особами під час здійснення ОРД, а й між ними та особами, щодо яких провадяться ОРЗ (об'єктами оперативно-розшукових справ), між державними органами та їх посадовими особами й особами, які залучаються до оперативно-розшукової діяльності

на негласній (конспіративній) основі (агентами, резидентами, довіреними особами, утримувачами явочних квартир). Більшість питань оперативно-розшукових відносин регулюється на відомчому рівні: наказами, інструкціями, положеннями тощо, але останнім часом спостерігається тенденція переходу правового регулювання оперативно-розшукової діяльності з підзаконного рівня на рівень закону.

Вчинення злочину не завжди викликає виникнення як оперативно-розшукових, так і кримінально-процесуальних відносин, оскільки не про всі злочини стає відомо суб'єктам оперативно-розшукових і кримінально-процесуальних відносин — компетентним державним органам та їх посадовим особам.

Помилкові повідомлення про злочин обумовлюють виникнення оперативно-розшукових і кримінально-процесуальних відносин за фактичної відсутності кримінально-правових відносин. Оперативні співробітники, орган дізнання, слідчий, прокурор або суддя дізнаються про факт підготовки чи вчинення злочину, як правило, через матеріально фіксоване або вербальне джерело інформації. Взаємозв'язок між нібито існуючим фактом злочину й підставами для початку ОРД чи кримінального процесу має суб'єктивний характер, що не виключає відхилень між об'єктивно існуючими кримінально-правовими відносинами та їх відображенням у відповідних оперативно-розшукових та процесуальних актах правоохоронних органів.

Заведення оперативно-розшукової справи чи порушення кримінальної справи свідчить лише про можливість існування кримінально-правових відносин. їх наявність або відсутність підлягає подальшій оперативно-розшуковій перевірці (розробці) чи подальшому обґрунтуванню в процесі доказування у кримінальній справі. Сам факт припущення про вчинення злочину впливає на напрямок розвитку як оперативно-розшукових, так і кримінально-процесуальних відносин. Попередня кримінально-правова оцінка досліджуваної обставини на ранніх етапах правового пізнання має організуюче, спрямовуюче значення і керує процесом оперативно-розшукового документування та збирання доказів. Тому початок оперативно-розшукової й кримінально-процесуальної діяльності не тільки встановлює чи змінює кримінальні правовідносини, а й безпосередньо впливає на напрямок і процес їх констатації. Особливістю кримінально-процесуальних і оперативно-розшукових правовідносин є те, що вони «запрограмовані» нормою кримінального закону. Оперативно-розшукова інформація та фактичні дані про злочин, який готується або вчинений, на початковому етапі

функціонування оперативно-розшукових та кримінально-процесуальних відносин визначають їх динаміку й напрямок. При дослідженні обставин учинення злочину їх оцінюють відповідно до норм кримінального закону. Теоретична конструкція взаємозв'язку кримінально-правових, оперативно-розшукових та кримінально-процесуальних правовідносин знайшла своє відображення у кримінально-процесуальному законодавстві та законодавстві про ОРД. У статті 4 КПК України міститься імперативна норма, яка зобов'язує суд, прокурора, слідчого й орган дізнання в межах своєї компетенції за наявності ознак злочину порушити кримінальну справу в кожному випадку, а також вжити всіх передбачених законом заходів для встановлення події злочину, виявлення та покарання осіб, винних у його вчиненні. У статті 103 КПК України на органи дізнання покладається вжиття необхідних ОРЗ з метою виявлення ознак злочину й осіб, що його вчинили. В частині 5 ст. 97 КПК України передбачена перевірка шляхом проведення ОРД заяв або повідомлень про злочини до порушення кримінальної справи. В статті 1 Закону про ОРД указано, *що* її завданням є пошук і фіксація фактичних даних про протиправну діяльність окремих осіб та груп, розвідувально-підривну діяльність спеціальних служб іноземних держав та в інтересах кримінального судочинства.

Підставами для проведення ОРД є наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою ОРЗ і засобів, про осіб, які готують або вчинили злочин; осіб, які переховуються від органів розслідування або ухиляються від відбування покарання; про розвідувально-підривну діяльність спецслужб іноземних держав, організацій та окремих осіб проти України . У зв'язку з цим діяльність компетентних органів по встановленню підстав до порушення кримінальної справи вже підкоряється процесуальному порядку. Однак *цю* думку поділяють не всі автори, вважаючи, що кримінальне судочинство (процесуальні відносини) починається з моменту ухвалення рішення про порушення кримінальної справи, а попередня діяльність не є процесуальною[2].

Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» від 18 лютого 1992 р. № 2135-ХП // ВВР. — 1992. — № 22. — Ст. 303 (із подальшими змінами та доповненнями). — Ст. б.

' Див.: *Стремовский В. А.* Актуальные проблемы организации предварительного следствия в СССР. — Краснодар, 1978. — С. 9.

Оперативно-розшукові й кримінально-процесуальні відносини мають динамічний характер. Вони розвиваються поетапно, змінюючи свій зміст, тим самим наближаючись до об'єктивно існуючих матеріально-правових відносин. Накопичення великого масиву знань про обставини вчинення злочину відбивається в оперативно-розшукових та кримінально-процесуальних рішеннях. Відповідно до п. 1 ст. 10 Закону про ОРД та п. 5 ст. 94 КПК, коли матеріали ОРД містять достатні дані, які вказують на наявність ознак злочину, вони можуть стати для компетентної особи, наприклад органу дізнання, приводом та підставами для порушення кримінальної справи, а згідно зі ст. 131 КПК, коли існує достатньо доказів, які вказують на вчинення злочину певною особою, слідчий виносить мотивовану постанову про притягнення цієї особи як обвинуваченого. З цим процесу^аль^ним актом пов'язано виникнення центральних правовідносин у кримінальному процесі — між обвинуваченим і державним органом — слідчим .

З цього приводу М. С. Строгович справедливо вказував, що, незважаючи на визнання первинності кримінально-правових відносин, з цього не випливає, що за відсутності кримінально-правових відносин кримінальний процес утрачає зміст, що кримінально-процесуальні відносини викликаються до життя кримінально-правовими відносинами й є формою останніх[2]. Не кажучи вже про те, що завданням кримінального процесу є встановлення не лише події, складу злочину, а й їх відсутності. У низці випадків кримінальний процес виникає, коли немає кримінально-правових відносин (наприклад, при порушенні провадження про застосування примусових заходів медичного характеру)[3]. Без виникнення кримінальних правовідносин можуть також мати місце й оперативно-розшукові правовідносини, наприклад, оперативно-розшукова справа заведена без достатніх підстав або оперативна-розшукова інформація про підготовлюваний чи вчинений злочин не підтвердилася в ході ОРД.

Див.: *Погорецький М. А.* Правовідносини у сфері кримінальної юстиції та їх взаємозв'язок // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності: 36. наук, праць Донецьк, ін-ту внутрішніх справ при Донецьк, нац. ун-ті. — Донецьк, 2002. — № 1. — С 168-169.

Див.: *Строгович М. С.* Рец. на книгу: Элькинд П. С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве.— Л., 1976// Правоведение.— 1976.— №4, — С. 136.

Див.: *Алексеев Н. С, Даев В. Г., Кокорев Л. Д.* Очерк науки уголовного процесса. — Воронеж, 1980. — С. 52.

Слід погодитися з висновком В. П. Бож'єва про те, що в усіх без винятку випадках застосування норм кримінального права (навіть тільки в частині диспозиції) воно неможливо без одночасного застосування норм кримінально-процесуального права. Більше того, саме процесуальні акти одночасного застосування норм кримінального й кримінально-процесуального права мають ключове значення, оскільки з ними як із складними юридичними фактами пов'язане виникнення не одних, а багатьох кримінально-процесуальних відносин[1]. Слід зазначити, що оперативно-розшукові й кримінально-процесуальні норми, виконуючи службову роль щодо норм кримінального права, забезпечують їхнє застосування (а, отже, у кінцевому підсумку, й ефективність). Норми оперативно-розшукового законодавства та відомчих нормативно-правових актів виконують при цьому службову роль щодо кримінально-процесуальних норм, забезпечуючи ефективність їх реалізації. Кримінально-процесуальні норми одночасно є гарантом прав особи, причому прав не лише процесуальних, а й таких, що мають конституційний характер. Ось чому багато базових процесуальних норм містяться в Конституції України (статті 19, 21, 22, 24, 27-32, 41, 55-63, 68 та ін.), а рекомендації з прийняття відповідного національного законодавства — у міжнародно-правових актах загального характеру[2].

Оперативно-розшукові й кримінально-процесуальні правовідносини також тісно пов'язані між собою . Це, насамперед, проявляється у процесуальних і непроцесуальних формах взаємодії органів слідства й дізнання (підрозділів, які проводять ОРД)[4] при використанні матеріалів ОРД у кримінальному процесі, у здійсненні прокурорського нагляду й судового контролю за ОРД .

Хоча, кримінальний процес і ОРД є самостійними видами державно-правової діяльності, але, виходячи із спільних завдань щодо боротьби зі злочинністю (ст. 2 КПК і ст. 1 Закону про ОРД), правовідносини, які складаються в кожному з цих видів, можуть істотно впливати одні на інші, слугувати їх виникненню, подальшому розвитку та припиненню. Останні зміни та доповнення, внесені до КПК і законодавства про ОРД, щодо перевірки заяв або повідомлень про злочин шляхом проведення ОРД та використання протоколів з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами ОРЗ, як доказів у кримінальній справі, значно розширили межі взаємозв'язку кримінально-процесуальних та оперативно-розшукових правовідносин, але разом з цим поставили й багато питань, які потребують наукової розробки та законодавчого врегулювання.

Важливим елементом у структурі правових відносин є суб'єкт — «атом юридичної теорії, найпростіший, елемент, що далі не розкладається» . Суб'єкти оперативно-розшукових правовідносин — це державні органи та їхні посадові особи, а також юридичні й фізичні особи, що притягуються до цієї сфери діяльності (особи, що сприяють ОРД на негласній конфіденційній основі, об'єкти оперативно-розшукових справ), наділені законом і відомчими нормативними актами правами й обов'язками. Роль і значення суб'єктів оперативно-розшукових правовідносин різні. Це дозволяє розділити їх на певні групи.

До першої групи суб'єктів оперативно-розшукових правовідносин ми відносимо органи, підрозділи та їх посадових осіб, що безпосередньо застосовують правові норми в ОРД (особи, що ведуть ОРД), мають владні повноваження. Ці суб'єкти можуть вступати в правовідносини як між собою, так і з іншими суб'єктами оперативно-розшукових відносин, в яких вони є їх обов'язковими учасниками. Конкретно законодавством про ОРД правовий статус кожного з таких суб'єктів,

Див.: *Божьев В. П.* Уголовно-процессуальные правоотношения: Автореф. дне. … д-ра юрид. наук. — М., 1994. — С 3О.

Див.: Статті 5, 6, 8 Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод людини від 4 листопада 1950 року// Международная защита прав человека. Документы и комментарии / Сост. и автор комментариев М. В. Буроменский. — Харьков, 1998; Ст. 12 Загальної декларації ООН з прав людини від 10 грудня 1948 року // Там само; та ін.

Див.: *Демидов И.* Оперативно-розыскная деятельность и уголовный процесс // Законность. — 1993. — № 8. — С. 33-36; *Зажицкий В. И.* Связь оперативно-розыскной деятельности и уголовного процесса // Государство и право. — 1995. — № 6. — С. 57-67; *Погорецький М. А.* Взаємозв'язок кримінальних, кримінально-процесуальних, та оперативно-розшукових правовідносин // Науковий вісник Національної академії Служби безпеки України. — 2002. —- № 14-15. — С 209-219.

[4] Див.: *Погорецький М. А.* Межі доручень слідчого органу дізнання про проведення оперативно-розшукових заходів // Право України. — 2000. — № 9. — С 47-49; *Він же.* Проблеми взаємодії органів дізнання і досудового слідства // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — Одеса, 2002. — № 2. — С 85-92.

Див.: *Погорецький М. А.* Прокурорський нагляд за оперативно-розшуковою діяльністю// Вісник Університету внутрішніх справ. - Вип. 10.— Х., 2000.— С. 117-125; *Він же.* Судовий контроль і прокурорський нагляд за використанням протоколів оперативно-розшукових заходів як доказів у кримінальному процесі // Вісник Верховного Суду України. — 2003. — № 2. — С 32-38.

[2] Див.: *Пашуканис Е. Б.* Избранные произведения по общей теории права и государства. — М., 1980. — С. 102; *Доля Е. А.* Проблема начала в теории уголовного процесса // Государство и право. — 1996. — № 10. — С. 54.

уповноважених на здійснення ОРД (оперативного працівника, керівника будь-якого відповідного оперативного підрозділу чи органу), не визначений, проте повноваження кожного з них випливають із загальних повноважень відповідного органу, уповноваженого на здійснення ОРД. Більш докладно повноваження оперативно-розшукових підрозділів та їх посадових осіб регламентуються закритими відомчими нормативно-правовими актами. Правовідносини, що складаються між суб'єктами, які уповноважені на проведення ОРД, виникають на підставі як норм законодавчих актів про ОРД та виданих на їх розвиток відомчих нормативних актів (і з цього боку вони є оперативно-розшуковими), так і на підставі норм, що регулюють управлінсько-службову діяльність, які традиційно відносяться до адміністративного права, і з цього боку вони мають характер вертикальних субординаційних адміністративно-правових відносин, що виникають там, де одна сторона підпорядкована іншій, — у сфері виконавчої влади, вони будуються за методом влади й підпорядкування[1]. Характер взаємозв'язку цих відносин полягає в тому, що, з одного боку, завдання, які стоять перед ОРД у сфері боротьби зі злочинністю, — пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена КК України, викликають адміністративно-правові (службові) відносини між посадовими особами, що ведуть ОРД, а з іншого — адміністративно-правові відносини, що складаються між цими суб'єктами, спрямовані на розвиток оперативно-розшукових відносин. Важливо зазначити й те, що й адміністративно-правові, й оперативно-розшукові відносини між вказаними суб'єктами можуть викликати й кримінально-процесуальні відносини (перевірку матеріалів у стадії порушення кримінальної справи (статті 94-99 КПК), проведення дізнання (статті 103-110 КПК), проведення слідчих дій (ч. 1 ст. 114, ст. 118 КПК) тощо. Вони щодо кримінально-процесуальних відносин є службовими (допоміжними) в реалізації кримінально-правових відносин. Кримінально-процесуальні відносини, в свою чергу, можуть бути підставами для виникнення оперативно-розшукових відносин та адміністративно-правових у сфері ОРД.

При вступі осіб, що провадять ОРД, у відносини з особами, які залучаються до ОРД на негласній конфіденційній основі, між ними

[1] Див.: *Старилов Ю. Н.* Административная юстиция: Проблемы теории. — Воронеж, 1998.— С. 38-42; *Бандурка А.* М, *Тищенко Н. М.* Административное право: Учебник. — Харьков, 2002. — С. 49-56; Административное право Украины / Под общ. ред. Ю. П. Битяка. — Харьков, 2003. — С. 49-50; та ін.

можуть виникати як оперативно-розшукові відносини, що потребують більш докладного правового врегулювання в Законі про ОРД, так і трудові, цивільно-правові, які в свою чергу здатні породжувати пенсійні та інші правовідносини.

При вступі осіб, що проводять ОРД, у відносини з суб'єктами кримінального процесу — органом дізнання, слідчим, прокурором, судом — мають місце кримінально-процесуальні відносини. Ініціатором таких відносин може бути як оперативно-розшуковии підрозділ (при ініціативному наданні матеріалів ОРД для використання їх у кримінальному процесі), так і суб'єкти кримінального процесу при реалізації своїх владних повноважень при дачі доручень підрозділу, що здійснює ОРД, на проведення оперативно-розшукових заходів. Ці відносини також потребують більш докладного врегулювання як у Законі про ОРД, так і в новому КПК України, що буде більш докладно викладено в наступних розділах роботи.

У разі реалізації слідчим своїх повноважень на дачу вказівки органу дізнання про проведення ним розшукових дій правовідносини між слідчим і органом дізнання, що уповноважений здійснювати ОРД (ч. 3 ст. 114 КПК), мають кримінально-процесуальний характер, вони в цьому випадку породжують оперативно-розшукові відносини (п. 2 ч. 1 ст. 7 Закону про ОРД), проте лише між суб'єктами ОРД.

При реалізації прокурором наглядових повноважень, передбачених ст. 121 Конституції України, п. 3 ст. 5, статтями 29, 30 Закону України від 5 листопада 1991 р. «Про прокуратуру» , пунктами 1, 3, 4 ст. 227 КПК України, такі правовідносини є кримінально-процесуальними як окремий вид наглядово-прокурорських правовідносин , про що не можна сказати в разі здійснення прокурорського нагляду за ОРД відповідно до ст. 14 Закону про ОРД та відомчих нормативно-правових актів , оскільки такі правовідносини не є кримінально-процесуальними.

[1] Закон України «Про прокуратуру» від 5 листопада 1991 р. № 1789-XII // ВВР. — 199 і. — № 53. — Ст. 793 (із подальшими змінами та доповненнями).

[2] Див.: *Ломовский В. Д.* Прокурорско-надзорные правоотношения. — Ростов-на-Доиу, 1987.

[3] Наказ Генерального прокурора України № 4 від 4 жовтня 1998 р. «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство».— К., 1998; Наказ Генерального прокурора України *№ 2* від 17 жовтня 1999 р. «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів органами Служби безпеки України, які проводять оперативно-розшукову діяльність». — К., 1999; Наказ Генерального прокурора України № 4 гн від 6 квітня 2004 р. «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів при проведенні оперативно-розшукової діяльності». — К., 2004.

Ці правовідносини є прокурорсько-наглядовими, що здійснюються у сфері ОРД.

Проблемним є визначення характеру правовідносин, які мають місце між особами, що ведуть ОРД, і судом при вирішенні питання про отримання дозволу суду на проведення ОРЗ, що обмежують конституційні права людини, і регламентуються як Законом про ОРД (ч. 2 ст. 8), так і відомчими нормативио-правовими актами. На нашу думку, такі правовідносини не є ані оперативно-розшуковими, ані кримінально-процесуальними. Судовий контроль за обмеженням конституційних прав людини є однією з функцій судової влади, яка повинна бути докладно визначена в Законі України «Про судоустрій в Україні». Ці правовідносини мають характер судово-контрольних.

До другої групи суб'єктів оперативно-розшукових правовідносин слід віднести осіб, які співробітничають з органами, що здійснюють ОРД (особи, що сприяють ОРД на негласній конфіденційній основі (агенти, резиденти, довірені особи, утримувачі явочних квартир, утримувачі конспіративних квартир). їх правовий статус визначений Законом про ОРД та відомчими нормативними актами. Таких осіб не можна розглядати як суб'єктів, уповноважених здійснювати ОРД. Ці особи лише сприяють суб'єктам ОРД, є учасниками підготовки чи проведення ОРЗ. Сам факт залучення особи до негласного співробітництва розглядається як об'єктивна необхідність у боротьбі зі злочинністю, офіційно визнається й підтримується державою, законодавчо передбачається й докладно регламентується відомчими нормативно-правовими актами. Відносини оперативно-розшукових підрозділів з такими особами мають державно-правовий характер, будуються на основі вільного волевиявлення. їм властиві всі ознаки правових відносин. Проте вони потребують більш докладного правового врегулювання, що є предметом окремого наукового дослідження[1].

До третьої групи оперативно-розшукових правовідносин належать особи, щодо яких проводяться ОРЗ («об'єкти оперативно-розшукових справ»). Сторонами в таких правовідносинах є, з одного

[1] Див.: *Погорецький М. А.* Конфіденційні відносини: значення і проблеми правового регулювання // Вісник Запорізького юридичного інституту МВС України. — 2002. — № 4. — С 227-234; *Він же.* Конфіденційні відносини в оперативно-розшуковій діяльності СБУ: сутність, значення, правове регулювання: Навч, посіб. — Х., 2003; *Він же.* Щодо удосконалення правового регулювання конфіденційних відносин // Вісник Луганської академії внутрішніх справ України.— Спец. вип. Г2003: Актуальні проблеми оперативно-розшукової діяльності. —Луганськ, 2003. — С 58-67.

боку, відповідний орган, уповноважений на здійснення ОРД, в особі його посадових осіб, а з іншого— особа, об'єкт оперативно-розшукової справи.

На нашу думку, юридичним фактом для виникнення таких правовідносин є не лише реально виявлений замисел, готування, вчинення чи вчинений злочин, а й наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою ОРЗ і засобів, про осіб, які готують або вчинили злочин, осіб, які переховуються від органів розслідування або ухиляються від відбування покарання, безвісно відсутніх осіб, розвідувально-підривну діяльність спецслужб іноземних держав, організацій та окремих осіб проти України (ст. 6 Закону про ОРД).

Специфіка ОРД обумовлюється тим, що особа, яка перевіряється чи розробляється, діє, як правило, приховано, замасковуючи свої дії, протидіє підрозділам, що здійснюють ОРД, у виявленні та документуванні її злочинної діяльності. Це викликає об'єктивну необхідність проводити відповідно до правових норм спеціальні ОРЗ, у тому числі й негласного характеру, з метою встановлення всіх обставин, пов'язаних з протиправною діяльністю такої особи. Негласність не лише не виключає існування правовідносин у цій сфері, а, навпаки, є їх необхідною умовою, оскільки сполучення гласних і негласних методів та засобів законодавчо закріплено як принцип ОРД (ст. 4 Закону про ОРД).

Особа, що підготовляє чи вчиняє злочин, цілком свідомо обирає свою поведінку, розуміючи, що її суспільно небезпечні дії викликають відповідну реакцію правоохоронних органів. Характерна риса цих правовідносин полягає й у тому, що вони виникають без волевиявлення противної сторони і повідомлення її про це. Тому незнання особи, наприклад, про те, що стосовно неї проводяться ОРЗ, не виключає наявності оперативно-розшукових правових відносин. На це вказує і ЄСПЛ у своєму рішенні у справі Класе проти ФРН (Klass and Others v. Germany)[1], зазначаючи: недопустимо, що право «гарантоване конституцією, може бути нейтралізоване тим, що особа не знає про його порушення». ЄСПЛ вказав, що за відповідних умов особа може вважати себе жертвою порушення її права, вже виходячи з того, що існують таємні заходи або закон, що їх допускає, навіть у тому випадку, коли

' Klass and Others v. Germany, judgment of 6 September 1978, Series A no. 28, http://www.echr.coe.int/ECHR/SiteMap.aspx, станом на 4.02.2007 р.

такі заходи до неї не застосовувалися. Оскільки будь-яка особа може бути потенційною жертвою порушення ст. 8 Європейської конвенції з прав людини, не знаючи про це, кожна особа як жертва може оскаржити такий порядок у суді.

Отже, кожна із зазначених груп оперативно-розшукових правовідносин має лише їй властиві особливості й заслуговує на докладне дослідження. У кожній з них може проводитися своя класифікація, оскільки кожному суб'єкту в кожних конкретних правовідносинах властиві свої конкретні правомочності. Основним суб'єктом, без якого не можуть функціонувати оперативно-розшукові правовідносини, є орган (підрозділ), наділений повноваженнями на здійснення ОРД, в особі його посадових осіб (оперативного працівника, керівника оперативного підрозділу, органу).

Знання особливостей кожної із наведених груп оперативно-розшукових правовідносин має наукове і практичне значення для удосконалення взаємозв'язку ОРД та кримінального процесу, використання можливостей ОРД в інтересах кримінального судочинства.

Таким чином, в ОРД як соціальній діяльності поряд з моральними функціонують і правові відносини, різноманітність яких за своєю правовою природою свідчить про їх різну галузеву належність. Дана особливість ОРД дозволяє стверджувати, що оперативно-розшукові правовідносини —- це відносини змішаного типу, які потребують окремої наукової розробки.

Таємний характер значної частини ОРЗ не перетворює оперативно-розшукові відносини на неправові. їх особливість у даному випадку полягає в тому, що право громадян впливати на діяльність підрозділів, які здійснюють ОРД, що забезпечує їх захищеність від можливого свавілля, може бути реалізоване як безпосередньо, так і побічно.

При безумовно позитивній ролі Закону про ОРД у правовому регулюванні правових відносин, що виникають у сфері ОРД, слід зазначити такий суттєвий недолік даного нормативно-правового акта, як недосконалість визначення правового статусу суб'єктів ОРД, що закономірно ускладнює правове врегулювання відносин, які виникають при використанні матеріалів ОРД у кримінальному процесі як приводів і підстав до порушення кримінальної справи, до проведення слідчих дій, та прийнятті інших процесуальних рішень, для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі, при забезпеченні законності їх використання у кримінальному судочинстві засобами

прокурорського нагляду й судового контролю при дачі доручень та вказівок слідчим, прокурором чи судом на проведення певних оперативно-розшукових заходів в інтересах кримінального судочинства.

Оперативно-розшукові відносини відіграють важливу роль у реалізації кримінально-процесуальними відносинами кримінально-правових відносин, підвищуючи її ефективність.

Використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі є одним із видів взаємодії ОРД і кримінального процесу, що відбувається у формі правових відносин їх суб'єктів, які у свою чергу породжують відповідні правовідносини між певними суб'єктами всередині цих видів діяльності, що свідчить про взаємозв'язок оперативно-розшукових і кримінально-процесуальних правовідносин. Для удосконалення механізму використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі як приводів та підстав для порушення кримінальної справи або проведення слідчих дій, прийняття інших процесуальних рішень, для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, необхідна подальша науково-теоретична розробка такого взаємозв'язку, законодавче врегулювання цього механізму, а також розробка науково-практичних рекомендацій щодо його застосування.

* * * * *

Взаємозв'язок ОРД і кримінального процесу — це відношення їхньої залежності одне від одного, яка проявляється в об'єкті їх спрямування, в меті та завданнях, засобах здійснення, у взаємодії їх суб'єктів й отриманих результатах. Кожний з цих видів діяльності являє собою цілісне соціально-правове утворення, що природно має свою індивідуальну внутрішню структуру, яка уточнює загальну структуру, властиву будь-якій діяльності.

У практичній діяльності ОРД і кримінальний процес є, як правило, передумовою одне одного у дослідженні злочинів. ОРД при цьому виконує також інформаційно-забезпечувальну функцією кримінального процесу.

ОРД та кримінальний процес мають пізнавальний характер і розвиваються в динаміці безперервного сходження від об'єкта пізнання до його суб'єкта, у результаті чого в цих суб'єктів формується образ тих явищ об'єктивної дійсності, які досліджені відповідно в ОРД та кримінальному судочинстві.

Гносеологічна єдність ОРД і кримінального процесу полягає в тому, що вони спрямовані на пізнання злочину через його сліди, що є його результатом, процес пізнання яких здійснюється за загальними законами гносеології через універсальні методи пізнання, застосування яких у кожному з цих видів діяльності має свою специфіку. ОРД є одним із засобів кримінально-процесуального пізнання, що розширює пізнавальні можливості останнього.

ОРД і кримінальний процес здійснюються у формі правовідносин, які мають між собою взаємозв'язок при виявленні та розслідуванні злочину і судовому розгляді кримінальної справи.

Форми застосування методів пізнання обставин злочину, правовідносин і їх взаємозв'язку в ОРД та кримінальному процесі потребують удосконалення у КПК України, Законі про ОРД та відомчих нормативно-правових актах.

i

РОЗДІЛ 4
МАТЕРІАЛИ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЯК ІНФОРМАЦІЙНА ОСНОВА ПРИЙНЯТТЯ РІШЕНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

§ 1. Поняття і види матеріалів оперативно-розшукової діяльності

У статті 10 Закону про ОРД вказуються напрями використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі, проте як у цьому законі, так і у відомчих нормативно-правових актах термін «матеріали оперативно-розшукової діяльності» вживається без розкриття його поняття, змісту, форми та визначення їх видів.

Відсутність у правових актах нормативного визначення поняття матеріалів ОРД, їх видів, а також встановлених вимог до оформлення кожного з їх видів у ході оперативно-розшукового документування протиправних дій розроблюваних осіб та порядку передачі їх особам, що ведуть кримінальний процес, для використання в інтересах кримінального судочинства є одним із проблемних питань, невирішеність якого в теорії і законодавстві негативно впливає на правозастосовну діяльність, про що свідчать результати аналізу матеріалів оперативно-розшукових та кримінальних справ, актів прокурорського реагування на допущені порушення законності в ході здійснення відповідних ОРЗ, подань оперативно-розшукових підрозділів до суду на отримання дозволу на проведення ОРЗ, що обмежують конституційні права громадян. Зазначене актуалізує наукову розробку поняття матеріалів ОРД та визначення їх видів.

Поняття «матеріали» з точки зору семантики визначається як різноманітні відомості, дані, зібрання документів, відомостей про щонебудь, те, що призначене для того, на що вказує зміст означення[1]. Виходячи з аналізу норм Закону про ОРД (статті 1, 6, 7, 8, 9, 9^{1}, 9^{2}, 10) та відомчих нормативних актів, можемо зробити висновок, що «матеріали оперативно-розшукової діяльності» — це різноманітні носії фактичних даних та відомостей, документи, предмети, що містять у собі фактичні дані (відомості, інформацію, дані) та їх носії, які отримуються в ході ОРД і зосереджуються в оперативно-розшукових справах.

[1] Великий тлумачний словник сучасної української мови / Упоряд. і голов, ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь, 2001. — С. 513.

Відповідно до Закону про ОРД і відомчих нормативних актів оперативні підрозділи при проведенні гласних ОРЗ уповноважені отримувати від громадян, організацій, підприємств та установ, незалежно від їх форм власності, посадових осіб, представників влади, засобів масової інформації документи й інші матеріали: заяви громадян, повідомлення організацій, підприємств, установ, посадових осіб про підготовлювані, гі, що вчиняються, або вчинені злочини; пояснення громадян, посадових осіб; матеріали перевірок, інвентаризацій, ревізій фінансово-господарської діяльності підприємств, установ та організацій; відповіді на офіційні запити організацій, підприємств, установ, посадових осіб з питань, що входять до їх компетенції; копії документів архівних кримінальних справ, кримінальних справ, що перебувають у провадженні правоохоронних чи судових органів (копії відповідей на запити правоохоронних та судових органів, копії пояснень громадян та посадових осіб, копії протоколів допитів, обшуків, виїмок, оглядів та ін.) тощо.

Окрім зазначених в оперативно-розшукових справах також зосереджуються матеріали ОРД, що фіксують діяльність осіб (оперативного працівника, начальника оперативно-розшукового підрозділу), які здійснюють ОРД, а також матеріали ОРД, що відбивають хід ведення оперативао-розшукової справи, а саме: рапорт оперативного працівника про виявлені у ході проведення ОРЗ протиправні діяння, що містять ознаки злочинів, виявлення і припинення яких віднесено до компетенції відповідних підрозділів, що здійснюють ОРД, інші документальні матеріали, в яких містяться підстави для заведення оперативно-розшукових справ; узагальнюючі довідки, складені за результатами аналізу отриманої в ході роботи у справі інформації та її правової оцінки, з відповідними пропозиціями прийняття управлінських та процесуальних рішень; постанови про заведення, тимчасове припинення та закриття оперативно-розшукової справи, а також матеріали ОРД, що фіксують план ОРЗ; отримані результати перевірки первинної оперативної інформації про протиправну діяльність; матеріали перевірки за автоматизованими банками даних та оперативними обліками СБ України, а також оперативно-довідковими картотеками УМВС — МВС України; плани проведення окремих оперативних заходів (оперативні комбінації, експерименти та ін.); копії письмових завдань особам, що перебувають з оперативними підрозділами в негласних конфіденційних відносинах; матеріали ОРД, отримані від таких осіб та в ході проведення негласних ОРЗ (рапорти, довідки, меморандуми, фото-, кіноплівки, аудіо-, відеодиски, протоколи тощо).

Залежно від виду оперативно-розшукових справ, визначених відповідними нормативно-правовими актами, у них зосереджуються матеріали ОРД про фактичні дані, а також дані про їх джерела, які можуть бути використані в інтересах кримінального судочинства, зокрема: про ступінь небезпеки в діях осіб, що розробляються, оцінку завданої ними шкоди їх злочинними діяннями; нові виявлені фактичні дані, які підтверджують або спростовують початкові підозри; обставини, які виключають притягнення осіб, що розробляються, до кримінальної відповідальності; механізми і причини вчинення злочинів та умови, що сприяють вчиненню злочинних дій, заходи щодо їх усунення; особу, що розробляється, та її злочинні зв'язки; мотиви вчинення протиправних діянь; про конкретних осіб, що готують (вчинили) злочин, або про ймовірне місцезнаходження особи, що розшукується у зв'язку з переховуванням від органів досудового слідства, суду або ухиляється від відбування покарання; коло осіб, яким відомо про факт злочину або підготовку до його вчинення; обставини вчинення злочину, прикмети злочинців; підготовку злочину або локалізацію негативних наслідків вчиненого злочину; найбільш вірогідні мотиви вчинення злочину та інформацію, яка сприяла б встановленню конкретних осіб, що вчинили злочин або готують його; додаткові відомості стосовно об'єкта розшуку, що мають суттєве значення для проведення розшукових заходів; усі зв'язки розшукуваного, з'ясування можливої появи у них розшукуваного чи їх обізнаності про його місцезнаходження; дані обліків органів внутрішніх справ, податкових органів, медичних закладів, установ соціального забезпечення, військкоматів, відділів кадрів підприємств, установ та організацій, інших відомств та організацій, у яких здійснюються документальні обліки населення; про епізоди злочинної діяльності особи чи групи осіб, щодо яких порушено та розслідується кримінальна справа, а також їх співучасників; осіб, які можуть бути свідками у кримінальній справі; місцезнаходження майна, цінностей, коштів, здобутих злочинним шляхом, а також іншого майна, цінностей та коштів, що належать особам, які притягуються до кримінальної відповідальності, з метою забезпечення можливої конфіскації для відшкодування завданої шкоди; місцезнаходження підозрюваних та обвинувачених у кримінальній справі; негативний вплив зв'язків осіб, що розробляються, на хід розслідування кримінальної справи; причини й умови, які сприяли вчиненню злочинних дій; про злочинні плани й наміри, передусім міжрегіональних і міжнародних, організованих злочинних угруповань, їх структуру, склад

і керівні ланки; корумповані зв'язки цих угруповань в органах державної влади і управління, їх економічне підґрунтя, тактику й механізми злочинної діяльності; намагання організованих злочинних угруповань встановити корумповані зв'язки з державними службовцями та посадовими особами, співробітниками правоохоронних та контролюючих органів, органів управління, військових формувань України, а також спроби втягнення їх у злочинну діяльність; здійснення організованими злочинними угрупованнями таких тяжких та особливо тяжких злочинів, як терористичні акти, вбивства «на замовлення», захоплення заручників, посягання на життя державних та громадських діячів, працівників правоохоронних органів, керівників кредитно-фінансових установ чи промислових структур тощо; масштабні контрабандні акції, фінансові афери, проникнення в життєво важливі сфери економіки; порушення встановленого порядку вивезення за межі України сировини, матеріалів, обладнання та технологій, які можуть бути використані для створення ракетної, ядерної, хімічної, інших видів зброї, військової та спеціальної техніки; а також у сфері нелегальної міграції, незаконного обігу зброї, боєприпасів, вибухових, радіоактивних та отруйних речовин, наркотичних засобів і прекурсорів; розповсюдження найманства або незаконної участі громадян України у збройних конфліктах інших держав; лідерів чи учасників злочинних груп та організацій тощо.

З аналізу наведеного змісту оперативно-розшукових справ, визначених відомчими нормативними актами, можемо зробити висновок, що оперативно-розшукова справа (як сукупність документів) складається із: документів, які фіксують хід і результати ОРЗ; документів, отриманих від фізичних і юридичних осіб; документів і предметів, що мають на собі сліди, які вказують на ознаки злочину; аналітичних документів, складених уповноваженими особами за результатами ОРЗ.

За змістом оперативно-розшукова справа являє собою певним чином упорядковану інформаційну систему, що знаходить своє фіксоване відображення в сукупності документів, у тому числі із відповідними додатками, отриманих уповноваженими суб'єктами у визначений законом та відомчими нормативно-правовими актами спосіб, що містять фактичні дані, які можуть бути використані для прийняття рішень в ОРД, кримінальному процесі та інших сферах діяльності відповідно до визначених законом напрямків.

Нами досліджуються лише ті матеріали ОРД, що використовуються в інтересах кримінального судочинства.

Аналіз матеріалів ОРД, що становлять зміст оперативно-розшукових справ, дає підстави для виокремлення в них таких ознак: вони отримуються лише відповідно до мети та завдань ОРД; лише уповноваженими на це особами; лише після заведення оперативно-розшукової справи; шляхом проведення відповідних ОРЗ; лише у встановленому законом та відомчими нормативними актами порядку; вони повинні оформлятися відповідно до встановленої законом та відомчими нормативно-правовими актами форми; містити фактичні дані (інформацію), що є предметом дослідження відповідної оперативно-розшукової справи; вони являють собою як документи, в яких фіксуються фактичні дані (інформація), так і матеріальні носії такої інформації, а також матеріальні об'єкти (документи, їх копії, предмети, їх макети, речовини, зліпки слідів тощо); у них повинен відбиватися спосіб отримання оперативно-розшукової інформації, документів, предметів та ін.; вони повинні долучатися до матеріалів оперативно-розшукової діяльності у визначений законом та відомчими нормативними актами спосіб; вони є засобом закріплення (фіксації) результатів ОРД та способом їх передачі.

Правильне оформлення процесу й результатів ОРД дозволяє: закріплювати (фіксувати) й зберігати виявлені фактичні дані, що вказують на ознаки злочину, розроблювальних осіб та інші обставини, що мають значення для справи; здійснювати їх кримінально-правову і кримінально-процесуальну оцінку (дати їм кримінально-правову кваліфікацію, оцінювати їх з точки зору законності їх отримання, відношення до предмета дослідження, достатності для прийняття відповідного рішення в ході ведення оперативно-розшукових справ та їх реалізації, а також для використання їх у кримінальному процесі для порушення провадження у кримінальній справі, проведення слідчих дій, прийняття інших процесуальних рішень, а також для отримання доказів); контролювати дії осіб, що беруть участь в ОРД, а також весь хід ОРД; здійснювати прокурорський нагляд за ОРД та судовий контроль за проведенням тих ОРЗ, що обмежують права громадян.

Виходячи з викладеного, можемо зробити висновок, що матеріали ОРД — це матеріально фіксовані джерела, що виникають у процесі здійснення оперативно-розшукових заходів, які містять відомості (інформацію) про ознаки злочину, причетних до нього осіб, а також інші дані, що сприяють його розкриттю.

Матеріали ОРД, які використовуються в інтересах кримінального судочинства, — це матеріально фіксовані джерела, що виникають у процесі здійснення оперативно-розшукових заходів, які містять

відомості (інформацію) про ознаки злочину, причетних до нього осіб, а також інші дані, що сприяють його розкриттю та можуть бути використані для прийняття рішень у кримінальному процесі.

Матеріали ОРД являють собою:

а) документи (їх копії), які відповідно до мети та завдань ОРД складені чи отримані уповноваженими на це особами у передбачений законом та відомчими нормативно-правовими актами спосіб і зафіксовані у визначеній ними формі на будь-яких матеріальних носіях (паперових, аудіо-, фото-, відеоплівках, магнітних дисках тощо), які відображають фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп, передбачені КК України, про їх джерела та інші обставини, що сприяють викриттю цих протиправних діянь, хід отримання даних про них;

б) будь-які предмети, рідини, гази (їх копії, макети, зразки), властивості, якості й стан яких об'єктивно пов'язані зі злочинною діяльністю, які були знаряддям злочину й зберегли на собі його сліди чи були об'єктом злочинних дій розроблюваних осіб, гроші й цінності, нажиті злочинним шляхом, та всі інші матеріальні об'єкти, що можуть бути засобами виявлення злочину, встановлення фактичних обставин злочинної діяльності й виявлення осіб, які до неї причетні; які можуть бути використані як приводи та підстави для порушення провадження у кримінальній справі або проведення слідчих дій і прийняття інших процесуальних рішень, а також для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі.

З урахуванням викладеного, не можна погодитися з В. Ігнатко, який визначає матеріали ОРД, що можуть бути використані в інтересах кримінального судочинства, лише як «оперативно-службові документи (протоколи, постанови, довідки, акти^ предмети тощо), складені особою, у провадженні котрої перебуває оперативно-розшукова справа, за результатами проведення передбачених у Законі «Про оперативно-розшукову діяльність» і відомчими нормативними актами оперативно-розшукових заходів, у яких відображені джерела і способи отримання достатніх даних, що вказують на наявність у діянні особи (осіб) ознак злочину, а також фактичні дані, які можуть бути використані як підстави і приводи до порушення кримінальної справи, проведення слідчих дій і отримання доказів у справі» .

[1] *Ігнатко В.* Поняття матеріалів оперативно-розшукової діяльності, що використовуються в інтересах кримінального судочинства// Право України.— 2004.— Мі1, —С. 52-53.

Аналіз наведеного поняття, а також ознак матеріалів ОРД, що були підставою автору для його визначення, дозволяє зробити висновок, що правознавець відносить до матеріалів ОРД лише документи ОРД, складені особою, у провадженні якої перебуває оперативно-розшукова справа. Таке твердження, на нашу думку, є необгрунтованим, оскільки матеріалами ОРД є також і оперативно-службові документи, які складають уповноважені особи й інших оперативно-розшукових підрозділів (оперативного документування, оперативно-технічних підрозділів, забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства та ін.), документи, які отримуються як гласно, так і негласно оперативно-розшуковими підрозділом у передбачений законом спосіб від фізичних та юридичних осіб, документи та предмети, виявлені оперативно-розшуковим підрозділом у ході проведення ОРЗ. Із наведеного визначення незрозуміло, які предмети, «складені особою», автор відносить до документів.

Необгрунтованим є віднесення до матеріалів ОРД лише тих, які «можуть бути використані як підстави і приводи до порушення провадження у кримінальній справі, проведення слідчих дій і отримання доказів у справі», оскільки матеріали ОРД використовуються і для прийняття інших рішень у кримінальній справі, наприклад, для застосування заходів примусу, для застосування заходів безпеки до учасників кримінального судочинства та членів їх сімей, а також для їх скасування. Окрім того, матеріали ОРД можуть бути не лише приводами та підставами для порушення провадження у кримінальній справі, а й підставами для прийняття рішення про відмову в його порушенні.

Чинний Закон про ОРД та відомчі нормативно-правові акти поряд з терміном «матеріали оперативно-розшукової діяльності» вживають і такі терміни: «дані» (п. 4 ст. 7, п. 4 ч. 1 ст. 8, частини 11, 15 ст. 9, п. 4 ч. 1, ч. 2ст. 9 ', п. 7 ст. 9 [2], ч. З ст. 12), «фактичні дані» (ст. 1, п. 2 ст. 10), «документи» (пункти 7, 16 ч. 1 ст. 8, п. 2 ч. 2 ст. 14), «відомості» (частини 10, 12, 13, 15 ст. 9), «інформація» (ст. 1, пункти 1, 3 ч. 1 ст. 6, пункти 7, 9, 14, 17 ч. 1, частини 2, 3 ст. 8, частини 11, 12, 13, 16 ст. 9, ч. З ст. 11), «протоколи з відповідними додатками» (ч. 2 ст. 8), «оперативно-розшукова справа» (частини 1, 3, 4 ст. 9, статті 91, 92, пункти 2, 8 ч. 2 ст. 14), «документальні дані», «оперативно-розшукова інформація», які в практичній діяльності правоохоронних та судових органів нерідко ототожнюються, що призводить до проблемних ситуацій при використанні матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства. У відповідних статтях Законів про ОРД країн — колишніх республік СРСР замість терміна «матеріали оперативно-розшукової діяльності»

вживається термін «результати оперативно-розшукової діяльності» , який широко використовується в практичній діяльності вітчизняних науковців та правозастосовників і нерідко ототожнюється з поняттям «матеріали оперативно-розшукової діяльності».

Аналіз наукових джерел та матеріалів практики свідчить про те, що найчастіше в професійному обігу поряд з терміном «матеріали оперативно-розшукової діяльності» вживається термін «оперативно-розшукова інформація», під яким окремі науковці розуміють: «матеріали» , «оперативно-розшукові дані»[3], «відомості»[4], «оперативні докази»[5] «фактичні дані, але не докази»[6], «дані про факти»[7], «події», «обставини» , «непроцесуальну інформацію»[9], «оперативно-процесуальну

Див.: *Горяинов К. К, Кваша Ю. Ф., Сурков К. В.* Законодательное определение оперативно-розыскной деятельности в оперативно-розыскных законах стран СНГ и Балтии // Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. — М., 1997. — С. 381-396.

Див.: *Каримов Р. А.* Взаимодействие органов милиции, прокуратуры и следственных подразделений при проверке материалов и сообщений о совершенных преступлениях// Материалы науч.-практ. конф.— Ашхабад, 1966.— С. 74; *Крылов В. П.* Взаимодействие следователей МООП и органов милиции Туркменской ССР в стадии предварительного следствия // Там само. — С. 59.

Веселое Ю. И. Оперативно-розыскные данные и их отличие от доказательств // Труды Омской высшей школы милиции МВД СССР. — 1974. — Вып. 17. — С. 3-20.

Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел: Общая часть. Разделы I—VII: Учебник / Под ред. В. М. Атмажитова. — М., 1990. — С. 436.

Див.: *Дорохов В. Я.* Понятие доказательства в уголовном процессе и оперативно-розыскной деятельности // О доказательствах в оперативной и следственной работе органов государственной безопасности: Материалы теоретической конференции, проводимой в ВКШ КГБ СССР им. Ф. Э. Дзержинского. — М., 1966. — С. 3-39; *Жиромский В. П.* Вопросы теории доказывания по делам оперативного учета органов государственной безопасности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1970. — С. 7.

Див.: *Бойцов Б. В., Бурыкин В. М.* Документирование в работе ОБХСС. — М., 1965, — С . 3.

Див.: *Бородин С. В.* Основы взаимодействия следственных и оперативных аппаратов органов охраны общественного порядка // Вопросы взаимодействия оперативных и следственных аппаратов в борьбе о преступностью. — Ашхабад, 1966. — С. 10.

Див.: *Хомколов В. П.* Организация управления оперативно-розыскной деятельностью: системный подход.— М., 1999.— С. 94; *Овчинский С. С.* Оперативно-розыскная информация / Под ред. А. С. Овчинского и В. С. Овчинского. — М., 2000.— С. 17; *Овчинский А. С.* Информация и оперативно-розыскная деятельность / Под ред. В. И. Попова. — М., 2002. — С. 4.

Див.: *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М., 1991. — С. 57-58; *Гевко В. В.* Використання непроцесуальної інформації під час доказування у стадії попереднього розслідування: Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1996. — С 23.

інформацію»[1], окремі з яких, на нашу думку, збігаються, що нами вже зазначалось, а деякі з них мають своє змістовне і формалізоване значення.

Отже, основними категоріями, які визначають підсумок оперативно-розшукової діяльності чи певних ОРЗ, що мають значення для кримінального процесу й неоднозначно трактуються науковцями та практиками, є «оперативно-процесуальна інформація», «матеріали оперативно-розшукової діяльності», «результати оперативно-розшукової діяльності», у зв'язку з цим виникає необхідність визначення їх понять та співвідношення.

Виходячи з того, що кожне явище має свій зміст та форму, категорію «матеріали оперативно-розшукової діяльності» ми відносимо до форми. Зміст матеріалів ОРД становить оперативно-розшукова інформація — будь-які відомості (фактичні дані), що входять до предмета дослідження в оперативно-розшуковій справі, які отримані відповідно до мети й завдань ОРД у визначений законом спосіб із будь-яких не заборонених законом джерел уповноваженими на це суб'єктами, що можуть бути обгрунтуванням відповідних рішень у певних сферах діяльності.

Змістом матеріалів ОРД, які використовуються в інтересах кримінального процесу, є оперативно-розшукова інформація, що використовується в інтересах кримінального судочинства, яка являє собою будь-які відомості (фактичні дані), отримані відповідно до мети й завдань ОРД у визначений законом спосіб із будь-яких не заборонених законом джерел уповноваженими на проведення ОРД суб'єктами, що можуть бути обгрунтуванням відповідних рішень у кримінальному процесі.

Для того щоб таку інформацію (фактичні дані), яка є змістом матеріалів ОРД, можна було використати відповідно до визначених законом напрямків в інтересах кримінального судочинства, вона повинна бути придатна для формування відповідно приводів та підстав для порушення провадження у кримінальній справі або проведення слідчих дій, прийняття інших процесуальних рішень і отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі.

Для використання оперативно-розшукової інформації (фактичних даних) в інтересах кримінального процесу важливим є як інформаційне значення цієї категорії, так і її матеріально-документальне закріплення, яке дає можливість перевірки отримання цих даних у ході ОРД

[1] Основы оперативно-розыскной деятельности: Учебник / Под ред. В. Б. Рушайло. — СПб., 2000. — С. 634-644.

кримінально-процесуальними засобами, у зв'язку з чим перед теорією ОРД і кримінального процесу постає завдання вироблення таких форм матеріалів ОРД, які б відповідали вимогам кримінального процесу при використанні їх для прийняття відповідних процесуальних рішень.

Аналіз матеріалів ОРД дозволяє зробити висновок, що їх основною складовою є відповідний документ, отриманий гласно й негласно від фізичних і юридичних осіб, виявлений у ході ОРЗ, а також складений у ході ОРД уповноваженою на це особою. Нерідко сам процес складання документів в ОРД, як вже нами зазначалося, називається оперативно-розшуковим документуванням.

Попри те, що термін «документ оперативно-розшукової діяльності» є достатньо поширеним у законодавстві, теорії і на практиці, а неоднозначне його трактування створює певні труднощі, в тому числі й при використанні матеріалів ОРД у кримінальному процесі, він до цього часу законодавчо не визначений.

Нерідко документ ОРД у правозастосовній діяльності ототожнюють з матеріалами ОРД, тому визначення поняття «матеріали оперативно-розшукової діяльності», які використовуються у кримінальному процесі, потребує й визначення поняття документа ОРД як засобу фіксації та передачі оперативно-розшукової інформації й вимог, що ставляться до його змісту й форми, а також дослідження його співвідношення з поняттям «матеріали ОРД».

З цього приводу В. К. Лисиченко слушно зазначає, що у зв'язку з відсутністю науково розробленого поняття «документ» і схожого з ним поняття «матеріали» не чітко формулюються окремі норми, де ці терміни застосовуються у різних значеннях[2].

Слід звернути увагу на те, що у видавничій та бібліотечній справі документ визначається як матеріальний об'єкт з інформацією, закріпленою створеним людиною способом для її передавання в часі та просторі . Тобто допускаються найрізноманітніші засоби фіксації інформації: за допомогою знаків письма, за допомогою технічних засобів відтворення зображення, за допомогою засобів мистецького відтворення дійсності.

Термінами «оперативно-розшуковий документ» чи «документ оперативно-розшукової діяльності» умовно позначаються документи, отримані чи складені в ході ОРД.

Лисиченко В. К, Юридическое понятие документа и его значение // Криминалистика и судебная экспертиза. — Киев, 1972. — С. 179.

ДСТУ 3017—95. Видання. Основні види. Терміни та визначення: Чинний від 1996. 01.01. — К., 1995.

Водночас чинні державні стандарти України містять й інші визначення вказаного терміна. Документ визначається і як записана інформація, Яка може розглядатися як одиниця в інформаційній діяльності . Норми Держстандарту, що стосуються термінів архівної справи, визначають документ як матеріальний об'єкт, що містить у закріпленому вигляді інформацію, оформлений у встановленому порядку й має відповідно до чинного законодавства правове значення .

У теорії інформації документом вважається зафіксоване повідомлення[3] і матеріальний об'єкт із зафіксованою на ньому інформацією .

У статті 27 Закону України «Про інформацію»[5] документ визначається як передбачена законом матеріальна форма одержання, зберігання, використання і поширення інформації шляхом фіксації її на папері, магнітній, кіно-, відео-, фотоплівці або на іншому носії.

У теорії кримінального права, кримінального процесу та криміналістики документ визначають: як письмові акти ; як акти застосування права, способи засвідчення чи викладення фактів, що мають юридичне значення[7]; як будь-які предмети, що засвідчують факти, які мають юридичне значення[8]; як «письмовий акт, призначений засвідчувати події або факти, які мають юридичне значення» .

[1] ДСТУ 2392—94. Інформація та документація. Базові поняття. Терміни та визначення: Чинний від 1995.01.01. — К., 1994.

[2] ДСТУ 2732—94. Діловодство і архівна справа. Терміни та визначення: Чинний від 1995.05.01. — К., 1994.

[3] *Воробьев Г. Г.* Документ: информационный анализ. — М, 1973. — С. 45.

[4] *Антопольский А. А.* Правовое регулирование информационных объектов // Проблемы информатизации. — 1999. —№ 3. — С. 53-54.

[5] Закон України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р. № 2657-XII// ВВР.— 1992. — №48. —Ст. 650.

[6] Юридический словарь: 2-е изд. — Т. 1. / Под ред. П. И. Кудрявцева. — М., 1956. — С. 283; Советская криминалистика: Учебник. — Ч. 1 / Под ред. С. П. Митричева и Н. В. Терзиева. — М., 1958. — С. 178; Моисеев А. П. Криминалистическое исследование документов // Криминалистика / Под ред. Р. С. Белкина, Г. Г. Зуйкова. — М., 1968. — С. 176; *Дорохов В. Я.* Понятие документа в советском праве // Правоведение. — 1982. — № 2. — С. 55.

[7] *Дорохов В. Я.* Уголовно-процессуальная природа видов доказательств. — М., 1982. — С. 184.

[8] *Кузнецова Н. А.* Собирание и использование документов в качестве доказательств по уголовным делам: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1996. — С. 159; Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко та ін.— Т. 2.— К., 1998. — С. 276.

[9] Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України: за станом законодавства та постанов Пленуму Верховного Суду України на 1 січня 1997 р. / За ред. В. Ф. Бойка, Я. Ю. Кондратьева, С. С. Яценка. — К., 1997. — С. 774, 797.

Найповніше визначення документа дає В. К. Лисиченко, визначаючи його як письмовий акт чи спеціально виготовлений предмет, на якому за допомогою письма чи інших знакових систем закріплені відомості про обставини, які мають значення для справи, що піддаються спеціальним дослідженням з метою з'ясування його доказового значення[1].

Подібне визначення документа дається і у Модельному кримінально-процесуальному кодексі для держав— учасниць СНД, але з більш докладним розшифруванням його носіїв та знакових систем. Таким документом визнається будь-який запис на паперовому, електронному або іншому носієві, виконаний у словесній, цифровій, графічній чи іншій знаковій формі, призначений для зберігання, перетворення, передачі, посвідчення відомостей, що можуть мати значення для кримінальної справи[2].

Інформатизація суспільства, бурхливий розвиток комп'ютерних технологій і проникнення їх до всіх сфер людської діяльності спричинили появу документів на новітніх, нетрадиційних безпаперових носіях інформації. З цим пов'язано те, що документ ототожнюється з матеріальним носієм, оскільки інформація, закріплена на ньому, піддається однаковим процесам: запису, зберіганню, передачі, одержанню, збиранню, пошуку та читанню з метою обігу інформації[3].

Носії інформації на перфострічках, перфокартах, магнітні й оптичні носії, а також інші документи, призначені для переведення в іншу мовну систему, прийнято відносити до категорії матричних документів. Документи на сучасних носіях інформації, як правило, не піддаються безпосередньому сприйняттю (зчитуванню). Інформація зберігається на машинних носіях, а частина документів складається й використовується безпосередньо в формі машинного зчитування. За призначенням для сприйняття такі документи належать до тих, які читаються за допомогою машин. Ці документи, призначені для автоматичного відтворення інформації, що знаходиться в них. Зміст таких документів цілком або частково подано знаками (перфорація, матричний магнітний запис, матричне розташування знаків, цифр тощо), пристосованими

Лисиченко В. К. Криминалистическое исследование документов (правовые и методологические проблемы): Дис. ... д-ра юрид. наук. — К., 1973. — С. 19.

Модельный уголовно-процессуальный кодекс для государств— участников СНГ. Рекомендательный законодательный акт// Приложение к «Информационному бюллетеню». — 1996. — № 10.

Див.: *Салтевський М. В.* Криміналістика: Підруч.: У 2 ч. — Х., 1999. — Ч. 1. — С. 307.

для автоматичного зчитування. Інформація фіксується на перфораційних картах чи стрічках, магнітних стрічках, картах, дискетах, спеціальних бланках і подібних носіях.

Документи на сучасних носіях інформації належать до класу техніко-кодованих, які містять запис, доступний для відтворення тільки за допомогою технічних засобів, у тому числі звуковідтворюючої, проекційної апаратури або комп'ютера. З усього масиву існуючих документів розглянута група виділяється за способом запису й зчитування інформації. Відповідно до цієї ознаки документи на сучасних носіях інформації поділяють на: документи на перфорованих носіях інформації (перфоровані документи)— перфокарти, перфострічки, апертурні карти; документи на магнітних носіях інформації (магнітні документи), до яких належать магнітні стрічки, магнітні карти, магнітні диски (гнучкі (дискети) й тверді), а також відеодиски; документи на оптичних носіях інформації (оптичні документи), групу яких становлять мікрографічні документи (мікрофільми, мікродиски, мікрокарти) й оптичні диски; документи на голографічних носіях інформації (голографічні документи).

У літературі зазначається, що поняття електронного документа слід визначати з урахуванням загального поняття «документ». Отже, суттєвими ознаками електронного документа є його зміст (інформація) і форма (технічний носій інформації). Виходячи з цього, електронним документом є інформація, зафіксована на електронних носіях, яка має реквізити, що дозволяють її ідентифікувати . Електронний документ— це певна кількість інформації, яка міститься не на папері, а в пам'яті електронно-обчислювальних машин (чи на магнітному носієві, що є приналежністю електронно-обчислювальної техніки). Проте інформація, що міститься у документі, буде доступною для розуміння людини, а значить, виконувати комунікативну функцію лише у вигляді письмового документа, що буде розміщений на відповідному технічному пристрої (моніторі). Сама інформація може існувати як візуальна копія паперового документа, а також у «розібраному» вигляді — коли окремі частини документа, поняття або елементи даних зберігаються в різних місцях, а «збираються» разом лише в момент

[1] Див.: *Кобилянський О.* Поняття «документ» у криміналістиці: сучасне розуміння // Право України. — 2003. — № 10. — С 84.

[2] Див.: *Вершинин А. П.* Электронный документ: правовая форма и доказательство в суде.— М., 2000.— С 40; *Серго А.* Электронный документооборот// Российская юстиция. — 2003. — № 5. — С. 69-71.

використання документа . Електронний документ завжди є письмовим, оскільки окремим документом є певна кількість інформації, викладена для людини за допомогою письмових знаків, а не математичного коду. З цього приводу слід зазначити, що в Законі України «Про електронні документи та електронний документообіг» електронний документ не розуміється як альтернатива письмовому документу. Термін «електронний документ» означає лише різновид його носія, на відміну, наприклад, від паперового. Тому висловлена в літературі точка зору, що документ матеріалізується лише у письмовій формі мовлення , заслуговує на підтримку.

Аналіз поглядів на загальнонаукове, кримінальне, криміналістичне й кримінально-процесуальне поняття документа, а також аналіз норм законодавства про ОРД та відомчих нормативно-правових актів дає підстави для виокремлення характерних ознак документа: він є матеріальним об'єктом, що виготовлений (зафіксований) на паперових, магнітних, оптичних носіях, перфострічках, перфокартах та ін.; він є засобом фіксації та засобом передачі інформації у часі і просторі за допомогою знаків письма та інших технічних засобів відтворення зображення та звуку, мистецьких засобів відтворення дійсності; має певні реквізити та форму; в ньому зафіксовані відомості (фактичні дані, інформація), що має певне значення для його споживача.

Виходячи із цих ознак, можна визначити документ оперативно-розшукової діяльності як паперовий або інший матеріальний носій, що призначений для зберігання, перетворення, передачі, посвідчення відомостей, на якому у знаковий чи в будь-який інший спосіб та в певній формі зафіксована оперативно-розшукова інформація, отримана уповноваженими суб'єктами у визначений законом та відомчими нормативними актами спосіб, яка може мати значення для прийняття відповідних рішень в ОРД та інших встановлених законом сферах діяльності.

У сфері ОРД такими документами є: повідомлення осіб, які перебувають у негласних конфіденційних відносинах з оперативно-розшуковими підрозділами; копії письмових завдань цим особам; плани

' Див.: *Охтень О., Кисельов М.* Електронні документи і стандартизація // Право України. — 1998. — № 1. — С 45.

[7] Законі України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22 травня 2003 р. № 851-IV // ВВР. — 2003. — №> 36. — Ст. 275.

[3] Див.: *Юрчук О. Ф., Лисиченко В. К* Документ // Юридична енциклопедія. — К., 1999. — Т. 2. — С 276.

проведення окремих оперативно-розшукових заходів (оперативні комбінації, експерименти тощо); заяви громадян, повідомлення організацій, підприємств, установ, посадових осіб про гйдготовлювані, ті, що вчиняються, або вчинені злочини; пояснення громадян, посадових осіб; матеріали перевірок, інвентаризацій, ревізій фінансово-господарської діяльності підприємств, установ та організацій; відповіді на офіційні запити організацій, підприємств, установ, посадових осіб з питань, що входять до їх компетенції; копії документів архівних оперативно-розшукових, кримінальних справ; копії документів оперативно-розшукових справ, що перебувають у провадженні відповідних оперативно-розшукових підрозділів; копії документів кримінальних справ, що перебувають у провадженні правоохоронних чи судових органів (копії відповідей на запити правоохоронних та судових органів, копії пояснень громадян та посадових осіб, копії протоколів допитів, обшуків, виїмок, оглядів тощо); рапорти оперативних працівників про виявлені у ході проведення ОРЗ протиправні діяння, що містять ознаки злочинів, виявлення і припинення яких віднесено до компетенції органів СБ України, інші документальні матеріали, в яких містяться підстави для заведення оперативно-розшукових справ; рапорти оперативних працівників про заведення оперативно-розшукової справи; узагальнюючі довідки, складені за результатами аналізу отриманої в ході роботи у справі інформації та її правової оцінки; постанови про заведення, тимчасове припинення та закриття оперативно-розшукової справи; узагальнюючі довідки про отримані результати перевірки первинної оперативної інформації про протиправну діяльність; матеріали перевірки за автоматизованими банками даних та оперативними обліками СБ України, а також оперативно-довідковими картотеками УМВС-МВС України; рапорти, довідки, меморандуми, протоколи проведення негласних ОРЗ тощо.

Серед документів ОРД, які можуть бути використані в інтересах кримінального судочинства, особливе місце посідає протокол, що відображає хід документування та результати проведення відповідного ОРЗ. Надаючи протоколу ОРЗ особливого значення серед документів, які функціонують в ОРД, законодавець у ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД зазначив, що «за результатами негласного проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контролю за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів отримання інформації складається протокол з відповідними додатками,

який підлягає використанню як джерело доказів[1] у кримінальному судочинстві», а в ч. 2 ст. 65 чинного КПК серед джерел доказів вказав протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, та інші документи». Проте в жодній статті Закону про ОРД та чинного КПК України не вказано ані змісту цього протоколу, ані в якому порядку і якою посадовою особою цей протокол повинен складатися, що на практиці необгрунтовано знижує можливість використання таких протоколів у кримінальному процесу, в тому числі й для визнання їх доказами у кримінальній справі.

Враховуючи зазначене, вважаємо доцільним Закон про ОРД доповнити окремою статтею, яка б мала назву: «Протокол оперативно-розшукового заходу», такого змісту: «У протоколі про оперативно-розшуковий захід зазначається місце й дата його складання; посади і прізвища осіб, що проводять захід; час його початку та закінчення; зміст проведеного заходу; всі істотні обставини, виявлені при виконанні цього оперативно-розшукового заходу, що мають значення для справи.

Відомості про осіб, що проводили захід чи брали в ньому участь, є інформацією з обмеженим доступом і можуть бути розкриті лише за особистою письмовою згодою цих осіб та письмовим дозволом керівника органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність.

З метою нерозголошення даних про особу, яка проводила оперативно-розшуковий захід, а також даних про інших осіб, що брали участь у його проведенні, у протоколі зазначаються лише їх псевдоніми, а справжні прізвища, ім'я, по батькові, дата народження і місце проживання, сімейний стан, місце роботи, рід занять або посада та інші дані, що містять інформацію про цих осіб, зберігаються в матеріалах оперативно-розшукової справи до набрання чинності вироком чи іншим передбаченим законом процесуальним актам.

До протоколу можуть бути додані фотознімки, матеріали звукозапису, кінозйомок, відеозапису, плани, схеми, зліпки та інші матеріали, які пояснюють його зміст, про що вказується в цьому протоколі. У протоколі вказуються також технічні засоби та умови їх застосування.

[1] Вважаючи доцільним закріплення результатів окремих ОРЗ у відповідному протоколі, ми не погоджуємося з тим, що такі протоколи підлягають використанню як джерело доказів у кримінальному процесі, оскільки це не відповідає засадам доказового права. Наша позиція з цього питання буде викладена у наступних розділах монографії.

Протокол підписує особа, яка проводила оперативно-розшуковий захід, та інші особи, які були присутні при цьому чи брали участь у його проведенні.

Протокол з відповідними додатками до нього долучається до матеріалів оперативно-розшукової справи і в разі необхідності направляється особі, яка приймає рішення про порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД, особі, у провадженні якої перебуває кримінальна справа, особі, за дорученням якої проводився оперативно-розшуковий захід, у порядку, визначеному цим законом та іншими нормативними актами».

За результатами аналізу пунктів 7, 16 ч. 1 ст. 8, ст. 10, п. 2 ч. 2 ст. 14 Закону про ОРД, а також норм відомчих нормативно-правових актів, у яких цей термін вживається, можна зробити висновок про те, що поняття «матеріали ОРД» ширше за поняття «документи ОРД». Вони співвідносяться між собою як ціле та частина, оскільки матеріалами ОРД є не лише документи, а й предмети (вироби, макети й інші об'єкти), які отримані в результаті проведення ОРЗ і є носіями оперативно-розшукової інформації та можуть бути використані в інтересах ОРД і кримінального судочинства.

Поняття «оперативно-розшукова інформація» як «дані», «фактичні дані», «відомості» не можна ототожнювати з поняттями «оперативно-розшукові документи», «матеріали оперативно-розшукової діяльності», оскільки останні визначають стан статичної фіксації оперативно-розшукової інформації (даних, фактичних даних), характеризують різні способи її матеріального закріплення. А отже, поняття «використання оперативно-розшукової інформації» та «використання матеріалів ОРД» мають неоднакове змістовне навантаження.

У першому випадку мова йде про відомості (дані, фактичні дані), які використовуються автономно від матеріалів ОРД, тобто без їх документального закріплення відповідно до визначених Законом про ОРД та відомчими нормативними актами форм.

У другому — про використання як самої оперативно-розшукової інформації, так і тих матеріалів (документів, предметів), у яких вона зафіксована.

Матеріали ОРД у практичній діяльності правоохоронних та судових органів нерідко помилково ототожнюються з оперативно-розшуковими справами, які передбачені відомчими нормативними актами й ведуться з метою організації і здійснення цілеспрямованих ОРЗ, систематизації, документації і фіксації результатів їх проведення, для

аналізу отриманих даних щодо протиправної діяльності об'єктів справи, оперативної і правової оцінки матеріалів ОРД, а також прийняття управлінських і процесуальних рішень.

У теорії кримінального процесу та ОРД результатами ОРД вважається як усна оперативно-розшукова інформація, так і різні матеріальні об'єкти: «предмети й документи, що несуть важливі відомості про обставини справи», здобуті при здійсненні ОРЗ[1].

Оскільки результати ОРД є реалізацією мети та завдань ОРД чи її певних етапів, ОРЗ тощо, їх підсумком — фактичними даними (інформацією), що фіксуються в оперативно-службових документах (рапортах, довідках, зведеннях, меморандумах, актах, звітах, протоколах, отриманих у ході ОРД предметах, та ін.) — матеріалах ОРД, які зосереджуються в матеріалах оперативно-розшукової справи, то поняття «результат оперативно-розшукової діяльності» має інформаційно-правовий характер, являючи собою реалізовані на практиці мету та завдання відповідної оперативно-розшукової дії, ОРЗ чи в цілому ОРД, а також формалізовано юридичний характер. Тому, на нашу думку, слід виходити *І* рівнозначності термінів «оперативно-розшукова інформація», «відомості», «дані», «фактичні дані» й «результати ОРД» за умови, що «оперативно-розшукова інформація», «відомості», «дані», «фактичні дані» є остаточним, кінцевим підсумком відповідно оперативно-розшукової дії, ОРЗ чи в цілому ОРД, спрямованих на їх отримання, а також рівнозначності термінів «матеріали оперативно-розшукової діяльності» й «результати оперативно-розшукової діяльності».

Окремі автори вважають, що як результати ОРД слід розглядати також підсумки вирішення завдань, які стоять перед підрозділами, що здійснюють ОРД, тобто захоплення обвинуваченого, що переховується, чи особи, запідозреної у вчиненні розслідуваного злочину, за допомогою здійснення оперативно-тактичної комбінації[2].

Існує думка, що результат ОРД — це дані (відомості, інформація), отримані при здійсненні ОРЗ, а також від конфідентів і зафіксовані в матеріалах оперативно-розшукових справ[3], «інформаційний і (чи) матеріальний продукт, отриманий оперативно-розшуковим органом як підсумок конкретної оперативно-розшукової дії, заходу, операції»[1].

У спеціальній літературі зазначається також, що під результатами ОРД слід розуміти фактичні дані, відомості, інформацію, отримані при проведенні ОРЗ, передбачених Законом про ОРД, і обставини, що пов'язані з підготовлюваним чи вчиненим злочином, розшуком осіб, які переховуються від органів дізнання, слідства й суду, що ухиляються від відбування покарання і безвісти пропали. Вони можуть міститися: в оперативно-службових документах, що фіксують хід ОРЗ і складені відповідно до відомчих нормативних актів; у матеріалах фото-, кінозйомки, у звуко-, відеозаписах, зроблених у процесі оперативних заходів; у поясненнях осіб, що брали участь у їх проведенні; у предметах, матеріалах і повідомленнях, вилучених при здійсненні ОРЗ; у повідомленнях конфіденційних джерел".

Подібне визначення результату ОРД дається и у міжвідомчій Інструкції РФ «Про порядок надання результатів оперативно-розшукової діяльності органу дізнання, слідчому, прокурору чи суду», де під ним розуміються фактичні дані, отримані оперативними підрозділами у встановленому федеральним законом про ОРД порядку, про: ознаки підготовлюваного, такого, що вчиняється, чи вчиненого злочину, осіб, що підготовляють, вчиняють чи вчинили правопорушення, що переховуються від органів дізнання, слідства й суду, що ухиляються від відбування покарання й безвісти пропали, а також про події чи дії, що створюють загрозу державній, воєнній, економічній або екологічній безпеці Росії[3].

Аналіз матеріалів ОРД, які передбачені Законом про ОРД та відомчими нормативно-правовими актами, дає підстави для висновку, що вони за своєю інформаційною та правовою природою є неоднорідними. Це дозволяє класифікувати їх на відповідні види з метою

Див.: *Безпептт Б. Т.* Проблемы уголовно-процессуального доказывания// Советское государство и право. — 1991. — № 8. — С. 98.

' Див.: *Чувипев А. А.* Использование следователем оперативно-розыскной информации в стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования: Дис.... канд. юрид. наук. — М., 1985. — С. 13-14.

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.

Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Научно-практический комментарий / Под ред. проф. В. В. Николюка и доц. В. В. Кальницкого, А- Ё. Чечетина: 3-е изд., испр. и доп. — М., 1998. — С. 79-80.

[3] Див.: Межведомственная Инструкция РФ «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд», утвержденная приказом ФСНП России, ФСБ России, МВД России, ФСО России, ФПС России, ГТК России, СВР России от 13 мая 1998 г. № 175/226/336/201/410/56, согласована с Генеральным прокурором РФ 25 декабря 1997 г. (зарегистрирована в Минюсте России 3 сентября 1998 г., № 1603).

виявлення можливостей використання кожного з них в інтересах кримінального судочинства та вироблення вимог до порядку їх оформлення й залучення до кримінального процесу.

Матеріали ОРД, що можуть бути використані в інтересах кримінального судочинства, залежно від обраних критеріїв можна класифікувати на такі види:

а) за способом отримання:

Г) отримані в ході негласних ОРЗ, результати яких мають відповідний ступінь таємності;

2) отримані гласним, офіційним шляхом;

б) залежно від можливості розсекречення (для матеріалів ОРД, отриманих у ході негласних ОРЗ:

1) ті, що можуть бути розсекречені у встановленому законом та відомчими нормативними актами порядку;

2) які не підлягають розсекреченню: у зв'язку з недоцільністю розшифрування форм та методів ОРД; з неможливістю забезпечення безпеки осіб, що брали участь в ОРД та можуть стати учасниками кримінального судочинства (можуть бути допитані як свідки та взяти участь у проведенні інших слідчих дій); з недоцільністю розголошення конфіденційних відносин; з відсутністю письмової згоди особи, щоб дані про її конфіденційні відносини з підрозділами, які здійснюють ОРД, були розголошені;

в) за змістом:

1) які містять інформацію про носії фактичних даних;

2) у яких зафіксовані дані про дії запідозрених у вчиненні злочину осіб;

3) які містять інформацію про матеріальні сліди злочинів та інші фактичні дані, що можуть бути використані в інтересах кримінального процесу;

г) за характером:

1) вербального походження: повідомлення, отримані від осіб, що перебувають у конфіденційних відносинах з оперативно-розшуковими підрозділами; пояснення, заяви, звернення окремих осіб;

2) документального походження: отримані від фізичних та юридичних осіб гласно й негласно; складені уповноваженими особами в ході їх оперативно-службової діяльності (протоколи, акти, рапорти, довідки, зведення, меморандуми, огляди, звіти тощо);

3) речового походження: виявлені в ході ОРЗ (зброя, наркотики тощо); виготовлені в ході оперативно-службової діяльності (макети, копії тощо);

ґ) за способом використання:

1) документального й речового походження, отримані як гласно, так і негласно, та можуть бути використані процесуальним шляхом як приводи та підстави для порушення провадження у кримінальній справі або проведення слідчих дій, для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі, та прийняття інших процесуальних рішень: рапорти оперативного працівника про виявлення ознак злочину; довідки, меморандуми, протоколи проведення негласних ОРЗ (оперативного постачання предметів, товарів і речовин; проведення візуального спостереження тощо; фото-, кіноплівки, аудіо-, відеодиски та інші носії, на яких зафіксована оперативна інформація (фактичні дані) про протиправні діяння окремих осіб та груп; заяви громадян, повідомлення організацій, підприємств, установ, посадових осіб про підготовлювані, ті, що вчиняються, або вчинені злочини; пояснення громадян, посадових осіб; акти й матеріали перевірок, інвентаризацій, ревізій фінансово-господарської діяльності підприємств, установ та організацій; відповіді на офіційні запити організацій, підприємств, установ, посадових осіб, що входять до їх компетенції; копії процесуальних документів архівних кримінальних справ, кримінальних справ, що перебувають у провадженні правоохоронних чи судових органів (копії відповідей на запити правоохоронних та судових органів, копії пояснень громадян та посадових осіб, копії протоколів допитів, обшуків, виїмок, оглядів тощо); копії будь-яких інших документів, що вказують на ознаки злочину, а також обставини, що сприяють його розкриттю; рапорти оперативних працівників про виявлені у ході проведення ОРЗ протиправні діяння, що містять ознаки злочинів, та дані щодо запідозреної особи та її зв'язки, інші матеріали перевірки за автоматизованими банками даних та оперативними обліками СБ України, а також оперативно-довідковими картотеками УМВС — МВС України, що не містять конфіденційної інформації;

2) документального й речового походження, які отримані негласно й можуть бути використані в кримінальному процесі лише в організаційно-тактичних цілях: агентурні повідомлення; плани проведення окремих агентурно-оперативних заходів (оперативні комбінації, експерименти та ін.); копії письмових завдань агентам; документальні матеріали, в яких містяться підстави для заведення оперативно-розшукових справ; рапорти оперативних працівників про заведення оперативно-розшукової справи; узагальнюючі довідки, складені за результатами аналізу отриманої в ході роботи у справі інформації та її

правової оцінки; постанови про заведення, тимчасове припинення та закриття оперативно-розшукової справи; довідки за результатами перевірки отриманої первинної оперативної інформації про протиправну діяльність, фото-, кіноплівки, аудіо-, відеодиски та інші носії, на яких зафіксована оперативна інформація (фактичні дані) про протиправні діяння окремих осіб та груп тощо;

д) за напрямками використання — на ті, що можуть бути:

1) приводами та підставами для порушення провадження у кримінальній справі;

2) приводами та підстави для проведення слідчих дій;

3) приводами та підставами для застосування заходів примусу та забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства й членів їх сімей;

4) використані для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі;

5) використані лише в організаційно-тактичних цілях.

Кожний із визначених нами видів матеріалів ОРД має свої особливості, які повинні бути враховані при розробці засад використання їх в кримінальному процесі відповідно до передбачених ст. 10 Закону про ОРД та КПК України напрямками.

§ 2. Порядок отримання матеріалів оперативно-розшукової діяльності особами, що ведуть кримінальний процес

Отримання матеріалів ОРД особами, що ведуть кримінальний процес , — відповідальний і важливий акт у роботі як підрозділів, що здійснюють ОРД, так і осіб, які ведуть кримінальний процес, у ході якого вирішуються правові й організаційно-тактичні завдання, спрямовані на забезпечення використання матеріалів ОРД у кримінальній справі відповідно до напрямків, встановлених законом (ст. 10 Закону про ОРД та статтями 65, 94 та ін. КПК України).

Закон про ОРД, зазначивши в статтях 1, 6, 7, 8, 10, що матеріали ОРД можуть бути використані в інтересах кримінального судочинства, не містить жодної норми, яка б визначала порядок надання таких матеріалів підрозділами, що здійснюють ОРД, особам, які ведуть

За чинним КПК України в органах СБ України та внутрішніх справ України такими особами є слідчий і начальник слідчого підрозділу; в органах прокуратури — слідчий, начальник слідчого підрозділу, прокурор.

кримінальний процес, чи витребування їх цими особами з оперативно-розшукових підрозділів. Немає спеціальної норми, яка б встановлювала такий порядок і в чинному КПК України.

Відсутність законодавчого врегулювання цього питання призводить до того, що значна частина цінної інформації, здобутої в ході ОРД, яка могла б бути використана в інтересах кримінального судочинства, залишається невитребуваною, що негативно позначається на ефективності як ОРД, так і кримінального процесу в боротьбі зі злочинністю та захисті прав і свобод людини.

Немає докладного врегулювання питання отримання матеріалів ОРД особами, що ведуть кримінальний процес, і у відомчих нормативно-правових актах, лише окремі положення процедури надання матеріалів ОРД особам, що ведуть кримінальний процес, викладені у відомчій Інструкції СБ України. Проте, з одного боку, цей нормативний акт стосується лише однієї категорії" матеріалів — отриманих із застосуванням оперативно-технічних засобів (далі — ОТЗ), а з другого — не знімає всіх спірних питань, що виникають на практиці як в оперативних працівників, так і в слідчих, прокурорів, суддів.

Деякі аспекти порядку надання певних матеріалів ОРД особам, що ведуть кримінальний процес, знайшли своє правове врегулювання в спеціальних відомчих нормативно-правових актах СБ України, МВС України та інших відомств, уповноважених на здійснення ОРД, проте їх норми не мають цілісного системного характеру, не врегульовують значну частину проблемних питань, а окремі з них вступають у протиріччя як з чинним КПК України, так і між собою, й не відповідають повною мірою засадам ані ОРД, ані кримінального процесу.

Враховуючи зазначене, а також виходячи з мети та завдання нашого дослідження, постає необхідність у цьому параграфі роботи на основі аналізу норм законодавчих та відомчих нормативно-правових актів, теоретичних положень та матеріалів практики виробити засади порядку отримання матеріалів ОРД особами, що ведуть кримінальний процес, які відповідали б сучасному рівню теорії ОРД і кримінального процесу та потребам практики й могли б бути включені до проектів нових КПК України, Закону України про ОРД і відповідних відомчих нормативно-правових актів, що регулюють це питання.

З нашого погляду, розробка таких засад обумовлюється: напрямками використання цих матеріалів у кримінальній справі; правовим статусом суб'єктів, що визначає особливості правовідносин, які

складаються між слідчим і оперативно-розшуковим підрозділом у ході отримання цих матеріалів; характером матеріалів ОРД, наприклад, залежно від того, чи це документи, отримані від певних осіб, що відображають інформацію, яка збереглася у свідомості людей (пояснення очевидців про обставини вчиненого злочину, рапорт оперативного працівника тощо), чи це документи, що являють собою відображення матеріальних процесів на матеріальних носіях (товарно-транспортна накладна, акт прийому-передачі майна, фотографія, магнітний диск чи аудіоплівка із записом розмови, кіно-, відеоплівка відображення певної події тощо), чи це предмети, отримані в ході ОРД, що зберегли на собі сліди злочину або мають відношення до обставин його вчинення; а також віднесенням тих чи інших документів і предметів до таких, що є відкритими чи становлять державну таємницю; способом (гласний чи негласний) їх отримання тощо.

Аналіз низки норм КПК (ч. 3 ст. 66, ч. 5 ст. 97, ст. 103, частин 3, 4 ст. 104, ч. 3 ст. 114 КПК України) дає підстави для висновку, що матеріали ОРД можуть бути отримані особами, що ведуть кримінальний процес, двома шляхами:

а) ініціативним направленням матеріалів ОРД підрозділом, що здійснює ОРД, особам, які ведуть кримінальний процес;

б) витребуванням матеріалів ОРД особами, що ведуть кримінальний процес, у підрозділів, які здійснюють ОРД.

Отримання матеріалів ОРД особами, що ведуть кримінальний процес, є проявом різних форм процесуальної й організаційної (непроцесуальної) взаємодії підрозділів, що здійснюють ОРД як органи дізнання, й слідчого[1].

Ініціативне надання оперативно-розшуковим підрозділом матеріалів ОРД слідчому здійснюється, як правило, при реалізації оперативно-розшукової справи' шляхом порушення кримінальної справи слідчим, проведення відповідних слідчих дій та інших процесуальних заходів, а також при оперативно-розшуковому забезпеченні досудового розслідування кримінальної справи в ході ведення оперативно-розшукової справи супроводу кримінального судочинства[2].

При ініціативному наданні оперативними підрозділами матеріалів ОРД особам, що ведуть кримінальний процес, у практичній діяльності постає низка проблемних питань, що потребують наукового й нормативно-правового вирішення: визначення конкретних матеріалів ОРД, їх обсягу, форми та порядку їх направлення слідчому для вирішення питання про порушення провадження у кримінальній справі чи проведення відповідних слідчих дій та інших процесуальних заходів у ході реалізації оперативно-розшукової справи; визначення конкретних матеріалів ОРД, їх обсягу, форми та порядку їх направлення слідчому для вирішення питання про порушення провадження у кримінальній справі після перевірки заяви або повідомлення про злочин до порушення провадження у кримінальній справі шляхом проведення ОРД за дорученням слідчого чи прокурора (ч. 5 ст. 97 КПК); визначення конкретних матеріалів ОРД, їх обсягу, форми та порядку їх направлення слідчому після виконання його доручення оперативно-розшуковим підрозділом про провадження розшукових дій (ч. 4 ст. 104, ч. 3 ст. 114 КПК), визначення конкретних матеріалів ОРД, їх обсягу, форми та порядку їх направлення слідчому для використання як приводів і підстав для проведення слідчих дій, прийняття інших процесуальних рішень та отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі.

На вирішення зазначених питань суттєво впливають правовий статус слідчого, який визначений ст. 114 КПК України та відомчими нормативними актами. Так, наприклад, слідчі органів СБ України, на відміну від слідчих інших відомств, мають допуск встановленої форми

КПК України передбачає такі процесуальні форми взаємодії слідчого й органу дізнання: а) вказівка слідчого органу дізнання про перевірку останнім заяв про злочин до порушення кримінальної справи шляхом проведення ОРЗ (ч. 5 ст. 97 КПК України); б) вказівка слідчого органу дізнання про провадження останнім розшукових заходів (ч. 3 ст. 114 КПК України); в) повідомлення органом дізнання про результати ОРЗ, якщо у кримінальній справі, переданій слідчому, не встановлена особа, яка вчинила злочин (ст. 104 КПК України).

У практиці взаємодії слідчого й органу дізнання широко застосовуються такі організаційні (непроцесуальні) форми: а) спільне планування слідчих дій та ОРЗ; б) обмін інформацією; в) координація слідчих дій і ОРЗ; г) консультації тощо. — Див.: *Погорецький М. А.* Проблеми взаємодії органів дізнання і досудового слідства // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — Одеса, 2002. — № 2. — С 85-92.

Докладно про реалізацію матеріалів оперативно-розшукової справи див.: *Рязанов В. Д.* Понятие реализации материалов оперативной разработки и ее соотношение с возбуждением уголовного дела // Труды КВШ МВД СССР. — 1978. — № 12 ее. — С. 120-129; *Снігерьов О. П., Душейко П. О., Долгий О. А.* та ін. Оперативно-розшукова інформація: проблеми реалізації / За заг. ред. А. М. Подоляки і П. В. Коляди. — Суми, 2003; та ін.

[2] Докладно про оперативно-розшукове забезпечення розслідування кримішшьної справи див.: *Павлик П. М.* Оперативно-розшукове забезпечення розслідування злочинів у досудових стадіях кримінального процесу: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1998.

до державної таємниці. Відповідно до правил таємного діловодства й конфіденційності допуск дає їм можливість ознайомлюватися з матеріалами оперативно-розшукової справи у повному обсязі, проте нормативна неврегульованість цього питання на практиці породжує спірні питання між слідчими й оперативними підрозділами, які потребують свого вирішення.

У практичній діяльності ОБ України вирішенню питання про використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі передує, як правило, їх правова оцінка слідчим. Відомчими нормативними актами СБ України встановлено, що керівники оперативних підрозділів при вирішенні питань щодо правової оцінки матеріалів ОРД при їх реалізації повинні надавати слідчим для правової оцінки лише матеріали оперативно-розшукових справ, що заведені за наявності достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою ОРЗ і засобів, про злочини, що готуються або вчинені невстановленими особами, про осіб, які готують або вчинили злочин (абзаци 1-3 п. 1 ст. 6 Закону України про ОРД).

У разі необхідності отримані в ході ОРД первинні матеріали, в яких вбачаються ознаки злочинів, підслідних слідчим органів СБ України, направляються для правової оцінки в слідчі підрозділи за письмовою вказівкою керівника оперативного підрозділу. Матеріали ОРД надсилаються до слідчого підрозділу з супровідним листом підшитими і пронумерованими з описом та аналітичною довідкою, в якій в обов'язковому порядку необхідно відображати виявлені ознаки об'єктивної і суб'єктивної сторони вчиненого злочину, за котрими планується порушити кримінальну справу, із посиланням на наявні у справі матеріали, що їх підтверджують.

У необхідних випадках до матеріалів оперативно-розшукової справи долучаються витяги з певних нормативних документів, що регламентують сферу діяльності, в якій вчинено злочини, а також акти проведених ревізій чи перевірок, акти досліджень спеціалістів уповноважених органів з тих або інших питань, які потребують спеціальних знань, документи про вжиті в ході роботи в оперативно-розшуковій справі заходи до встановлення майна, здобутого злочинним шляхом, а також особистого майна осіб, що підозрюються у вчиненні злочину, для забезпечення відшкодування збитків та можливої конфіскації тощо.

Проте така практика як слідчими й оперативними працівниками, так і науковцями не сприймається однозначно. Висловлюється думка,

що ознайомлення слідчого в повному обсязі з матеріалами оперативно-розшукової справи, так само як і провадження слідчих дій оперативним працівником, що проводив ОРЗ в оперативно-розшуковій справі, яка була реалізована в матеріали кримінальної справи, як дізнавачем, чи виконання одним і тим же оперативним працівником, в тому числі й за дорученням слідчого, як ОРЗ, так і слідчих дій у кримінальній справі, що перебуває у провадженні слідчого, є змішуванням оперативно-розшукових та кримінально-процесуальних функцій[1], що є неприпустимим, оскільки може негативно позначитися на оцінці доказів, об'єктивності розслідування й формуванні висновків у кримінальній справі[2].

На наш погляд, висловлена точка зору є непереконливою. Ознайомлення слідчого, так само як і прокурора, у повному обсязі з матеріалами ОРД як до порушення провадження у кримінальній справі, так і під час розслідування кримінальної справи, що перебуває у провадженні слідчого, у вітчизняному змішаному кримінальному процесі є доцільним за умов дотримання вимог таємності й конфіденційності, оскільки ці процесуальні особи виконують функцію обвинувачення, а тому знання слідчим чи прокурором матеріалів ОРД у повному обсязі розширює їх пізнавальні можливості для прийняття законних і обґрунтованих процесуальних і організаційно-тактичних рішень у кримінальному процесі. Практика ознайомлення слідчого в разі необхідності з матеріалами ОРД, які можуть бути інформаційною основою для прийняття рішень у кримінальній справі, що має місце в системі СБУ, повинна бути поширена й на слідчих інших відомств та законодавчо закріплена, оскільки вона спрямована на підвищення ефективності досудового слідства, а у кінцевому підсумку і на законне й справедливе прийняття рішення у кримінальній справі як органами досудового розслідування, так і судом, захист прав та свобод людини.

Ознайомлення слідчого з матеріалами оперативно-розшукової справи має велике, проте лише організаційно-тактичне значення для розслідування кримінальної справи. Для слідчого важливо, перш за все, використання матеріалів ОРД для отримання правових і фактичних підстав для прийняття відповідних процесуальних рішень у кримінальній справі.

[1] Див.: *Карасев Ю. Ф.* Возбуждение уголовного дела в органах КГБ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Киев, 1970. — С. 5.

[2] Милиция как орган дознания: Учеб. пособие / Под ред. Е. А. Гомилко. — Киев, 1989. — С. 14-15.

Хоча слідчий і повинен мати право на ознайомлення з матеріалами ОРД у повному обсязі, проте за загальним правилом йому повинні направлятися лише ті матеріали ОРД, які можуть бути приводами та підставами для порушення кримінальної справи або проведення слідчих та інших процесуальних дій, для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі чи використані в організаційио-тактичних цілях у кримінальному процесі.

Такі матеріали мають бути легалізованими. Оперативно-розшукова справа у повному обсязі повинна надаватися слідчому для ознайомлення лише за його власною ініціативою в разі необхідності, що визначається слідчим, виходячи з конкретної слідчої ситуації. Визнання правилом обов'язково направляти слідчому матеріали оперативно-розшукової справи перед її реалізацією, на нашу думку, зменшує процесуальну значущість органу дізнання й невиправдано знімає з нього відповідальність за якість своєї роботи.

Вважаємо, що рішення керівника оперативно-розшукового підрозділу про передачу матеріалів ОРД слідчому повинно оформлятися не супровідним листом, як це передбачається чинними відомчими нормативними актами СБ України, а постановою[1] як документом, в якому воно має обґрунтовуватися. У цій постанові повинні відображатися ті аспекти матеріалів ОРД, які мають значення для розслідуваної слідчим кримінальної справи.

Винесення такої постанови керівником оперативно-розшукового підрозділу підвищило б його відповідальність за прийняте ним рішення та за якість матеріалів ОРД, що направляються слідчому, і надало б цьому документу відповідного процесуального значення. При цьому супровідний лист набув би логічно властивого йому значення, оскільки в ньому повинна вказуватися лише посада особи відповідного відомства, якій направляються матеріали ОРД, та констатуватися наявність постанови про направлення таких матеріалів із докладним відображенням переліку документів з відповідними додатками до них, що направляються адресату, а також вказуватися посада та прізвище службової особи, яка направила такі матеріали.

Супровідний лист повинен оформлятися відповідно до правил діловодства, що встановлені чинним законодавством та відомчими нормативними актами. Його підписує керівник відповідного підрозділу, що здійснює ОРД. Супровідний лист слід складати у двох примірниках: оригінал направляється адресату, а копія приєднується до оперативно-розшукової справи. Супровідний лист і додані до нього матеріали мають приєднуватися слідчим до кримінальної справи для використання їх для прийняття відповідних процесуальних рішень.

Порядок надання матеріалів ОРД слідчому, на наш погляд, повинен включати в себе таку процедуру:

а) винесення керівником оперативно-розшукового підрозділу постанови про надання матеріалів ОРД слідчому;

б) винесення постанови про розсекречення окремих оперативно-службових документів чи предметів, що містять державну таємницю і мають значення для кримінальної справи;

в) оформлення супровідних документів і фактичну передачу матеріалів ОРД органам досудового розслідування, прокурору чи суду.

Постанова про надання матеріалів ОРД особі, у провадженні якої перебуває кримінальна справа, чи прокуророві повинна складатися з трьох частин: вступу, мотивувальної та резолютивної частин, як це передбачено для постанови— кримінально-процесуального акта (ст. 130 КПК України).

У вступі вказується найменування документа, місце та час його винесення, прізвище, ім'я, по батькові, посада й звання (військове, спеціальне) керівника підрозділу, що здійснює ОРД, а також підстави винесення даної постанови.

У мотивувальній частині постанови зазначається: в результаті яких ОРЗ отримані матеріали ОРД і які саме; з якою метою вони надаються (для використання як приводів і підстав для порушення провадження у кримінальній справі, підготовки та здійснення слідчих і судових дій чи прийняття інших процесуальних рішень, використання в доказуванні у кримінальних справах); коли й ким санкціонувався конкретний ОРЗ; наявність судового чи прокурорського рішення на його проведення та оригінал цього документа, якщо проводилися ОРЗ, що обмежують конституційні права людини.

У резолютивній частині постанови формулюється рішення керівника підрозділу, що здійснює ОРД, про надання матеріалів ОРД, які

[1] У практичній діяльності, наприклад, оперативно-розшукових підрозділів правоохоронних органів РФ правовим актом, що обґрунтовує рішення начальника оперативно-розшукового підрозділу про передачу матеріалів ОРД слідчому, є постанова. — Див.: Межведомственная Инструкция РФ «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд», утвержденная приказом ФСНП России, ФСБ России, МВД России, ФСО России, ФПС России, ГТК России, СВР России от 13 мая 1998 г. №175/226/336/201/410/56, согласована с Генеральным прокурором РФ 25 декабря 1997 г. (зарегистрирована в Минюсте России 3 сентября 1998 г., № 1603, п. 8).

відбивають результати ОРД, докладно перелічуються конкретні документи й предмети, що надаються уповноваженим особам, що ведуть кримінальний процес.

Постанова керівника підрозділу, що здійснює ОРД, затверджується начальником органу, до якого входить зазначений підрозділ.

Окремі матеріали ОРД, що долучаються до постанови, можуть надаватися слідчому у вигляді узагальненого офіційного повідомлення (довідки-меморандуму) або у вигляді оригіналів відповідних документів чи предметів, отриманих у ході ОРД.

Ступінь таємності матеріалів ОРД, що надаються уповноваженим особам, які ведуть кримінальний процес, види додатків та спосіб і форма їх передачі визначаються відповідно до правил ведення таємного діловодства в кожному конкретному випадку окремо, у тому числі залежно від суті отриманого запиту (доручення) й наявності відомостей, що підлягають засекречуванню.

Під час підготовки й оформлення для передачі матеріалів ОРД уповноваженим особам, що ведуть кримінальний процес, вживаються необхідні заходи для збереження цілісності зазначених матеріалів при їх пересиланні (захист від деформації, розмагнічування, знебарвлення, стирання тощо).

У випадках, що не терплять зволікання та можуть призвести до вчинення тяжкого злочину, а також за наявності відомостей про загрозу державній, військовій, економічній і екологічній безпеці матеріали ОРД повинні надаватися особам, що ведуть кримінальний процес, негайно. При цьому оперативно-розшуковий підрозділ відповідно до статей 103, 104, 114 КПК України зобов'язаний вжити заходів до запобігання і припинення злочину, а також закріплення слідів злочину та недопущення їх знищення. Оформлення матеріалів ОРД, отриманих під час проведення оперативно-технічних заходів, здійснюється відповідно до вимог Законів України про ОРД, про державну таємницю та КПК України.

Надання матеріалів ОРД, отриманих під час виконання доручення слідчого чи вказівки прокурора про проведення ОРЗ у кримінальних справах, що перебувають у провадженні осіб, що ведуть кримінальний процес, здійснюється за загальними правилами.

Негласний аспект матеріалів ОРД, засобів і методів їх отримання викликає найбільші труднощі при використанні таких даних у кримінальному судочинстві й ставить особливі вимоги до оформлення результатів ОРЗ та надання їх особам, що ведуть кримінальний процес.

У чинному КПК України не встановлені норми, що регулюють питання режимних заходів забезпечення нерозголошення відомостей щодо негласних працівників органів, які здійснюють ОРД, осіб, які перебувають з такими органами у негласних конфіденційних стосунках, форм та методів ОРД. Проте застосування негласних сил, засобів, форм та методів для отримання й фіксації оперативно-розшукової інформації й самі матеріальні носії такої інформації становлять державну таємницю, а тому відповідно до вимог ст. 30 Закону України «Про інформацію»[1] мають обмежений доступ.

Так, у ст. 37 цього Закону вказується, що не підлягають обов'язковому наданню для ознайомлення документи, які містять інформацію про оперативну й слідчу роботу органів прокуратури, МВС, СБУ, роботу органів дізнання й суду, у тих випадках, коли її розголошення може зашкодити оперативним заходам, розслідуванню чи дізнанню, створити загрозу життю або здоров'ю будь-якої особи.

У частині 2 ст. 11 Закону про ОРД особам, які співпрацюють з органами, що ведуть ОРД, гарантується конфіденційність відносин. У пункті 4 ст. 8 Закону України «Про державну таємницю» та п. 4.2.1 Наказу Голови СБУ від 17 липня 2005 р. № 440 «Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю» встановлено, що до державної таємниці віднесена інформація у сфері державної безпеки й охорони правопорядку про зміст, плани, організацію, фінансування та матеріально-технічне забезпечення, засоби, форми, методи й результати розвідувальної, контррозвідувальної та оперативно-розшукової діяльності; про осіб, які співробітничають або раніше співробітничали на конфіденційній основі з органами, що здійснюють таку діяльність.

Порядок розкриття відомостей про негласні сили, засоби форми й методи ОРД регламентовано відповідними наказами і вказівками Голови СБ України, Міністра внутрішніх справ та інших керівників відомств, уповноважених на здійснення ОРД, які визначають умови та

[1] Закон України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р. № 2657-ХИ7/ ВВР.— 1992.— №48. — Ст. 650.

[2] Закон України «Про державну таємницю» від 21 січня 1994 р. №3855-XII// ВВР. — 1994. — № 16. — Ст. 93.

[3] Наказ Служби безпеки України № 440 від 12.08.2005 р. «Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю» /Нормативні акти міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, зареєстровані міністерством юстиції України. — Ст. 2089 // Офіційний вісник України. — 2005. — № 34.

порядок використання конкретних матеріалів ОРД, у тому числі і в кримінальному процесі. Розголошення таких матеріалів допускається лише у виняткових випадках за умови відсутності можливості отримання необхідної інформації іншим шляхом і лише з дозволу керівників зазначених відомств або їх уповноважених заступників.

У кожному конкретному випадку можливість надання матеріалів ОРД, що містять відомості про організацію, тактику, форми й методи проведення відповідних ОРЗ, використовувані при цьому технічні засоби, штатних негласних працівників оперативно-технічних і оперативно-пошукових підрозділів, особам, у провадженні яких перебуває кримінальна справа, повинна погоджуватися також і з виконавцями цих ОРЗ.

При направленні матеріалів ОРД до органів досудового слідства чи прокурору та суду слід враховувати, що відповідно до ст. 68 КПК України органами досудового слідства, прокурором і судом як ініціативно, так і за клопотаннями учасників процесу (обвинуваченого, підозрюваного, потерпілого, захисника, цивільного позивача, цивільного відповідача та їхніх представників) можуть бути допитані як свідки всі особи, які проводили ОРЗ, підписували відповідний оперативно-службовий документ 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.

Посилаючись на негласні джерела інформації в матеріалах ОРД, що направляються уповноваженим особам, які ведуть кримінальний процес, слід враховувати, що розголошення відомостей про осіб, які проникли в злочинну групу, штатних негласних співробітників органів, що здійснюють ОРД, а також осіб, які співробітничають або співробітничали з ними на негласній основі, можливе тільки з їх письмової згоди. Не можуть бути доказами дані, повідомлені свідком, джерело яких невідоме. Якщо показання свідка ґрунтуються на повідомленнях інших осіб, то ці особи повинні бути також допитані (ч. 3 ст. 68 КПК). Перед наданням матеріалів ОРД, які містять державну таємницю, особам, що ведуть кримінальний процес, вони або підлягають розсекреченню на підставі вмотивованої постанови керівника органу, який проводить ОРД, або направляються зазначеним особам відповідно до вимог таємного діловодства. Документи та матеріали з грифами секретності направляються лише для долучення до кримінальних справ, провадження яких у слідчих підрозділах та судах ведеться з дотриманням режиму таємності відповідно до чинного законодавства України.

Матеріали ОРД можуть залучатися до кримінального процесу у вигляді узагальненого офіційного повідомлення (довідки-меморандуму) або у вигляді оригіналу документів та предметів. При цьому повинен бути складений опис документів і предметів, які направляються для долучення до кримінальної справи, з вказівкою на їх індивідуальні ознаки. Можливе надання матеріалів ОРД слідчому в копіях, у тому числі з перенесенням найбільш важливих їх моментів (розмов, сюжетів) на єдиний носій, про що обов'язково повинно зазначатися в супровідних документах чи протоколі. При цьому тип носія визначається оперативним працівником, що здійснював ОРД. Оригінали матеріалів ОРД у такому випадку мають зберігатися в оперативному підрозділі до завершення судового розгляду справи й набрання чинності вироком, або іншим, передбаченим КПК процесуальним документом.

Постанова про надання матеріалів ОРД, особі, що веде кримінальний процес, повинна складатися у трьох примірниках і підписуватися керівником органу, що уповноважений на проведення ОРД.

Перший примірник має долучатися до матеріалів ОРД, що направляються особі, яка веде кримінальний процес, оскільки для цієї особи важливо не лише отримати фактичні дані, а й бути переконаною в тому, що вони отримані у законний спосіб. Окрім того, право на ознайомлення з матеріалами ОРД, які долучаються до кримінальної справи, мають і учасники кримінального процесу (обвинувачений, підозрюваний, потерпілий, захисник, цивільний позивач, цивільний відповідач та їхні представники), що слід враховувати при складанні такої постанови. Другий примірник залишається в матеріалах оперативно-розшукової справи, а третій надсилається прокуророві для долучення до наглядового провадження.

При підготовці матеріалів ОРД для надання, особі, що веде кримінальний процес, необхідно враховувати, що отримані в ході ОРД документи й речі, які долучаються до кримінально справи, повинні відповідати загальним вимогам, що ставляться до документів та речових доказів. Зі змісту документа та при дослідженні відповідних речей повинні бути зрозумілими джерела й спосіб їх отримання. Якщо з певних причин не можна допустити розшифровку способу їх отримання й надходження до кримінального процесу, то вони, незважаючи на їх цінність для розкриття злочину й вирішення кримінальної справи, в жодному разі не можуть долучатись до неї. Однак це не означає, що інформацію, яка міститься в таких документах та речах, не можна використовувати в ході досудового розслідування. Така інформація може бути

використана в організаційно-тактичних цілях при прийнятті певних процесуальних рішень та проведенні відповідних процесуальних дій.

Слід зазначити, що спеціальні вимоги до документів та інших матеріалів ОРД зумовлені їх цільовим призначенням, метою їх можливого подальшого використання, у тому числі в кримінальному процесі. Ці вимоги сформульовані у відповідних відомчих нормативних документах (наказах, вказівках, інструкціях), що регулюють процес ОРД, окремих оперативних заходів і мають характер обов'язковості виконання.

Направляючи матеріали ОРД для долучення до кримінальної справи, слід враховувати, що з будь-яких питань їх складання (формування) та відправки, в разі необхідності, можуть бути допитані також і особи, які брали участь у цьому процесі.

Матеріали ОРД не повинні надаватися слідчому для долучення їх до кримінальної справи, якщо:

1) неможливо забезпечити безпеку суб'єктів ОРД у зв'язку з наданням і використанням матеріалів ОРД у кримінальному процесі;

2) їх використання в кримінальному процесі створює реальну можливість розшифровки (розголошення) відомостей про використовувані чи використані під час проведення негласних ОРЗ сили, засоби, джерела, методи, плани та результати оперативно-розшукової діяльності, про осіб, впроваджених в організовані злочинні групи, про штатних негласних співробітників і про осіб, що їм сприяють на конфіденційній основі, а також про організацію і тактику проведення ОРЗ, віднесених законом до державної таємниці (крім випадків, коли зазначені відомості розголошуються в порядку, встановленому Законом про ОРД).

У разі необхідності одночасно з постановою про надання матеріалів ОРД органам, які ведуть кримінальний процес, повинен бути підготовлений і план заходів щодо захисту відомостей про органи, що здійснюють ОРД, і безпеки безпосередніх учасників ОРЗ та інших осіб, які можуть стати учасниками кримінального процесу, якщо є дані про загрозу їх безпеці.

Виходячи з викладеного, вважаємо за необхідне доповнити чинний КПК України окремою нормою, в якій зазначити, що матеріали ОРД, які містять державну таємницю та конфіденційні відомості, можуть надаватися органам дізнання, слідчому, прокурору та суду для використання їх як приводів та підстав для порушення кримінальної справи, проведення слідчих дій, для отримання доказів та прийняття інших процесуальних рішень цими особами лише за рішенням

керівника органу, що здійснює ОРД, та письмовою згодою осіб, які перебувають у конфіденційних відносинах з підрозділами, що здійснюють ОРД.

Такі матеріали можуть розглядатися органами дізнання, досудового слідства, прокурором та судом лише з дотриманням вимог таємного діловодства.

У разі необхідності участі осіб, що віднесені відомчими нормативно-правовими та розпорядчими актами до категорій негласних працівників, а також осіб, що співпрацюють з оперативно-розшуковими органами на негласній конфіденційній основі, в кримінальному судочинстві за наявності на це їх особистої згоди й рішення керівника органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, такі матеріли повинні надаватися особам, які ведуть кримінальний процес, у порядку, що встановлений для осіб, щодо яких здійснюються заходи безпеки (статті 52'-52^{5} КПК України).

Матеріали ОРД, що надаються особам, які ведуть кримінальний процес, для використання як приводів та підстав до порушення провадження у кримінальній справі, повинні містити достатні дані, що вказують на наявність ознак злочину, а саме: коли, де, які ознаки та якого злочину виявлені й за яких обставин, відомості про осіб чи групу осіб, які підозрюються у його вчиненні, якщо такі виявлені, про потерпілих, якщо такі є та виявлені, про очевидців злочину, якщо вони відомі, про місцезнаходження слідів злочину, документів та предметів, які можуть бути використані як речові докази, про характер і розмір завданої злочином шкоди та інші обставини, що мають значення для вирішення питання про порушення провадження у кримінальній справі.

Матеріали ОРД, що надаються особам, які ведуть кримінальний процес, для підготовки і здійснення відповідних слідчих дій та прийняття інших процесуальних рішень повинні містити відомості про: осіб, що переховуються від органів розслідування й суду; можливі джерела доказів; осіб, яким відомі обставини й факти, що мають значення для кримінальної справи; місцезнаходження знарядь і засобів вчинення злочину, грошей і цінностей, що набуті злочинним шляхом; речі й документи, пов'язані з обставинами предмета доказування; інші факти та обставини, що дозволяють визначити обсяг і послідовність проведення слідчих дій, обрати найбільш ефективну тактику їх проведення, виробити оптимальну методику розслідування у конкретній кримінальній справі. Вимоги до надання матеріалів ОРД для використання їх як підстав для проведення слідчих дій залежать від того, в обґрунтування

яких конкретно слідчих дій вони будуть використовуватися, оскільки для обґрунтування одних слідчих дій потрібна лише сукупність доказів, а інших — «достатні дані», які містяться і в матеріалах ОРД.

Матеріали ОРД, які надаються особам, що ведуть кримінальний процес, для використання в доказуванні у кримінальних справах, повинні дозволяти отримувати докази, що відповідають вимогам КПК України, які ставляться до доказів у цілому та до відповідних видів доказів зокрема, і містити відомості;, що мають значення для встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальній справі, зазначення джерела одержання можливого доказу чи відповідних документів, предметів, які можуть стати доказом, а також дані, що дозволяють перевірити в умовах судочинства докази, сформовані на їх підставі.

Проблемним є надання слідчому протоколів ОРЗ з відповідними додатками для використання їх у кримінальному процесі. У вітчизняному кримінальному процесі є новелою положення про те, що протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами ОРЗ (негласного проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контролю за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосуванням інших технічних засобів одержання інформації), підлягають використанню як джерело доказів у кримінальному судочинстві, яким згідно із Законом України від 21 червня 2001 р. № 2533-ІП доповнена ч. 2 ст. 65 КПК України.

Аналіз кримінальних та оперативно-розшукових справ за 2001-2004 рр. свідчить, що протягом чинності ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД та ч. 2 ст. 65 КПК у новій редакції ці норми застосовувалися лише епізодично. Анкетування працівників слідчих та оперативних підрозділів СБ України, слідчих та оперативних підрозділів органів внутрішніх справ, слідчих органів прокуратури та прокурорів, а також суддів з виявлення причин незастосування зазначених норм на практиці показало, що 65,2 % анкетованих слідчих СБ України, 60,5 % оперативних працівників СБ України, слідчих органів внутрішніх справ, оперативних працівників органів внутрішніх справ; 62,1 % слідчих прокуратури, 54,4 % прокурорів та 35,1 % суддів назвали основною причиною цього відсутність у чинному законодавстві вказівки на те, хто й у якому порядку повинен складати такий протокол, який його зміст, а також відсутність норм, які б закріплювали порядок долучення таких протоколів до кримінальної справи, порядок їх перевірки й оцінки, через що з точки зору кримінального процесу виникають проблемні

питання його перевірки для визнання доказом у кримінальній справі; а 30,4 % анкетованих слідчих СБУ, 34 % оперативних працівників СБУ, 36,4 % слідчих прокуратури, 40,3 % прокурорів та 64,9 % суддів зазначили в принципі неможливість використання таких протоколів як доказів у кримінальній справі з причин таємності оперативно-розшукових заходів, неможливості перевірки способу й джерела отримання фактичних даних у ході їх проведення процесуальним шляхом та забезпечення безпеки учасників ОРД.

Чинний КПК України й законодавство про ОРД не містять спеціальних норм, які б встановлювали вимоги до протоколів ОРЗ із відповідними додатками, порядок їх складання та долучення до кримінального процесу. З нашого погляду, вони повинні долучатися до кримінального процесу в загальному порядку, що встановлений для будь-якої інформації, що отримана поза процесуальним шляхом. Виходячи із загальних вимог, які ставляться до доказів у кримінальному процесі, та принципів ОРД, з нашої точки зору, такий протокол повинен складатися не оперативним працівником, у провадженні якого перебуває оперативно-розшукова справа, а працівниками оперативно-технічних підрозділів та підрозділів оперативного документування, які безпосередньо сприймали оперативно-розшукову інформацію. Підписуватися протокол ОРЗ повинен особою, яка його складала, та начальником того підрозділу, який проводив ОРЗ. До протоколу ОРЗ можуть бути додані матеріальні (фізичні) носії інформації (фотознімки, матеріали звукозапису, кінозйомок, відеозапису, плани, схеми, зліпки та інші матеріали, які пояснюють його зміст), про що повинно бути вказано в протоколі. Особи, що складають протоколи ОРЗ із відповідними додатками та направляють їх особам, які ведуть кримінальний процес, повинні вживати заходів до збереження в схоронності й цілісності цих додатків.

Одним із спірних в теорії та на практиці є питання про надання матеріалів ОРД суду, яке у законодавчих та відомчих нормативних актах не знайшло свого вирішення відповідно до нових засад кримінального судочинства.

Так, згідно із ч. 2 ст. 6 Закону про ОРД України однією з підстав для проведення ОРЗ поряд з дорученнями слідчого, органу дізнання й указівками прокурора є ухвала суду в кримінальній справі, що перебуває в його провадженні. Це положення кореспондує частинам 1, 2 ст. 10 Закону про ОРД України, що передбачають надання матеріалів ОРД до суду й використання їх для підготовки та здійснення судових дій.

Отже, Закон про ОРД, регламентуючи відносини, що можуть виникати між органами досудового розслідування й органами, що здійснюють ОРД, з одного боку, та судом і органами, що здійснюють цю діяльність, — з другого, їх не розмежовує. Такий підхід окремими правниками піддається справедливій критиці .

У чинному КПК України право давати доручення і вказівки органам дізнання про застосування ОРЗ в інтересах повного й швидкого розкриття злочинів надано лише слідчому й прокурору (ч. 3 ст. 114, п. 4 ч. 1 ст. 227 КПК України). Це зумовлено тим, що матеріалів ОРД потребують насамперед державні органи, які здійснюють функцію кримінального переслідування. На підставі даних, отриманих оперативно-розшуковим шляхом, слідчий, наприклад, планує досудове слідство, висуває версії, підготовляє і проводить слідчі дії, визначає найбільш доцільні тактичні прийоми їх проведення, враховує ці дані при застосуванні примусових заходів та заходів безпеки до учасників кримінального судочинства, використовує їх для отримання доказів у кримінальній справі, що перебуває в його провадженні, тощо, а для прокурора матеріали ОРД є підставами для прийняття рішень щодо здійснення наглядових функцій у сфері ОРД і у сфері досудового розслідування й підтримання державного обвинувачення в суді.

На відміну від органів, що здійснюють функцію кримінального переслідування (органів дізнання, слідчого, начальника слідчого відділу, прокурора), суд у кримінальному процесі виконує функцію здійснення судової влади — відправлення правосуддя. Предметом дослідження в суді першої інстанції є докази, зібрані на стадії досудового розслідування (ст. 257 КПК). Судове слідство здійснюється за допомогою судових дій, проведення яких не пов'язано з використанням матеріалів ОРД (статті 300-315 КПК).

Разом із тим, ст. 315[i] КПК України встановлено, що «з метою перевірки і уточнення фактичних даних, одержаних у ході досудового слідства, суд мотивованою ухвалою, а суддя — постановою вправі доручити органу, який проводив розслідування, виконати певні слідчі дії. В ухвалі (постанові) зазначається, для з'ясування яких обставин і які саме слідчі дії необхідно провести, та встановлюється строк виконання доручення.

[1] Див.; *Зажицкий В. И.* Трудности предоставления прокурору и органам расследования результатов оперативно-розыскной деятельности // Российская юстиция. — 2000. — № 1 . — С. 37.

Особа, яка виконує доручення, проводить відповідну слідчу дію з додержанням вимог, передбачених главами 11-18 цього Кодексу. Протокол слідчої дії та інші здобуті докази передаються суду, який дав доручення.

Протокол слідчої дії та інші докази, що надійшли від органу, який виконував доручення, досліджуються в судовому засіданні і приєднуються до справи».

Аналіз цієї статті, відповідних статей КПК України, що визначають підстави та порядок проведення певних слідчих дій, п. 1 ст. 10 Закону про ОРД, а також відповідних норм відомчих нормативних актів, які визначають порядок здійснення оперативно-розшукового супроводу кримінального судочинства, дозволяє зробити висновок, що для окремих із них матеріали ОРД можуть бути підставами.

У цьому зв'язку на практиці постає питання, у який спосіб суд повинен направляти окремі доручення виконати певні слідчі дії органу, який проводив розслідування і яким чином в ході проведення таких слідчих можуть бути використані матеріали ОРД.

На наш погляд, такі окремі доручення суду на виконання певних слідчих дій органу, який проводив розслідування, повинні направлятися через прокурора й після їх виконання прокурор повинен протокол відповідної слідчої дії та інші докази, що надійшли від органу, який виконував доручення, безпосередньо направляти суду.

Для проведення таких слідчих дій можуть бути використані як підстави й матеріали ОРД, отримані у ході оперативно-розшукового супроводу кримінального судочинства.

У розглядуваному питанні визначальним повинно стати положення про те, що наділення суду повноваженнями одержувати від оперативно-розшукових підрозділів матеріали ОРД і використовувати їх при розгляді конкретних кримінальних справ несумісне з принципами відправлення правосуддя, закріпленими в Конституції і КПК України. Тому ми цілком поділяємо думку тих авторів, які вважають, що матеріалами ОРД повинні користуватися тільки ті державні органи і службові особи, які у кримінальному процесі здійснюють функцію кримінального переслідування[1].

Суд у змагальному кримінальному процесі не може давати оперативно-розшуковому підрозділу доручень про проведення певних ОРЗ,

Зажицкий В. И. Трудности предоставления прокурору и органам расследования результатов оперативно-розыскной деятельности // Российская юстиция. — 2000. — № 1. — С. 37.

та й чинним КПК України таке право суду не надане. На підтвердження цього судження 100 % анкетованих суддів вказало, що за весь час своєї роботи вони не давали доручень оперативно-розшуковим підрозділам про проведення ОРЗ і їм не надавалися матеріали ОРД для використання у відправленні правосуддя. При цьому 96 % суддів вважають, що таке повноваження несумісне з правовим статусом суду.

Виходячи з викладеного, матеріали ОРД суду як суб'єкту кримінального процесу, що здійснює функцію правосуддя, не повинні надаватися безпосередньо підрозділом, що здійснює ОРД. Для підняття ролі суду як органу правосуддя сьогодні є нагальною проблема виключення із судової практики будь-якого контакту працівників оперативних підрозділів із судом. Для цього матеріали ОРД повинні надаватися лише слідчому при виконанні ним судового доручення на проведення певних слідчих дій (ст. 315[i] КПК України), а також прокурору відповідно до його повноважень. Тому в законодавстві й відомчих нормативних актах не повинно міститися положень про надання матеріалів ОРД суду для долучення їх до кримінального процесу.

Матеріали ОРД можуть бути використані прокурором в ході здійснення ним функції обвинувачення у суді, відповідно до його процесуальних прав, передбачених статтями 240, 264 КПК України та ін.

При цьому слід зазначити, що сьогодні використання матеріалів ОРД, отриманих у ході оперативно-розшукового супроводу кримінального судочинства, є проблематичним. Таке положення може бути виправлене лише у разі надання прокурору повноважень з керівництва як ОРД так і досудовим розслідуванням кримінальних справ.

Враховуючи зазначене, вважаємо за необхідне із ч. 2 ст. 6 Закону про ОРД виключити слова «ухвалах суду в кримінальних справах, що знаходяться у його провадженні».

Матеріали ОРД можуть залучатися до кримінального процесу й шляхом витребування їх слідчим в оперативно-розшукових підрозділів, що ведуть ОРД, як до порушення провадження у кримінальній справі, так і в ході її розслідування (ч. 3 ст. 66 КПК України) при дотриманні такого ж порядку таємного діловодства та забезпеченні заходів безпеки до суб'єктів ОРД, що й при ініціативному наданні цих матеріалів оперативно-розшуковим підрозділом органам, що ведуть кримінальний процес.

Надані слідчому матеріали ОРД на підставі постанови керівника підрозділу, що здійснює ОРД, оцінюються ним з точки зору їх допустимості, належності й значущості для кримінального судочинства. Факт надання матеріалів ОРД особі, що веде кримінальний процес, сам собою ще не вирішує питання про їх долучення до кримінальної справи й використання для прийняття відповідних процесуальних рішень. Таке рішення приймається за її внутрішнім переконанням .

Отже, на нашу думку, запропоновані положення доцільно викласти у КПК України та у Законі про ОРД, виділивши в них окрему главу: «Матеріали оперативно-розшукової діяльності. Порядок направлення матеріалів ОРД органу дізнання, слідчому, прокурору і суду», оскільки нинішні відомчі нормативно-правові акти, що діють у відомствах, які уповноважені на здійснення ОРД, мають обмежений доступ і невиправдано позбавляють можливості суб'єктів, що ведуть кримінальний процес, а також інших учасників кримінального судочинства перевіряти законність їх залучення до кримінальної справи. Тому ці правила, на наш погляд, повинні бути доступні всім учасникам процесу, оскільки вони відповідно до кримінально-процесуального закону мають право оцінювати докази, отримані на підставі матеріалів ОРД, і оскаржувати будь-які процесуальні рішення, в основу яких можуть бути покладені такі матеріали.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що отримання матеріалів ОРД уповноваженою особою, що веде кримінальний процес, є юридичним фактом — приводом для прийняття відповідного процесуального чи організаційно-тактичного рішення у кримінальному процесі, яке може бути прийнято лише за наявності достатніх підстав у цих матеріалах, що формулюють внутрішнє переконання цієї особи в законності й доцільності його прийняття.

Докладно про формування внутрішнього переконання див.: *Грошєвой Ю. М.* Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. — Харьков, 1975; *Він же.* Теоретические проблемы формирования убеждения судьи в советском судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Харьков, 1975; *Резник Г. М.* Внутреннее убеждение при оценке доказательств. — М., 1977; *Грошевий Ю. М.* Функции профессионального правосознания судьи в механизме принятия решения по уголовному делу // Проблемы социалистической законности: Респ. межвед, науч. сб. — Вып. 10. — Харьков, 1982. — С. 60-69; *Він же.* Профессиональное правосознание судьи и социалистическое правосудие. — Киев, 1986; *Смоков С. М.* Внутрішнє переконання слідчого і його роль при прийнятті процесуальних рішень: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002; *Коновалова В. Е.* Внутреннее убеждение: проблемы следственной и судебной деятельности // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики: 36. наук, матеріалів. — Х., 2005. — Вип. 5. — С 12-16; та ін.

§ 3. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для прийняття рішень у кримінальному процесі

Використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі органами досудового розслідування є однією із форм взаємодії органів дізнання, уповноважених на здійснення ОРД, та досудового слідства, що складається з чотирьох взаємозалежних практичних дій і логічних операцій: кримінально-правової, кримінально-процесуальної оцінки матеріалів ОРД і на їх основі встановлення відповідних даних, що є приводами та підставами для прийняття процесуальних рішень про порушення провадження у кримінальній справі; проведення слідчих дій з метою отримання доказів у кримінальній справі; застосування заходів примусу та забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві; й обґрунтування цих рішень зазначеними даними.

Загальним у філософії, логіці та праві є те, що під оцінкою певного предмета, соціального явища, людської діяльності, поведінки розуміють встановлення їх значення, відповідності їх певним правовим нормам та встановленим у суспільстві принципам моралі, ціннісних відносин між суб'єктом і об'єктом .

У теорії ОРД та КРД традиційно досліджується оцінка оперативно-розшукової інформації, яка, про що нами вже зазначалося у попередніх розділах роботи, є змістом матеріалів ОРД. У наукових джерелах та нормативних актах органів державної безпеки оцінка оперативно-розшукової інформації традиційно розкривається як процес визначення їх якості та придатності для використання у вирішенні завдань по забезпеченню безпеки держави. Однак це визначення, як справедливо зазначає О. Ю. Шумилов, недостатньо повно відображає сутність оцінки, оскільки обмежується вказівкою лише на процес якості і не відображає необхідність фіксації цього процесу .

В оперативно-розшуковій і контррозвідувальній теоріях прийнято вважати, що цінність оперативно-розшукової (контррозвідувальної)

[1] Див.: *Нечаева Г. А.* Оценка и ее роль в познании: Автореф. дис. … канд. философ, наук. — Л., 1979; Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. — 4-е изд. — М., 1981.— С. 271; *Коршунов А. М., Мантанов В. В.* Диалектика социального познания. — М., 1988. — С. 200; *Кондаков Н. И.* Логический словарь-справочник / Отв. ред. Д. П. Горский. — М., — С. 426; *Демидов Ю. А.* Социальная ценность и оценка в уголовном праве.— М., 1975.— С. 13-14. *Шумилов А. Ю.* Основы уголовно-правовой оценки сыскной информации: Монография. — М., 2000. — С. 6-25.

[2] Див.: *Шумилов А. Ю.* Вказана праця — С. 6-25. — С. 17.

інформації складається із її основних властивостей, взятих у взаємозв'язку, які є критеріями її оцінки: належності, значущості, достовірності, повноти й своєчасності тощо[1]. .

Кримінально-правова оцінка матеріалів ОРД — це оцінка їх з точки зору кримінального права, що полягає у визначенні ступеню відповідності (невідповідності) ознак певного діяння (даних про злочин), які отримані в ході ОРД й зафіксовані в матеріалах ОРД, кримінально-правовій нормі, що встановлює ознаки конкретного складу злочину, тобто проведення процесу порівняння ознак зазначеного діяння з відповідними ознаками що викладені в кримінальному законі.

Сутність кримінально-правової оцінки матеріалів ОРД полягає в єдності процесу встановлення ознак того чи іншого злочину (сукупності злочинів) в діях певної особи та результату цього процесу — офіційного визнання та закріплення уповноваженими правоохоронними і судовими органами у відповідному юридичному акті (постановах органу дізнання й слідчого, обвинувальному висновку, вироку чи ухвалі).

Отже, єдине поняття кримінально-правової оцінки матеріалів ОРД можна розглядати в двох взаємозалежних й взаємообумовлених аспектах: як процес і як результат. Це дає підстави в теорії кримінального права неоднозначно ставитися до співвідношення кримінально-правової оцінки й кваліфікації злочину.

При цьому одні автори кримінально-правову оцінку ототожнюють з кваліфікацією злочину, вважаючи, що кваліфікувати злочин — значить дати йому кримінально-правову оцінку, указати відповідну кримінально-правову норму, яка містить ознаки цього злочину[2]

На думку інших правників, кримінально-правова оцінка й кваліфікація злочину не тотожні поняття, поняття кримінально-правової оцінки оперативно-розшукової інформації входить структурно до загального поняття кваліфікації злочину. Поняття кримінально-правової оцінки оперативно-розшукової інформації є видовим відносно родового поняття кваліфікації злочину. Виходячи з цього, висловлюється думка, що коли в процесі кваліфікації суспільно небезпечного діяння

Див.: *Овчинский С. С.* Оперативно-розыскная информация / Под ред. А. С. Овчинского и В. С. Овчинского. — М., 2000. — С. 29-34; *Шумилов А. Ю.* Основы уголовно-правовой оценки сыскной информации: Монография. — М., 2000; *Орлов Ю.* Показники якості оперативно-розшукової інформації// Право України,— 2005.— № 12. — С 53-56; та ін.

Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. — 2-е изд., перераб. идоп. —М.,2001. —С.4.

може відбуватися порівняння й встановлення відповідності його ознак ознакам якогось зі складу злочинів, передбачених кримінальним законом, то в ході кримінально-правової оцінки оперативно-розшукової інформації таке співвідношення свідомо обмежено. За допомогою оцінки оперативно-розшукової інформації можна встановити ступінь відповідності ознак діяння, про яке одержана оперативно-розшукова інформація, перш за все ознакам одного з тих складів злочинів, виявлення яких є прерогативою відповідного оперативно-розшукового підрозділу. Враховуючи зазначене, робиться висновок, що кримінально-правова оцінка оперативно-розшукової інформації як процес є підпорядкованим поняттям відносно поняття кваліфікації злочину, оскільки встановлення в ході крймінально-правової оцінки оперативно-розшукової інформації ступеню відповідності між ознаками діяння й ознаками складу злочину є оціночним процесом і поглинається більш широким — кваліфікаційним. Розрізняються ці поняття і за формою процесуального (процедурного) закріплення[1].

На наш погляд, остання точка зору є непереконливою. Кримінально-правова оцінка матеріалів ОРД і кваліфікація злочину відображають розумову діяльність уповноважених суб'єктів правозастосування. Ця діяльність, заснована на законах логіки і є процесом пізнання, в якому існують два пізнавальних рівні — емпіричний та логічний, що мають динамічний характер, є взаємозалежними і на практиці становлять нерозривну єдність. Щодо форми процесуального (процедурного) закріплення, то вона залежить не від кримінально-правової оцінки (кваліфікації) матеріалів ОРД, а від суб'єктів такої оцінки, певних стадій ОРД чи кримінального процесу.

З цього приводу Г. А. Левицький справедливо зазначав, що кваліфікації злочину тільки на перший погляд властива статичність. Лише будучи закріпленою у судовому вироку, який набрав чинності, кваліфікація злочину стає сталою[2]. Проте це положення, на нашу думку, потребує уточнення, оскільки кваліфікація злочину може стати сталою й при прийнятті інших процесуальних рішень як у суді, так і в стадії досудового провадження, наприклад, закриття кримінальної справи за п. 8 ст. 6 КПК України тощо.

Див.: *Шумилов А. Ю.* Основы уголовно-правовой оценки сыскной информации: Монография. — М., 2000. — С. 16-23.

Левицкий Г. А. Квалификация преступлений (общие вопросы) // Правоведение. — 1962.—№ 1—С. 144.

Слушною в цьому контексті є думка В. М. Кудрявцева, який пише, що процес вибору кримінально-правової норми завершується закріпленням встановленого у відповідному акті суду чи органу попереднього (досудового) розслідування: правильна кваліфікація злочину, яка розуміється як юридична оцінка діяння вчиненого діяння, немислима без відповідної діяльності з виявлення такої відповідності. Тому у визначенні поняття кваліфікації, зазначає вчений, доцільно сполучити ці два значення (процес та результат. — *М. П.)* й визначити кваліфікацію злочину як встановлення та юридичне закріплення точного співвідношення між ознаками вчиненого діяння й ознаками злочину, який передбачений відповідною кримінальною .тюрмою .

Кримінально-процесуальна оцінка матеріалів ОРД має похідний характер від їх кримінально-правової оцінки. Кримінально-процесуальна оцінка матеріалів ОРД здійснюється залежно від мети їх використання, визначеної ст. 10 Закону про ОРД та відповідними нормами КПК України. Виходячи з цього, уповноважений суб'єкт кримінального процесу (орган дізнання, слідчий та ін.) при оцінці матеріалів ОРД повинен їх оцінити з точки зору законності отримання підрозділом, що здійснює ОРД, законності їх надання відповідним оперативно-розшуковим підрозділом органу досудового розслідування для використання в кримінальному процесі та придатності (належності й допустимості) їх використання для прийняття відповідного процесуального рішення.

Оцінюючи законність отримання матеріалів ОРД оперативно-розшуковим підрозділом, порядку надання їх органу досудового розслідування, останній повинен встановити, чи уповноваженим суб'єктом ОРД проведений відповідний ОРЗ, чи отримані уповноваженою особою або органом відповідні дозволи чи санкції на проведення ОРЗ; чи не порушені норми Закону та відомчих нормативних актів при проведенні ОРЗ; чи повно задокументовано проведення ОРЗ та його результати, тощо; чи дотримані вимоги законодавства й нормативних актів щодо надання таких матеріалів уповноваженому суб'єкту для використання у кримінальному процесі.

Кожний із визначених законодавством напрямів використання матеріалів ОРД в кримінальному процесі має специфіку кримінально-процесуальної оцінки таких матеріалів.

' *Кудрявцев В. Н.* Общая теория квалификаций преступлений. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2001. — С. 4.

Так, для прийняття рішення про використання матеріалів ОРД як приводів і підстав до порушення провадження у кримінальній справі уповноважений суб'єкт кримінального процесу повинен встановити, чи містяться в матеріалах ОРД достатні дані (ч. 2 ст. 94 КПК), які вказують на наявність ознак злочину, а також чи проведені оперативно-розшуковим підрозділом відповідні ОРЗ на встановлення таких обставин, які виключають провадження у кримінальній справи (ст. 6 КПК).

Для прийняття рішення про використання матеріалів ОРД як приводів і підстав проведення слідчих дій у них повинні бути зафіксовані дані про зміст підстав для проведення відповідної слідчої дії, а також дані, які вказують на можливість встановлення обставин предмета доказування у конкретній кримінальній справі, або інші обставини, які мають значення для правильного вирішення кримінальної справи. Зокрема, це відомості щодо характеру і місцезнаходження можливих джерел доказів, осіб, яким відомі обставини, що мають значення для розслідування кримінальної справи, а також щодо інших обставин, які дозволяють визначити обсяг і послідовність проведення слідчих дій, обрати найбільш ефективну тактику їх проведення та оптимальну методику розслідування конкретної кримінальної справи.

Для прийняття рішення про використання матеріалів ОРД як приводів і підстав для прийняття рішення про застосування відповідних примусових заходів та заходів забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства уповноважений суб'єкт кримінального процесу повинен встановити, чи містяться у них дані, які є змістом відповідних приводів та підстав.

Для використання фактичних даних, що отримані у ході ОРД, як доказів у кримінальному процесі вони повинні бути належним чином задокументовані у відповідних оперативно-розшукових документах, містити фактичні данні, які мають значення для встановлення обставин предмета доказування у справах відповідної категорії, давати змогу формувати відповідні види кримінально-процесуальних доказів, вказувати джерело отримання цих фактичних даних, а також відомості, які дають можливість перевірити засобами кримінального процесу докази, отримані на підставі матеріалів ОРД.

Таким чином, кримінально-процесуальна оцінка матеріалів ОРД являє собою встановлення уповноваженим суб'єктом кримінального процесу в зазначених матеріалах визначених кримінально-процесуальним законом приводів та підстав для прийняття відповідних процесуальних рішень у кримінальному процесі.

Сучасна вітчизняна кримінально-процесуальна доктрина, сприйнявши міжнародні стандарти у сфері захисту прав людини, грунтується на положенні, що прийняття у кримінальних справах законних і обгрунтованих рішень є запорукою досягнення мети кримінального процесу. Однак, незважаючи на те, що матеріали ОРД використовувалися при прийнятті процесуальних рішень у понад 90 % кримінальних справ, розслідуваних за останні 6 років органами дізнання та слідства СБ України, й у понад 85 % кримінальних справ окремих категорій, розслідуваних органами досудового розслідування інших відомств , їх роль як інформаційної основи в прийнятті таких рішень всебічно не досліджувалася, що є, на наш погляд, суттєвою прогалиною в теорії кримінально-процесуального права, яка, як свідчить аналіз слідчої практики, негативно впливає на правозастосовний процес.

Так, наприклад, у кримінальній справі за обвинуваченням П. за ст. 70 ч. 2. КК України (в ред. 1960 р.) в обгрунтування рішення про проведення виїмки документів за місцем роботи підозрюваного були покладені лише матеріали ОРД — телефонна розмова П. з його родичем М,, зі змісту якої лише ймовірно вбачалося, що зазначені документи можуть знаходитися в робочому сейфі П. Інших даних, які б підтверджували цю інформацію, в органу дізнання не було. Проте такі матеріали особою, що проводила дізнання, були визнані «точними даними», що передбачені ст. 178 КПК. У ході виїмки інформація, що містилася в матеріалах ОРД, не знайшла свого підтвердження. У результаті помилкового визначення уповноваженою особою матеріалів ОРД як «точних даних» для проведення виїмки були порушені права обвинуваченого П.[2]

Інша ситуація склалася у кримінальній справі за обвинуваченням В. за ст. 331 КК України. Слідчий не знайшов «достатніх підстав» у матеріалах ОРД, у яких містилася інформація, отримана із зафіксованої в ході ОРД телефонної розмови В. з його знайомим К. про наміри обвинуваченого В. втекти від слідства в РФ, а також дані

[1] Див.: *Маркушин А. Г.* Оперативно-розыскная деятельность — необходимость и законность. — Н. Новгород, 1997. — С . 22-23; *Сулейманов Д. И.* Концептуальные основы использования информации при раскрытии преступлений// Автореф. дне. ... д-ра юрид. наук.— Киев, 1997.— С. 33; *Бруснщын Л. В.* Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование). — М., 2001. — С. 139.

[2] Кримінальна справа № 1-236/03 за обвинуваченням П. у вчиненні злочину, передбаченого ст. 70 ч. 2. КК України (у ред. 1960 р.)// Архів Московського районного суду м. Харкова.

негласного обшуку його житла, які свідчили про те, що В. зібрав речі в дорогу. У результаті несвоєчасного прийняття рішення за матеріалами ОРД про обрання обвинуваченому В. запобіжного заходу — взяття під варту, він сховався від слідства, кримінальну справу довелося на тривалий час зупинити за п. 1 ст. 206 КПК України, що призвело до необгрунтованого затягування досудового провадження у цій справі та її вирішення[1].

Отже, потребує науково-теоретичної розробки та законодавчого врегулювання використання матеріалів ОРД у прийнятті процесуальних рішень у кримінальній справі, що може бути здійснено через розкриття питань про поняття та сутність кримінально-процесуального рішення як об'єкта обґрунтування у конкретній кримінальній справі, про види кримінально-процесуальних рішень, про поняття та природу обґрунтування процесуальних рішень, про значення розсуду при прийнятті процесуальних рішень, про процес та етапи (стадії) обґрунтування процесуальних рішень.

Враховуючи, що зазначені питання тією чи іншою мірою досліджені в процесуальній літературі[2], торкнемося їх лише в аспекті визначення ролі матеріалів ОРД як інформаційної основи у прийнятті процесуальних рішень у кримінальній справі.

[1] Кримінальна справа № 1-98/04 за обвинуваченням В. за ст. 331 КК України// Архів Вовчанського районного суду Харківської області.

Див.: *Бажанов М. И.* Законность и обоснованность основных судебных актов в советском уголовном процессе: Дис. ... д-ра юрид. наук.— Харьков, 1966; *Путинская П. А.* Законность и обоснованность решений в уголовном судопроизводстве. — М., 1972; *Грошевой Ю. М.* Теоретические проблемы формирования убеждения судьи в советском судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Харьков, 1975; *Він же.* Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. — Харьков, 1975; *Путинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве, их виды, содержание и формы. — М., 1976; *Грошевой Ю. М.* Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. — Харьков, 1979; *Дубинский А. Я.* Исполнение процессуальных решений следователя: Правовые и организационные проблемы. — Киев, 1984; *Михайленко О. Р.* Складання процесуальних актів у кримінальних справах: Навч. посіб. — К., 2000; *Смоков С. М.* Внутрішнє переконання слідчого і його роль при прийнятті процесуальних рішень: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002; *Глинська Н. В.* Обгрунтування рішень у кримінальній справі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2003; *Берназ В. Д., Смоков С. М.* Рішення слідчого (криміналістичний, процесуальний та психологічний аспекти). — Одеса, 2004; *Зеленецкий В. С.* Проблемы формирования совокупности доказательств в уголовном процессе. — Харьков, 2004; *Лук'янчиков С. Д.* Інформаційне забезпечення розслідування злочинів: правові і тактико-криміналістичні аспекти: Автореф. дис. ... д-ра юрид наук. — К., 2005. — С. 23-24; *Зеленецкий В. С, Глинская Н. В.* Теория и практика обоснования решений в уголовном процессе Украины. — Харьков, 2006.

Процесуальні рішення, як слушно зазначає С. С. Алексеев, це — «головна, визначальна ланка правозастосовної діяльності» . За справедливим твердженням П. А. Лупинської, результати процесуальної діяльності правозастосовних органів з виконання завдань, які стоять перед ними, у кінцевому підсумку виражаються в прийнятті й виконанні передбачених законом рішень .

У теорії кримінального процесу не склалося єдності думок щодо визначення поняття процесуального рішення. Так, на думку П. А. Лупинської, рішення в кримінальному судочинстві може бути визначено як складений відповідно до процесуальної форми правовий акт, у якому орган дізнання, слідчий, прокурор, суддя або суд у межах своєї компетенції у визначеному законом порядку дають відповіді на правові питання, що виникають у справі, й виражають власне волевиявлення про дії, що випливають з обставин та приписів закону, які спрямовані на досягнення завдань кримінального судочинства .

С. М. Смоков визначає процесуальне рішення слідчого як правовий акт, у якому слідчий, у межах своєї компетенції, у встановленому кримінально-процесуальним законом порядку виражає у вигляді державно-владного веління висновки про виконання (чи невиконання) конкретних процесуальних дій, що обумовлено необхідністю досягнення завдань кримінального судочинства і вимогами закону стосовно фактичної ситуації, що склалася .

Схоже визначення процесуального рішення дає Н. В. Глинська, розуміючи під ним виражений у встановленій законом формі індивідуальний правозастосовний акт, у якому компетентні державні органи і посадові особи у встановленому законом порядку з метою вирішення правових і кримінологічних завдань кримінального судочинства дають відповіді на питання, що виникли в справі, й виражають владне волевиявлення про дії або бездіяльність, що випливають із встановлених на момент винесення рішення фактичних обставин справи і приписів чинного законодавства[5].

[1] *Алексеев С. С.* Общая теория права: В 2 т. — М., 1982. — Т. 2. — С. 321.

[2] Див.: *Лупинская П. А.* Законность и обоснованность решений в уголовном судопроизводстве. - М, 1972. — С. 3.

[3] Там само. — С. 18.

[4] *Смоков С. М.* Внутрішнє переконання слідчого і його роль при прийнятті процесуальних рішень: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002. — С 10.

[5] *Глинська Н. В.* Обгрунтування рішень у кримінальній справі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2003. — С 7.

У процесуальній літературі зроблені спроби розкрити соціальну і правову природу рішень як актів застосування кримінального та кримінально-процесуального права, що має наукове й практичне значення. Значну увагу дослідженню цієї проблеми приділила П. А. Лу^-пинеька, яка визначала сутність процесуальних рішень через розгляд їхніх характерних ознак: прийняття лише державними органами та посадовими особами, які провадять кримінальне судочинство, у межах їх компетенції; вираження владного наказу органів держави, ЩО породжує, змінює чи припиняє кримінально-процесуальні відносини, підтверджує наявність чи встановлює відсутність матеріально-правових відносин; винесення у встановленому законом порядку і вираження у встановленій законом формі[1]. Н. В. Глинська до цих ознак додає ще й такі, як пізнавально-посвідчувальний, спонукальний та ініціюючий характер і спрямованість на вирішення певних, не лише кримінально-правових і кримінально-процесуальних, а й кримінологічних завдань .

Для більш повного розкриття сутності процесуального рішення, на наш погляд, слід вказати й такі його ознаки, як інформаційний характер та наявність для його прийняття визначених законом приводів та підстав, оскільки будь-яке рішення у кримінальній справі як акт волевиявлення уповноваженого суб'єкта, що має діяльнісний аспект, приймається лише за наявності відповідних приводів та на підставі певної інформації (визначених законом підстав). Саме таке рішення має певне інформаційне значення як для суб'єктів кримінального процесу, породжуючи у них відповідні права та обов'язки й формуючи відповідні підстави для прийняття ними інших рішень, що забезпечують рух справи, так і для громадськості, виконуючи інформаційну функцію висвітлення у встановлених межах діяльності правоохоронних та судових органів, здійснюючи вплив на формування громадської думки щодо правозастосовної функції держави й формування правосвідомості громадян. Інформаційною основою окремих процесуальних рішень у кримінальній справі можуть бути також і матеріали ОРД. . . .

На підставі зазначених ознак рішення в кримінальному процесі слід визначити як правовий акт уповноважених осіб (органу дізнання, слідчого, прокурора, судді чи суду), прийнятий у зв'язку з ситуацією, що склалася у кримінальній справі, яка створює відповідний привід, на підставах, у процесуальній формі та порядку, передбачених законом, що виражає їх волевиявлення, породжує виникнення чи припинення відповідних правовідносин і спрямований на досягнення мети та вирішення завдань кримінального судочинства.

У ході провадження у кримінальних справах приймається значна кількість різноманітних процесуальних рішень, кожне з яких виконує в кримінальному процесі лише властиву йому функцію й характеризується індивідуальними ознаками, проте окремі з таких рішень мають спільні риси. Це дає можливість класифікувати процесуальні рішення на певні групи для їх упорядкування, вироблення спільних загальних вимог до рішень, що належать до кожної із груп, розробити спільні підстави для їх прийняття та відповідні методики для їх обгрунтування й виконання.

У теорії процесуального права запропоновано низку класифікацій процесуальних рішень , кожна з яких має теоретичне й практичне значення для удосконалення механізму вирішення кримінальної справи. Не вдаючись до їх аналізу, оскільки він виходить за межі теми нашої роботи, зазначимо, що для дослідження проблеми використання матеріалів ОРД у прийнятті рішень у кримінальному процесі має значення класифікація за критерієм підстав для їх проведення, оскільки матеріали ОРД для прийняття одних процесуальних рішень можуть бути використані лише в організаційно-тактичних цілях, а для інших — бути підставами для їх прийняття.

Аналіз норм чинного КПК України свідчить про те, що законодавець використовує різноманітну термінологію при характеристиці підстав для прийняття тих чи інших процесуальних рішень у ході провадження у кримінальній справі. Так, наприклад, у ч. 2 ст. 94 КПК

[1] *Лупинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве, их виды, содержание и формы, — М., 1976. — С. 18,26,40,48,96.

[2] *Глинська Н. В.* Обгрунтування рішень у кримінальній справі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2003. — С. 7.

Див.: *Бажанов М. И.* Законность и обоснованность основных судебных актов в советском уголовном судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Харьков, 1967. — С. 4; *Лупинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве, их виды, содержание и формы. — М., 1976. — С. 26-33; *Смирнов А. В.* Достоверность и вероятность при установлении фактических оснований уголовно-процессуальных решений // Актуальные проблемы теории юридических доказательств.— Иркутск, 1984.— С. 126-131; *Белкин Р. С.* Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. От теории — к практике. — М., 1988. — С. 107-108; *Экзархопуло А. А.* Основы криминалистической теории. — СПб., 1992. — С. 109; *Михайленко О. Р.* Складання процесуальних актів у кримінальних справах: Навч. посіб. — К., 2000. — С. 17-24.

як підстави для порушення провадження у кримінальній справі називаються «достатні дані, що вказують на ознаки злочину». Підставою для притягнення особи як обвинуваченого є «досить доказів» (ст. 131 КПК), а для оголошення обвинуваченому про закінчення слідства і пред'явлення йому матеріалів справи— «достатність доказів» (ст. 218 КПК).

При аналізі підстав для проведення слідчих дій звертає на себе увагу те, що в КПК України вони сформульовані по-різному й мають неоднакове не лише термінологічне, а й смислове значення, а саме: «за наявності достатніх підстав» (статті 177, 187); «коли є точні дані» (ст. 178); коли «є дані» (статті 68, 167, 168, 169); «при необхідності», «у разі потреби» (статті 174, 178, 192, 193); «слідчий вправі» (ст. 172); слідчий «має право» (статті 183, 199); є) слідчий «зобов'язаний» (статті 142, 143).

Виходячи з аналізу зазначених підстав, слід погодитися з науковцями, які вважають, що всі процесуальні рішення, які приймаються у кримінальній справі, можна поділити на дві групи: а) процесуальні рішення, які приймаються лише на підставі сукупності доказів; б) процесуальні рішення, що можуть бути прийняті на підставах, які формуються за власним розсудом уповноваженої особи, в яких сукупність доказів не є обов'язковою умовою їх прийняття[1].

Підстави для формування рішень першої групи законодавець формулює у такий спосіб: «досить доказів» (ст. 131 КПК), «достатність доказів» (ст. 218 КПК), «зобов'язаний» (статті 142, 143 КПК). Отже, прийняття рішень першої групи закон допускає лише на підставі вірогідних знань уповноваженого суб'єкта, які формує лише сукупність процесуальних доказів, отриманих у визначеній законом формі. Лише сукупність процесуальних доказів є інформаційною основою прийняття цих рішень. Матеріали ОРД у прийнятті рішень цієї групи можуть мати лише пізнавально-інформаційний характер. Вони можуть бути використані як приводи та підстави для проведення слідчих дій з метою отримання певних доказів, а також в організаційно-тактичних цілях, наприклад при їх перевірці й оцінці.

Зміст підстав процесуальних рішень другої групи, що формуються за розсудом уповноваженої особи, законодавець формулює у різний

Див.: *Чувилев А. А.* Об основаниях производства отдельных следственных действий // Процессуальные вопросы производства расследования на современном этапе: Сб. иауч. тр. — Волгоград, 1988. — С. 49.

спосіб: водному випадку— це наявність «точних даних» (ст. 177 КПК), в іншому— або «наявність достатніх підстав» (статті 178, 187 КПК), або наявність «даних», що формують внутрішнє переконання слідчого в правильності прийняття ним рішення щодо певної слідчої дії (наприклад, статті 68, 167, 168, 169 КПК), або наявність «достатніх даних» (ч. 2 ст. 94 КПК).

Аналіз підстав прийняття рішень другої групи дає можливість зробити висновок, що для одних рішень закон вимагає прийняття їх лише за наявності вірогідних знань: «точних даних» (ст. 178 КПК), а для інших — допускає прийняття їх за наявності імовірних знань: наявність «даних» (статті 68, 167, 168, 169 КПК), «достатніх даних» (ч. 2 ст. 94 КПК), «достатніх підстав» (статті 178, 187 КПК).

Формулюючи у такий спосіб підстави для прийняття рішень цієї групи, на нашу думку, закон припускає, що інформаційною основою формування підстав прийняття окремих із них, виходячи з власного розсуду уповноваженої особи, можуть бути як докази, так і матеріали ОРД чи сукупність доказів і матеріалів ОРД (статті 68, 167, 168, 169, 178, 187 КПК), а рішення про порушення кримінальної справи (ч. 2 ст. 94 КПК) — як матеріали ОРД, так і інші достатні дані, отримані з передбачених кримінально-процесуальними законом джерел (ч. 1 ст. 94 КПК).

На користь висновку про можливість використання матеріалів ОРД для прийняття окремих процесуальних рішень у кримінальній справі може свідчити та обставина, що кримінально-процесуальне доказування — не єдина форма юридичного пізнання подій з ознаками злочину. Крім цього, не лише Закон про ОРД, а й КПК України передбачає здійснення оперативно-розшукових та розшукових заходів (п. 5 ст. 94, ст. 103, пункти 3, 4 ст. 104, ч. 3 ст. 114 КПК). За своєю суттю заходи, передбачені ч. 4 ст. 97 КПК України, а саме відібрання пояснень громадян чи посадових осіб або витребування необхідних документів, які за чинним КПК здійснюються органом дізнання, слідчим та прокурором, також є гласними розшуковими заходами, що, на наш погляд, не властиво слідчому і прокурору, виходячи з їх правового статусу. Отже, саме негласні й гласні оперативно-розшукові й розшукові заходи спрямовані на виявлення підстав для прийняття процесуальних рішень другої групи.

У зв'язку з викладеним, на наш погляд, необгрунтованою є точка зору тих науковців, які вважають, що підставами для прийняття

процесуальних рішень у кримінальній справі можуть бути лише докази[1], оскільки вона не відповідає засадам кримінального процесу. Лише докази можуть бути підставами тільки судових рішень. Що ж до стадій порушення провадження у кримінальній справі чи досудового розслідування кримінальної справи, то такими підставами для прийняття певних рішень можуть бути як докази, так і матеріали ОРД або інші дані. Цілком очевидно, що як до прийняття рішення про порушення провадження у кримінальній справі, так і на початковому етапі досудового провадження в уповноваженої особи ще не може бути кримінально-процесуальних доказів, визначених ст. 65 КПК України, які б були підставами для прийняття нею таких рішень, оскільки процесуальні докази отримуються лише у визначеній законом формі шляхом проведення відповідних слідчих дій.

У цьому контексті заслуговує на підтримку позиція вчених, які вважають, що для прийняття у справі окремих процесуальних рішень їх підставами можуть бути не лише кримінально-процесуальні докази, а й \] .ріали ОРД .

Прийняття рішень у кримінальній справі на підставі матеріалів ОРД тісно пов'язане з дискусійною проблемою застосування в цьому процесі власного розсуду уповноваженої особи в умовах правової

[1] Див.: *Лупинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве, их виды, содержание и формы. — М., 1976. — С. 49; *Кузнецов Н. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. — Воронеж, 1983. — С. 35; *Рахимов Ю.* К вопросу о соотношении действий и решений в Советском уголовном процессе // Проблемы совершенствования мер борьбы с преступностью. — Ташкент, 1986. — С. 92; Курс советского уголовного процесса: Общая часть / Под ред. Бойкова А. Д., Карпеца И. И. — М., 1989. — С. 485; Советский уголовный процесс / Под ред. Н. С. Алексеева, В. 3. Лукашевича. — Л., 1989. — С. 123; *Глинська Н. В.* Обгрунтування рішень у кримінальній справі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2003. — С. 19, 12; та ін.

[2] Див.: Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М., 1973. — С. 290; *Чувилев А. А.* Об основаниях производства отдельных следственных действий // Процессуальные вопросы производства расследования на современном этапе: Сб. науч. тр. — Волгоград, 1988. — С. 50; *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений.— М, 1991.— С. 86; *Голубев В. В.* Использование оперативно-розыскных данных при расследовании преступлений, связанных с коррупцией должностных лиц: Автореф. дис. ... канд. юрйд. наук. — М., 1996. — С. 5, 7; *Поляков М. П., Попов А. П., Попов Н. М.* Уголовно-процессуальное использование результатов оперативно-розыскной деятельности: проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. Т. Томина. — Пятигорск, 1998.

держави , який, за влучним висловом А. Барака, є «центральним для розуміння кримінального процесу» . З приводу поняття та змісту розсуду у кримінальному процесі висловлені різні точки зору[3]. «Для мене, — пише А. Барак, — розсуд — це повноваження, дане особі, яка має владу обирати між двома й більше альтернативами, коли кожна з них є законною»[4] .

Аналіз визначень розсуду в наукових джерелах, норм КПК, у яких передбачається його застосування, й матеріалів практики дає підстави виокремити такі його ознаки: застосування передбачено відповідною нормою кримінально-процесуального закону; застосування лише уповноваженою особою; передбачення альтернативи для уповноваженої особи; залежність вибору можливостей від об'єктивних і суб'єктивних факторів, що складаються у кримінальній справі; необхідність вмотивування обраної альтернативи у відповідному правозастосовному акті.

Наведені ознаки дозволяють визначити розсуд у кримінальному процесі як передбачений кримінально-процесуальним законом і здійснюваний у визначених ним порядку та формі вмотивований вибір варіанту процесуального рішення у кримінальній справі.

Слід зазначити, що стосовно доцільності застосування розсуду у праві висловлюються різні точки зору як зарубіжними, так і вітчизняними правознавцями. Аналіз поглядів сучасних зарубіжних вчених на розсуд у праві докладно зроблений О. О. Папковою. Одні зарубіжні правники вважають, що прийняття органами юстиції рішень на власний розсуд призводить до порушення прав людини, а тому, на їх думку, право в демократичній країні повинно застосовуватися послідовно, відкрито й неупереджено, а отже, лише норми права є такими, що

[1] Див.: *Манохин В. М.* Правовое государство и проблема управления по усмотрению // Советское государство и право. — 1990. — № 2. — С. 23-31; *Бойцова В.* Закон, административное усмотрение, права и свободы граждан в социалистическом правовом государстве // Проблемы формирования Советского социалистического правового государства (новое мышление и конституционно-правовые реалии перестроечных процессов): Сб. науч. тр. — Кемерово, 1990. — С. 160-175; *Барак А.* Судейское усмотрение. — М., 1999; *Гончаров В. Б., Кожевников В. В.* Проблема усмотрения правоприменяющего субъекта в правоохранительной сфере // Государство и право. — 2001. — № 3. — С. 51-60; *Марфицин П. Г.* Понятие и значение усмотрения в уголовном судопроизводстве // Российский судья. — 2002. — С. 38^14.

[2] *Барак А.* Вказана праця. — С. 13.

[3] Там само.— С. 12-27; *Марфицин П. Г.* Вказана праця.— С. 38-43; *Папкова О. А.* Усмотрение суда. — М, 2005. — С. 38-40.

[4] Див.: *Барак А.* Вказана праця. — С. 13.

найбільше служать досягненню цієї мети. Прийняття рішень за власним розсудом, на їх погляд, є протилежністю праву, суб'єктивним правосуддям — причиною ухвалення суперечливих рішень, джерелом неправосуддя. Інші вчені висловлюють протилежну точку зору, вбачаючи у прийнятті рішень на власний розсуд можливість раціонального використання тактики та стратегії досягнення певної мети[1].

У цьому контексті В. М. Манохін висловив слушну думку, яка має методологічне значення для розробки проблеми прийняття рішень у кримінальному процесі за власним розсудом уповноваженої особи, у формуванні яких значну роль можуть відігравати матеріали ОРД. Він справедливо зазначав, що вирішення проблеми розсуду в державному управлінні варто шукати не на шляхах його виключення чи повної заміни законом, а за допомогою створення системи організаційних і правових заходів, які б, по можливості, зменшували негативні наслідки розсуду і забезпечували б реалізацію позитивних якостей даного елементу управління[2].

З цього приводу П. Ф. Пашкевич переконливо доводить, що оптимальне співвідношення закону й розсуду правоохоронних органів є однією з найважливіших умов ефективності кримінального судочинства[3].

На нашу думку, розсуд — принципово необхідний елемент будь-якої діяльності, в тому числі й кримінального процесу. Він забезпечує гнучкість і ефективність прийняття рішень. У той же час слід визнати, що розсуд таїть у собі потенційну загрозу законним правам і інтересам осіб, що залучаються до його сфери, якщо діяльність державних органів та їх посадових осіб недостатньо контрольована з боку суспільства й посадовці мають недостатній фаховий рівень, низьку правову культуру та моральність. Особливо небезпечним у цьому контексті є застосування власного розсуду у кримінальному процесі, коли правовий нігілізм, аморальність та корумпованість окремих працівників органів кримінальної юстиції тягне за собою суттєві порушення ними прав людини.

Передбачена чинним КПК можливість вибору підстав для прийняття процесуальних рішень за власним розсудом у кримінальному

[1] *Папкова О. А.* Усмотрение суда. — М., 2005. — С. 31-37.

Манохин В. М. Правовое государство и проблема управления по усмотрению // Советское государство и право. — 1990. — №2. — С. 29.

[3] *Пашкевич П. Ф.* Процессуальный закон и эффективность уголовного судопроизводства. — М., 1984. — С. 29.

процесі тісно пов'язана, з одного боку, з ризиком порушення законних прав і свобод людини, а з другого — з неадекватним реагуванням на вчинений злочин чи злочин, що готується, або на ті чи інші обставини, які виникають у кримінальній справі й вимагають відповідного реагування для виконання завдань кримінального судочинства.

Водночас проблема ризику пов'язана не лише з прийняттям рішень на підставі матеріалів ОРД. Сукупність доказів, незважаючи на більш високий ступінь посвідченості, теж, з погляду кінцевих результатів, може призвести до помилкового рішення. Наприклад, обшук, проведений на підставі показань свідків, може бути безрезультатним через те, що свідки або неправильно сприйняли ті чи інші обставини в силу особистих фізіологічних, психологічних та інших даних, або заінтересовані в результатах справи, або уповноважена особа, що здійснювала їх допит, помилково відбила в протоколі допиту їх показання, або обвинувачений, запідозривши виявлений до нього інтерес правоохоронних органів, знищив чи замаскував сліди злочину.

У той же час матеріали ОРД, отримані з декількох незалежних джерел, які попередньо перевірені й оцінені оперативним працівником у ході ОРД, а в кримінальному процесі — уповноваженою особою, що приймає відповідне процесуальне рішення, з точки зору їх достовірності можуть виключати ризик чи мінімізувати його. У цьому аспекті ймовірність помилки залежить не від джерела, з якого отримана інформація— матеріалів ОРД чи кримінально-процесуальних доказів, а від рівня поінформованості особи, що приймає процесуальне рішення, її внутрішнього переконання в його обґрунтованості і законності.

Наявність елементу ризику в діяльності органів кримінальної юстиції й можливості завдання шкоди інтересам учасників судочинства у випадку прийняття помилкових рішень вимагає вибору певного критерію для оцінки поведінки посадових осіб, що діють у таких умовах. Особа, яка приймає рішення, повинна порівнювати можливу шкоду, що буде завдана охоронюваним відносинам, за різних варіантів її поведінки. Якщо в результаті помилкових дій посадової особи шкода буде менше тієї, що можлива за її бездіяльності, то ризик слід визнавати виправданим.

У цьому контексті слушним є положення ст. 42 чинного КК України, яка визнає виправданим ризик, «якщо мету, що була поставлена, не можна було досягти в даній обстановці дією (бездіяльністю), не поєднаною з ризиком, і особа, яка допустила ризик, обгрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам.

Ризик не визнається виправданим, якщо він завідомо створював загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи інших надзвичайних подій».

Отже, прийняття процесуального рішення на власний розсуд на підставі матеріалів ОРД залежить від внутрішнього переконання особи, що приймає таке рішення.

У теорії кримінального, процесу проблема формування внутрішнього переконання осіб, що ведуть кримінальний процес, як вже нами зазначалося, досліджувалася щодо судді[1] та слідчого[2]. При цьому зазначені дослідження ґрунтувалися на формуванні цього переконання лише на підставі сукупності доказів. Такий підхід, на нашу думку, цілком виправданий лише щодо рішень судді та суду, однак не може бути повністю застосований до особи, яка проводить дізнання, та слідчого. Аналіз норм чинного КПК та слідчої практики свідчить про те, що підстави для прийняття рішень у кримінальному процесі є неоднорідними. При прийнятті одних процесуальних рішень внутрішнє переконання цих осіб повинно ґрунтуватися лише на вірогідних знаннях, сформованих на підставі сукупності доказів, а для інших рішень закон допускає використання як вірогідних, так і ймовірних знань, сформульованих на підставі матеріалів ОРД чи сукупності доказів і матеріалів ОРД, оскільки на цих стадіях процесу при прийнятті певних процесуальних рішень отримання вірогідних знань об'єктивно неможливо, атому особи, що ведуть кримінальний процес, вимушені при прийнятті таких рішень задовольнятися підставами, сформульованими на ймовірних знаннях, у тому числі й отриманих із матеріалів ОРД, що відповідає вимогам чинного КПК України. У цьому контексті потребують певних уточнень положення про те, що внутрішнє переконання має відповідати лише таким вимогам: а) ґрунтуватися на доказах, зібраних у встановленому законом порядку; б) докази мають бути

Див.: *Грошевой Ю. М.* Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. — Харьков, 1975; *Він же.* Теоретические проблемы формирования убеждения судьи в советском судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Харьков, 1975; *Телятников В. И.* Убеждение судьи. — СПб., 2004; та ін.

Див.: *Грошевой Ю. М. К* вопросу о функциях внутреннего убеждения следователя // Актуальные проблемы доказывания в советском уголовном процессе. — М., 1981; *Смоков С. М.* Внутрішнє переконання слідчого і його роль при прийнятті процесуальних рішень: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2002; *Берназ В. Д., Смоков С. М.* Рішення слідчого (криміналістичний, процесуальний та психологічний аспекти).— Одеса, 2004; *Лук'янчиков Є. Д.* Інформаційне забезпечення розслідування злочинів: правові і тактико-криміналістичні аспекти: Автореф. дис. ... д-ра юрид наук — К 2005.— С. 28.

перевіреними; в) кожний доказ має бути розглянутий окремо та в сукупності з іншими доказами; г) процес формування внутрішнього переконання у доведеності шуканих фактів можна визначити лише як процес оцінки доказів .

Слід зазначити, що внутрішнє переконання особи, яка проводить дізнання, й слідчого при прийнятті ними певних рішень, наприклад таких, як порушення провадження у кримінальній справі (ст. 94 КПК), надання доручення слідчим чи прокурором підрозділу, що здійснює ОРД, про проведення перевірки заяви або повідомлення про злочин шляхом здійснення ОРЗ (ч. 5 ст. 97 КПК) може ґрунтуватися на ймовірних знаннях, отриманих із матеріалів ОРД; а таких, як виклик особи на допит як свідка (статті 68, 166 КПК) чи обшук (ст. 167 КПК) — як на ймовірних, так і на вірогідних знаннях, сформованих і на доказах, і на матеріалах ОРД, і на сукупності доказів та матеріалів ОРД.

З огляду на викладене заслуговує на підтримку позиція А. Р. Ратінова, який справедливо зазначає, що "внутрішнє переконання — це, по-перше, знання, по-друге, віра у правильність цього знання і, потретє, вольовий стимул, що спонукає до певних дій» .

Виходячи із загальних положень філософії, логіки, психології та права, цілком очевидно, що внутрішнє переконання осіб, які ведуть кримінальний процес, як результат пізнання ними об'єктивно існуючих фактів — події злочину та її слідів — містить як суб'єктивні, так і об'єктивні елементи.

Суб'єктивність внутрішнього переконання цих осіб полягає у тому, що воно належить конкретним особам, які приймають відповідне процесуальне рішення. У формуванні їх внутрішнього переконання беруть участь усі складові психіки цих осіб, їх інтереси, настанови, моральні цінності, соціальні симпатії та антипатії, рівень мислення, вольові риси, темперамент, властивості характеру тощо. У внутрішньому переконанні відбиваються їх індивідуальні психічні риси, які й надають їм певного емоційного забарвлення. Суб'єктивні елементи внутрішнього переконання зазначених осіб є одним із способів вираження об'єктивного змісту їх знання, що береться за основу при прийнятті ними відповідного процесуального рішення. Об'єктивність здобутих у кримінальній справі знань цими особами формується

[1] Див.: *Резник Г. М.* Внутреннее убеждение при оценке доказательств.— М, 1977.— С. 61.

[2] Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М., 1973. — С. 480.

у результаті їх пізнавальної діяльності, й тому їх внутрішнє переконання має лише відносно незалежний характер від особистісних настанов суб'єкта пізнання.

Зв'язок об'єктивного й суб'єктивного у внутрішньому переконанні осіб, що ведуть кримінальний процес, проявляється двояко. З одного боку, це перехід об'єктивного в суб'єктивне, оскільки внутрішнє переконання формується на об'єктивних знаннях, отриманих у визначений законом спосіб, а з другого— це перехід від суб'єктивного в об'єктивне, оскільки переконання опосередковує результат отриманих знань[1].

Отже, внутрішнє переконання осіб, що ведуть кримінальний процес, включає інтелектуальну, емоційну і вольову сферу й у своїй структурі має гносеологічні, психологічні та етичні елементи, що дає можливість досліджувати його відповідно у гносеологічному, психологічному та етичному аспектах[2].

На формування внутрішнього переконання зазначених осіб здійснюють певний вплив й результати кримінально-правової та кримінально-процесуальної оцінки матеріалів ОРД, які повинні бути відображені у відповідних процесуальних рішеннях при їх обґрунтуванні.

У гносеологічному аспекті матеріали ОРД, будучи включені до процесу пізнання у кримінальному судочинстві, або сприяють отриманню знань уповноваженими особами при прийнятті ними відповідних процесуальних рішень на підставі доказів, або є інформаційною основою тих рішень, що можуть бути прийняті на підставі самих цих матеріалів.

У психологічному аспекті матеріали ОРД впливають на формування внутрішнього переконання особи, яка веде кримінальний процес, що являє собою відповідний стан її свідомості як «цілісну характеристику психологічної діяльності... що відбиває своєрідність перебігу психічних процесів залежно від відображуваних предметів і явищ дійсності, попереднього стану і психічних властивостей»[3]. У внутрішньому

Докладно про це див.: *Грошевой Ю. М.* Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. — Харьков, 1975. — С. 12-14; *Берназ В. Д., Смоков С. М.* Рішення слідчого (криміналістичний, процесуальний та психологічний аспекти). — Одеса, 2004. — С 30-31.

[2] Уголовный процесе / Под ред. Н. С. Алексеева, В. 3. Лукашевича, П. С. Элькинд.— М., 1972.— С. 162; *Грошевой Ю. М.* Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. — Харьков, 1975. — С. 14—18.

[3] *Левитов Н. Д.* О психическом состоянии человека. — М., 1964. — С. 20.

переконанні осіб, що ведуть кримінальний процес, як цілісній характеристиці їх свідомості відбивається своєрідність її психічної будови, соціальні властивості й виражаються особливості діяльності в межах кримінального процесу, які визначають її предмет та умови. Як певний стан свідомості внутрішнє переконання особи, що приймає відповідне процесуальне рішення за матеріалами ОРД, характеризує результат її пізнання у кримінальному процесі з позицій її особистого ставлення до цих матеріалів ОРД як підстав для прийняття відповідних рішень. Суб'єктивна впевненість цих осіб у тому, що матеріали ОРД являють собою об'єктивно-істинне знання, налаштовує їх психологічно на використання останніх як інформаційної основи для прийняття відповідних рішень у кримінальному процесі.

В етичному аспекті матеріали ОРД як інформаційна основа прийняття рішень у кримінальному процесі і оцінюються з точки зору моральних орієнтирів допустимості їх використання у цій правовій сфері відповідно до закону та норм етики.

Зазначені аспекти у своїй єдності характеризують ступінь внутрішнього переконання уповноваженої особи, яка веде кримінальний процес, у доцільності й законності прийняття нею тих чи інших процесуальних рішень за матеріалами ОРД.

Для формування внутрішнього переконання осіб, що ведуть кримінальний процес, при використанні матеріалів ОРД для прийняття процесуальних рішень велике значення має також їх професійна правосвідомість як сукупність поглядів, що виражають їх ставлення до закону, їх знання норм кримінального, кримінально-процесуального законодавства, Закону України про ОРД, інших законодавчих та відомчих нормативних актів, їх уявлення про межі правомірності використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі. Професійна правосвідомість суттєво впливає на систему правових знань та оцінок осіб, що ведуть кримінальний процес, на їх настрій, почуття тощо, на вироблення ними категоричного висновку, що виключає будь-який сумнів стосовно доведеності фактичних обставин, які встановлюються відповідним процесуальним актом на підставі матеріалів ОРД.

Внутрішнє переконання осіб, що ведуть кримінальний процес, у можливості використання матеріалів ОРД для прийняття певних процесуальних рішень — це стан їх свідомості, сформований на підставі дослідження зазначених матеріалів, який дозволяє цим особам бути впевненими у правильності свого висновку при прийнятті таких рішень.

Особливістю будь-якого процесуального рішення є те, що відповідно до ст. 130 КПК воно повинно бути обґрунтованим. Дане положення в теорії кримінального процесу є загальновизнаним. Проте з приводу визначення поняття обґрунтованості кримінально-процесуальних рішень висловлюються різні думки. Так, одні автори пов'язують обґрунтованість зі специфікою підстав відповідного кримінально-процесуального акта'. Інші вчені розглядають обґрунтованість процесуальних рішень як тотожність істинності[2]. Існує думка, що обґрунтованість процесуальних рішень пов'язана з наявністю у справі достатніх доказів, що підтверджують правильність зроблених на їх підставі висновків . Обґрунтованість процесуальних рішень визначається також як підтвердження всіх висновків, що містяться в конкретному акті, посиланнями на відповідні норми права, сукупністю доказів і взаємопов'язаними з ними переконливими висновками[4].

З нашого погляду, висловлені точки зору на поняття обґрунтованості процесуальних рішень потребують певного уточнення. Так, пов'язування обґрунтованості процесуальних рішень зі специфікою підстав відповідного кримінально-процесуального акта вимагає, на нашу думку, їх розкриття, оскільки зміст таких підстав може бути різним.

Такими підставами залежно від виду процесуальних рішень можуть бути як процесуальні (судові) докази, визначені ст. 65 КПК України, чи їх сукупність, так і, наприклад, матеріали ОРД чи сукупність матеріалів ОРД і доказів.

У зв'язку із цим непереконливими є твердження авторів, які вважають, що обґрунтованість процесуальних рішень може бути досягнута

' Див.: *Карнеева Л. М.* Доказывание в советском уголовном процессе и основание процессуальных решений // Советское государство и право. — 1981. — № 10. — С. 86; *Муратова Н. Г.* Процессуальные акты органов предварительного расследования. — Казань, 1989. — С . 58.

[2] Див.: *Бажанов М. И.* Законность и обоснованность основных судебных актов в советском уголовном судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Харьков, 1967.— С. 9; *Смирнов А. В.* Достаточные фактические основания уголовно-процессуальных решений. Стадия возбуждения уголовного дела и предварительного расследования: Автореф. дис…. канд. юрид. наук. — Л., 1984. — С. 18.

[3] *Лупинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве, их виды, содержание и формы. — М, 1976. — С. 150; *Грошевой Ю. М.* Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. — Харьков, 1979. — С. 123; *Дубинский А. Я.* Исполнение процессуальных решений следователя: Правовые и организационные проблемы. — Киев, 1984. — С . 65.

[4] *Глинська Н. В.* Обгрунтування рішень у кримінальній справі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2004. — С. 12.

лише на підставі сукупності доказів, оскільки воно не відповідає вимогам як кримінально-процесуального закону, так і практиці. Прикладом цього є процесуальні рішення, що приймаються в стадії порушення провадження у кримінальній справі, наприклад, рішення про порушення провадження у кримінальній справі, де закон не вимагає його обґрунтування сукупністю доказів, визначених у ст. 65 КПК України, оскільки говорити про сукупність доказів як підстав для його прийняття на цій стадії передчасно. У цій стадії процесу рішення органом дізнання, слідчим або прокурором приймаються за наявності «достатніх даних» (ч. 2 ст. 94 КПК), які можуть міститися в матеріалах перевірки заяви, або повідомлення про злочин у порядку ст. 97 КПК, у тому числі й у матеріалах ОРД, отриманих у ході перевірки цієї заяви, або повідомлення шляхом проведення ОРД відповідно до ч. 5 ст. 97, чи наданих уповноваженій особі у визначеному порядку матеріалів ОРД.

У зв'язку із зазначеним не можна погодитися з Н. В. Глинською, яка відносить до засобів обґрунтування кримінально-процесуальних рішень лише докази, передбачені ст. 65 КПК України, що, на її думку, «утворюють у своїй єдності цілісну та стабільну структуру» , оскільки ныш п засобами обґрунтування для окремих процесуальних рішень, наприклад про порушення провадження у кримінальній справі чи проведения обшуку, можуть бути і матеріали ОРД, і інші дані, що не є доказами.

Прикладом цього може бути кримінальна справа за обвинуваченням М. та С за ст. 14, ч. 2 ст. 258 КК України. У цій справі на підставі матеріалів ОРД (перехоплення телефонної розмови обвинувачених засобом мобільного зв'язку) на дачі обвинуваченого М. був проведений обшук, у результаті якого виявлена вибухівка та годинниковий механізм, які передбачалося використати для підриву офісу громадської організації в центрі Одеси .

Не можна ставити знак рівності між обґрунтованістю й істинністю, оскільки за своїм змістом це різні філософські й правові категорії. Обґрунтованість це суб'єктивно-правова категорія, вона передбачена нормою права і залежить від розсуду та переконання конкретного суб'єкта, що оцінює відповідний правовий акт. Це такий стан

Глинська Н. В Обгрунтування рішень у кримінальній справі: Автореф. дис. ... канд.. юрид. наук. — Х., 2004. — С. 14.

[2] Кримінальна справа 1-32/03 за обвинуваченням М. та С. за статтями 14, 258 ч. 2 КК України // Архів Центрального районного суду м. Одеси.

правового акта, складеного у визначеній законом формі та порядку, зміст якого викладений з використанням визначених законом доводів, що переконують у правильності висновків, які в ньому містяться. Такими доводами для одних процесуальних рішень можуть бути лише докази чи їх сукупність, а для інших — й інші дані, в тому числі й ті, що отримані в ході ОРД.

Істинність процесуального рішення — це адекватність його об'єктивним обставинам, з приводу яких воно прийнято, відповідність нормам закону, на підставі яких воно прийнято, та досягнення мети, заради якої воно прийнято.

Обґрунтування рішення тісно пов'язане з його мотивуванням, під яким у філософії та кримінальному процесі розуміють сукупність мотивів, що обґрунтовують яке-небудь положення, викладене у процесуальному акті. У цьому аспекті П. А. Лупинська слушно зазначає, що, враховуючи особливості процесу пізнання в кримінальному судочинстві як процесу нарощення знань, переходу від імовірних, можливих знань до істинних, вірогідних, законодавець вимагає для одних рішень тільки опису обставин, які стали відомими, для інших — не лише опису фактів, а й їх пояснення, що виражається зокрема в розкритті значення фактів, у наведенні мотивів, що пояснюють, чому відкинуті одні й прийняті інші докази. Мотивування рішення, з її погляду, включає наведення в ньому встановлених фактів, гносеологічне значення яких полягає в тому, що вони є вихідним матеріалом для висновку[1].

Обґрунтування — більш широке поняття, яке, крім мотивування, містить й доведеність обставин, що обґрунтовуються, а отже, як вважає Н. В. Глинська, наявність у справі доказів, отриманих із передбачених у законі джерел. Останнє, на її думку, передбачає наведення у відповідному рішенні не лише джерел доказів, а й вказівки на місце їх перебування в конкретній кримінальній справі, посилання на них[2]. Така думка автора, на наш погляд, не відображає точний зміст обґрунтування рішень у кримінальній справі, оскільки, як вже зазначалося, не для всіх рішень у кримінальному процесі кримінально-процесуальний закон встановлює вимоги їх обґрунтування лише доказами. Окремі з них можуть обґрунтовуватися й матеріалами ОРД. Однак матеріали ОРД, на які посилається уповноважена особа при

Див.: *Путинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве, их виды, содержание и формы. — М., 1976. — С. 155.

Див.: *Глинська К В.* Обґрунтування рішень у кримінальній справі: Автореф. дис. ... канд.. юрид. наук. — Х., 2004. — С. 71.

прийнятті тих чи інших рішень, повинні перебувати в матеріалах кримінальної справи.

Прийняття рішення є процесом, що лежить в основі не лише кримінального судочинства, а й будь-якої іншої діяльності та забезпечує її ефективне функціонування[1]. В цьому процесі виділяють декілька етапів (стадій). Одні автори вважають, що процес прийняття рішення містить у собі два основних етапи, які властиві будь-якій галузі соціального управління. На першому етапі здійснюється отримання й оцінка інформації, що приводить до висновку про наявність чи відсутність певних умов і ознак, необхідних для прийняття рішення, і власне прийняття рішення про дію на підставі обробленої інформації. На другому етапі здійснюється зіставлення наявної інформація з умовами прийняття рішення й цілями, які повинні бути досягнуті, а також приймається власне саме рішення про те, як треба діяти .

Висловлюється думка, що процес прийняття рішення складається з семи етапів: визначення проблеми й встановлення значупдих фактів; обрання критеріїв рішення і формування цілей; формалізація процесу (об'єкта), побудова моделі; встановлення можливих варіантів; визначення функцій корисних варіантів; вибір найкращих варіантів; реалізація рішення[3].

Не вдаючись до докладного аналізу кожного з вказаних етапів, оскільки це виходить за межі нашого дослідження, зазначимо, що всі дослідники проблеми прийняття рішень у соціальній сфері справедливо вважають, що на першому етапі здійснюється отримання інформації, її переробка, аналіз, оцінка, а також робиться висновок про наявність чи відсутність певних умов та ознак, необхідних для прийняття відповідного рішення. Цей етап у всіх сферах соціальної діяльності, в тому числі й правовій, називають інформаційним. У кримінальному процесі його інформаційна природа проявляється в тому, що будь-яке процесуальне рішення уповноваженим суб'єктом може бути прийняте лише за наявності достатньої інформації (достатніх даних), яка визначена для

[1] Див.: *Афанасьев В. Г.* Научное управление обществом. — М., 1968. — С. 197-210; *Тихомиров Ю. А.* Управленческое решение. — М., 1972; *Яременко О. Л. Суец А. М.* Операционный менеджмент: Учебник для студентов эконом, спец. — Харьков, 2002. — С. 172-176; *Поликашин В. С.* Основы управления и принятия решений в военном деле: Учеб. пособие. — Ч. 1.: Военный менеджмент. — Харьков, 2003. — С. 156-203.

[2] Див.: *Афанасьев В. Г.* Вказана праця. — С. 197-210; *Лупинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве, их виды, содержание и формы.— М., 1976.— М., 1976. — С . 19.

[3] Див.: *Яременко О. Л., Суец А. М.* Вказана праця. — С. 172-176.

кожного з них відповідною нормою кримінально-процесуального закону. У кримінальному процесі цей етап полягає в тому, що на підставі результатів аналізу інформації (даних), яка отримується уповноваженими суб'єктами у спосіб та формі, визначені законом, у тому числі для окремих рішень і з матеріалів ОРД, встановлюється відповідність фактичних обставин справи певним нормам кримінального та кримінально-процесуального закону й, виходячи з кримінальної та кримінально-процесуальної оцінки такої інформації, а також слідчої ситуації у кримінальній справі, приймається рішення про необхідність постановления відповідного правового акта (процесуального рішення), спрямованого на досягнення певної мети кримінального судочинства.

Отже, прийняття процесуального рішення за матеріалами ОРД можна розглядати як процес, що полягає в його обґрунтуванні фактичними даними, отриманими за матеріалами ОРД, а також як юридичний факт, що породжує виникнення чи припинення відповідних правовідносин.

У кримінальному процесі основними є рішення про використання матеріалів ОРД як приводів та підстави для порушення провадження у кримінальній справі; як приводів та підстав для проведення слідчих дій та прийняття інших процесуальних рішень (про застосування заходів примусу та забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та їх близьких родичів; для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі.

Слід зазначити, що в ході розслідування кримінальної справи на підставі матеріалів ОРД як інформаційної основи для прийняття відповідних процесуальних рішень уповноваженою особою можуть прийматися також рішення про висування слідчих версій; про планування розслідування кримінальної справи; про підготовку та здійснення розшукових заходів; про визначення найбільш доцільних організаційно-тактичних прийомів проведення слідчих дій; про забезпечення безпеки працівників суду та правоохоронних органів; про нейтралізацію цілеспрямованої протидії розслідуванню злочинів тощо.

Виокремлення зазначених рішень дозволяє комплексно розглянути особливості використання матеріалів ОРД у специфічних оперативно-слідчих ситуаціях при розслідуванні злочинів «по гарячих слідах», у ході оперативного супроводу розслідування кримінальної справи та її судового розгляду й має не лише теоретичне, а й прикладне значення, оскільки дає можливість виробити практичні рекомендації

отримання матеріалів ОРД уповноваженими особами, що ведуть кримінальний процес, їх кримінальної та кримінально-процесуальної оцінки з урахуванням особливостей кожного з них та напрямків використання у кримінальному процесі. Перелік зазначених рішень не є вичерпним. Він може доповнюватися, деталізуватися в міру удосконалення науково-теоретичних уявлень про тенденції й закономірності вчинюваних та підготовлюваних злочинів і використання матеріалів ОРД у кримінальному судочинстві, розвитку правозастосовної діяльності органів кримінальної юстиції, а також удосконалення форм ОРД та кримінального процесу.

Отже, використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі це діяльність уповноважених суб'єктів кримінального процесу, що складається з чотирьох взаємозалежних практичних дій і логічних операцій: кримінально-правової, кримінально-процесуальної оцінки матеріалів ОРД і на їх основі встановлення відповідних даних, що є приводами та підставами для прийняття процесуальних рішень про порушення провадження у кримінальній справі; проведення слідчих дій з метою отримання доказів у кримінальній справі; застосування заходів примусу та забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, й обґрунтування цих рішень зазначеними даними.

Матеріали ОРД, що можуть використовуватися в кримінальному процесі як приводи та підстави для порушення кримінальної справи або проведення слідчих дій і прийняття інших процесуальних рішень, а також для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, мають відповідати таким загальним вимогам:

а) такі матеріали повинні бути отримані уповноваженими суб'єктами, визначеними в ст. 5 Закону про ОРД, у ході проведення ОРЗ, передбачених ст. 8. Закону про ОРД, із дотриманням встановленого Законом про ОРД та відомчими нормативними актами порядку;

б) зміст фактичних даних, закріплених у матеріалах ОРД, повинна становити інформація, що може бути підставами для прийняття процесуальних рішень у кримінальному процесі згідно з напрямками, передбаченими ст. 10 Закону про ОРД та чинним КПК України;

в) матеріали повинні бути належним чином оформлені із зазначенням дати, часу, місця складання та вчинення юридично значимих дій, відображених у документі; відбивати хід цих дій; містити дані про осіб, які його складали;

г) зафіксована в матеріалах ОРД інформація не повинна розкривати форм та методів ОРД, а також даних про осіб, які конфіденційно

співробітничають з підрозділами, що здійснюють ОРД, а мати відкриті джерела її походження;

д) матеріали мають бути залучені до кримінального процесу уповноваженою особою у спосіб та формі, визначені кримінально-процесуальним законом.

* * * * *

Матеріали ОРД, які використовуються в інтересах кримінального судочинства, — це матеріально фіксовані джерела, що виникають у процесі здійснення оперативно-розшукових заходів, які містять відомості (інформацію) про ознаки злочину, причетних до нього осіб, а також інші дані, що сприяють його розкриттю та можуть бути використані для прийняття рішень у кримінальному процесі.

Матеріали ОРД можуть бути отримані органами, що ведуть кримінальний процес, двома шляхами: а) через ініціативне направлення підрозділом, що здійснює ОРД, особам, які ведуть кримінальний процес; б) через витребування особами, що ведуть кримінальний процес, із оперативно-розшукових підрозділів.

Отримання матеріалів ОРД уповноваженою особою, що веде кримінальний процес, є юридичним фактом — приводом для прийняття відповідного процесуального чи організаційно-тактичного рішення у кримінальному процесі, яке може бути прийнято лише за наявності достатніх підстав у цих матеріалах, що формулюють внутрішнє переконання цієї особи в законності й доцільності його прийняття.

Використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі — це діяльність уповноважених суб'єктів кримінального процесу, що складається з чотирьох взаємозалежних практичних дій і логічних операцій: кримінально-правової, кримінально-процесуальної оцінки матеріалів ОРД і на їх основі встановлення відповідних даних, що є приводами та підставами для прийняття процесуальних рішень про порушення провадження у кримінальній справі; проведення слідчих дій з метою отримання доказів у кримінальній справі; застосування заходів примусу та забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, й обґрунтування цих рішень зазначеними даними.

РОЗДІЛ 5
ВИКОРИСТАННЯ МАТЕРІАЛІВ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЛЯ ПОРУШЕННЯ ПРОВАДЖЕННЯ У КРИМІНАЛЬНІЙ СПРАВІ

§ 1. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності як приводів для порушення провадження у кримінальній справі

Порушення провадження у кримінальні справі[1] для підрозділів, що здійснюють ОРД, — це не завершальний, проте один з головних підсумкових етапів їх діяльності, в ході якого здійснюється підготовка справи оперативно-розшукової розробки до її реалізації шляхом порушення провадження у кримінальній справі та створюються підстави для успішного її розслідування й судового розгляду.

З порушення провадження у кримінальній справі починається новий етап ОРД — оперативно-розшуковий супровід досудового розслідування кримінальної справи та її судового розгляду, який здійснюється з метою: здобування оперативної інформації для розкриття злочинів; виявлення й оперативного документування всіх епізодів злочинної діяльності особи чи групи осіб, стосовно яких порушено та розслідується кримінальна справа, а також всіх співучасників злочинної діяльності; встановлення осіб, які можуть бути свідками у кримінальній справі; легалізації матеріалів ОРД для використання їх як доказів у кримінальній справі; здійснення ОРЗ на виконання доручень слідчого, вказівок прокурора, ухвали суду у кримінальній справі; захисту осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів, якщо виникає реальна загроза їх життю, здоров'ю, житлу, майну, а також працівників суду і правоохоронних органів та їх близьких родичів у зв'язку зі службовою діяльністю цих працівників, для створення необхідних умов для належного відправлення правосуддя; встановлення оперативним шляхом місцезнаходження

[1] Винесення постанови про порушення провадження у кримінальній справі має двояке значення для кримінального процесу: з одного боку, цей акт означає завершення стадії порушення провадження у кримінальній справі, а з другого — початок стадії досудового розслідування кримінальної справи, яка починається з моменту прийняття кримінальної справи органом досудового розслідування до свого провадження.

майна, цінностей, коштів, здобутих злочинним шляхом, а також іншого майна, цінностей та коштів, що належать особам, які притягуються до кримінальної відповідальності, з метою забезпечення можливої конфіскації для відшкодування завданих збитків; оперативного контролю за місцезнаходженням підозрюваних та обвинувачених за кримінальною справою; запобігання можливому негативному впливу зв'язків об'єктів оперативно-розшукової справи на хід розслідування кримінальної справи; вжиття заходів щодо усунення причин і умов, які сприяли вчиненню злочинних дій об'єктами справи.

В органів досудового слідства з винесенням цього процесуального акта з'являється можливість використання всього арсеналу як кримінально-процесуальних, так і оперативно-розшукових засобів, що можуть бути задіяні у ході досудового слідства для швидкого й повного розкриття злочинів, викриття винних та забезпечення правильного застосування закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до кримінальної відповідальності, і жоден невинний не був покараний.

Саме матеріали ОРД, якщо вони є доброякісними, дають можливість уповноваженим особам прийняти своєчасне й обґрунтоване рішення про порушення провадження у кримінальній справі, оскільки несвоєчасна їх реакція на злочинні посягання, як переконливо доводить О. Р. Михайленко, з одного боку, як правило, призводить до приховання злочинів, до втрати доказів, без яких ускладнюється або стає неможливим встановлення істини у справі, а також до несвоєчасного вжиття заходів з розшуку осіб, що вчинили злочин, та продовження ними злочинної діяльності, а з другого боку, необгрунтоване порушення провадження у кримінальній справі є грубим порушенням закону, оскільки в цьому випадку безпідставно ставляться під сумнів честь і гідність людей, невиправдано обмежуються права і свободи громадян, а окремі з них необгрунтовано відриваються від корисної праці .

Про значення матеріалів ОРД для порушення провадження у кримінальній справі свідчить стійка тенденція до зростання кримінальних справ, провадження в яких порушено органами дізнання та слідства СБ України і органами дізнання та слідства внутрішніх справ за матеріалами ОРД, про що свідчить аналіз оперативно-розшукової та судово-слідчої практики.

[1] *Михайленко А. Р.* Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе / Под ред. проф. А. Л. Цыпкина. — Саратов, 1975. — С. 8.

Так, наприклад, якщо у 1994 р. органами дізнання й слідства СБУ за матеріалами ОРД порушено 52 % проваджень у кримінальних справах від їх загальної кількості, то у 2000—2006 роках їх кількість у середньому становила 92,3 %. Із них у 2000 р. — 93,4%; у 2001 р. — 90,7 %; у 2002 р. — 95 %; у 2003 р. — 87,6 %; у 2004 р. —- 90,8 %; у 2005 р. — 92,4 %; у 2006 р. — 92,8 %'.

Динаміка кількості справ, направлених до судів з обвинувальними висновками, мала також тенденцію до зростання. Так, наприклад, якщо слідчими підрозділами СБ України у 2001 р. з числа порушених за матеріалами ОРД за цей рік справ направлено до суду 172 справи (33 %), у 2002 р. — 240 справ (49,8 %), то у 2003 р. до суду направлено 284 справи (51 %) й 1 справу для застосування примусових заходів медичного характеру. Окрім того, в 2004 р. до суду направлено 65 справ щодо 68 осіб, порушених у 2003 р. Найбільшу кількість справ за матеріалами ОРД порушено за цей період в Управліннях СБ України в Харківській (202, з яких до суду направлено 124 справи), Львівській (150, з яких до суду направлено 70 справ), Дніпропетровській (146, з яких до суду направлено 51 справу), Донецькій (111, з яких до суду направлено 46 справ), Закарпатській (107, з яких до суду направлено 59 справ) областях.

Разом із цим аналіз порушених проваджень у кримінальних справах за матеріалами ОРД дає підстави для висновку, що, незважаючи на позитивні тенденції в цьому напряму роботи, мають місце й суттєві недоліки в діяльності як оперативно-розшукових, так і слідчих підрозділів, що призводять до необгрунтованого порушення провадження у кримінальних справах за матеріалами ОРД, необгрунтованого притягнення осіб до кримінальної відповідальності. У зв'язку із цим значна кількість кримінальних справ цієї категорії закривається за реабілітуючими підставами, зупиняється за невстановленням осіб, які вчинили злочини, чи у зв'язку з розшуком обвинувачених, які ухиляються від слідства, а в окремих випадках суди постановляють виправдувальні вироки.

' При аналізі статистичних даних порушення провадження у кримінальних справах органами СБ України слід враховувати, що у зв'язку з прийняттям 5 квітня 2001 р. нового Кримінального кодексу України (Кримінальний кодекс України від 05.04.2001р. №2341-111// ОВУ. — 2001.— №21.— Ст. 920) Законом України №2670-111 від 12.07.2001 р. була змінена підслідність слідчих СБ України (Закон України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» від 12.07.2001 р. № 2670-Ш // ВВР. — 2001. — № 44. — Ст. 234).

Порівняльний аналіз кримінальних справ, порушених провадженням за 2001-2003 роки за матеріалами ОРД слідчими (1914 справ) і оперативними підрозділами як органами дізнання (2623 справи), свідчить про те, що кількість справ, направлених слідчими до судів, з числа порушених ними становить лише 37 % (700 справ), а кількість справ, направлених до судів, з усіх порушених оперативними підрозділами становить лише близько 4,4 % (114 справ). При цьому кількість зупинених справ з числа порушених слідчими становить 5,9 % (112 справ), а з порушених оперативними підрозділами — 1 % (29 справ). Кількість закритих справ, провадження у яких порушені оперативними підрозділами за матеріалами ОРД, становить 2 % (53 справи), а слідчими — 7,2% (138 справ).

Лише в 2003 р. у регіональних органах СБ України закрито за реабілітуючими підставами впроваджень у кримінальних справах, які порушено за матеріалами ОРД, з них по 3 справи в Управлінні СБ України в Дніпропетровській (№ 78, 191 і 298) і Харківській (№ Ю15, 1020 і 1021) областях, 2 — в Управлінні СБ України у Львівській області (№ 1021 і 1034), по одній справі— в Управлінні СБ України у Волинській (№1082), Управлінні СБ України у Тернопільській (№ 148), Управлінні СБ України у Луганській (№ 776) і Управлінні СБ України у Одеській (№ 42/2202) областях.

Аналіз статистичних даних свідчить про те, що кількість зупинених справ у відсотках від числа порушених слідчими і оперативними підрозділами є майже однаковою — 7,40 % від порушених слідчими та 7,43 % від порушених оперативними підрозділами. Водночас справ, що порушені провадженнями оперативними підрозділами, закривається значно більше, ніж тих, які порушені слідчими, відповідно — 13,6%і9%.

Звертає на себе увагу наявність досить високого відсотка кримінальних справ, провадження яких порушено за матеріалами ОРД, які слідчими підрозділами після проведення необхідних слідчих дій направлено за підслідністю до інших правоохоронних органів. Всього слідчими підрозділами СБ України за цей період направлено в установленому порядку до інших органів 14,7 % справ і 14,6 % справ, провадження яких порушено оперативними підрозділами як органами дізнання. Це дозволяє зробити висновок про непоодинокі порушення органами досудового розслідування СБ України норм КПК України про підслідність та тих, що визначають повноваження суб'єктів кримінального процесу, оскільки такі провадження в окремих випадках

порушувалися неналежним суб'єктом, враховуючи, що п. 2 ст. 101 КПК України визначає органи безпеки як органи дізнання лише у справах, віднесених до їх відання.

Окрім того, протягом 2001-2003 рр. у справах, провадження яких порушено за матеріалами ОРД, незаконно притягнуто до відповідальності 18 осіб, кримінальне переслідування щодо яких здійснювалось слідчими органами Управлінь СБ України у м. Києві (4 особи), Луганській і Чернівецькій (по 3 особи), Волинській, Донецькій, Закарпатській, Полтавській, Рівненській, Херсонській областях, м. Севастополі та Слідчим управлінням (по 1 особі), зокрема, щодо зазначених осіб кримінальні справи порушувались: слідчими підрозділами за матеріалами оперативно-розшукової діяльності в УСБ України у м. Києві (справа № 538 щодо 3 осіб) та м. Севастополі (справа № 147 щодо 1 особи), Волинській (справа № 1077 щодо 1 особи), Донецькій (справа № 817 щодо 1 особи), Закарпатській (справа № 97 щодо 1 особи), Луганській (справи № 738 щодо 1 особи і № 739 щодо 1 особи), Полтавській (справа № 46 щодо 1 особи), Рівненській (справа № 240 щодо 1 особи), Чернівецькій (справи № 1069 щодо 1 особи і № 1094 щодо 2 осіб) областях; оперативними підрозділами СБ України як органами дізнання в УСБ України в Луганській (справа № 752 щодо 1 особи), Херсонській (справа № 238 щодо 1 особи) областях, м. Києві (№ 953 щодо 1 особи), Головним Управлінням «К» СБ України (справа № 117 щодо 1 особи).

У справах № 1020 за обвинуваченням Н. (ст. 80^3, ч. 1 ст. 172' КК у ред. 1960 р.), №288 за обвинуваченням Г. і Г. (ст. 201, ч. 5 ст. 27 і ч. 2 ст. 212 КК), № 274 за обвинуваченням НІ, П., Т. (ч. 2 ст. 190, ч. 2 ст. 358, ст. 70 КК України в ред. 1960 р.), порушених за матеріалами ОРД органами досудового розслідування Управління СБ України в Закарпатській області у 2003-2004 роках, постановлені виправдувальні вироки.

Матеріали оперативно-розшукових і кримінальних справ, статистичних та аналітичних документів СБ України та МВС України дають можливість виявити типові недоліки в діяльності оперативно-розшукових та слідчих підрозділів цих відомств, що обумовлені організаційними і правовими чинниками, які призводять до необгрунтованого порушення провадження у кримінальних справах за матеріалами ОРД та незаконно обмежують права і свободи людини. Основними із них є такі: низька якість оперативно-розшукового документування, в ході якого нерідко досліджуються не конкретні обставини протиправної

діяльності окремих осіб та груп, що становлять предмет доказування у кримінальній справі (ст. 64 КПК України), а, наприклад, у цілому фінансово-господарська діяльність установ, підприємств і організацій, в яких ці особи працюють, що призводить до порушення провадження у кримінальних справах за фактами вчинення злочинів, а в ході досудового провадження— нерідко до втрати можливості встановлення конкретних осіб, причетних до їх вчинення; в ході оперативно-розшукового документування оперативними працівниками не в достатній мірі приділяється увага створенню умов для легалізації здобутої оперативно-розшукової інформації; в окремих випадках перевага необґрунтовано надається засобам гласного оперативно-розшукового документування, що дає можливість запідозреним особам заздалегідь виявити інтерес до себе правоохоронних органів і створити відповідні засоби протидії; в матеріалах оперативно-розшукових справ нерідко замість належним чином закріпленої інформації, що має доказове значення й може бути використана для порушення кримінальної справи, проведення слідчих дій, отримання доказів та прийняття інших процесуальних рішень, містяться меморандуми щодо можливого вчинення злочинів особами, у той час коли самі носії інформації в установленому відомчими нормативними актами порядку знищуються; нерідко документи, що містяться в матеріалах ОРД, отримуються оперативним шляхом з порушенням закону чи в інший спосіб, що не дає можливості подальшої їх легалізації; в окремих випадках місце знаходження документів, що отримуються в ході ОРД, не встановлюється й не вживаються заходи щодо їх збереження; не виконуються вимоги кримінально-процесуального законодавства та відомчих нормативних актів СБ України та МВС України щодо обов'язку органів досудового слідства і оперативних підрозділів здійснювати тісну взаємодію на стадії прийняття рішення про порушення провадження у кримінальних справах на підставі матеріалів ОРД; відсутній належний і постійний контроль з боку окремих керівників оперативних підрозділів за якістю оперативно-розшукового документування протиправних кримінальних діянь окремих осіб та груп, підготовки матеріалів ОРД до їх реалізації шляхом порушення провадження у кримінальних справах та забезпечення належної їх правової оцінки; недостатнім є знання оперативними працівниками підрозділів, уповноважених на проведення ОРЗ, що спрямовані на пошук і фіксацію фактичних даних про протиправні кримінальні діяння окремих осіб та груп, положень кримінального та кримінально-процесуального законодавства, які визначають коло обставин, що можуть бути використані для порушення провадження

у кримінальній справі, проведення слідчих дій та тих, що підлягають доказуванню у кримінальній справі, вказують на джерела доказів і регламентують порядок їх фіксації в інтересах кримінального судочинства; неналежною є правова оцінка слідчими матеріалів ОРД, які використовуються як приводи та підстави для порушення провадження у кримінальній справі та прийняття інших рішень у кримінальній справі; недосконалість правового регулювання питань порушення провадження у кримінальних справах за матеріалами ОРД.

Зазначені та інші недоліки в правовому регулюванні та у правозастосовній діяльності порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД призводять до порушень чинного законодавства й незаконного обмеження прав та свобод людини, що актуалізує подальшу розробку зазначеної проблеми.

Звертає на себе увагу неузгодженість відповідних норм Закону про ОРД та кримінально-процесуального законодавства України. Так, у п. 1 ст. 10 Закону про ОРД зазначається, що матеріали ОРД використовуються як приводи та підстави до порушення кримінальної справи, проте в ч. 1 ст. 94 КПК України вказано, що приводами до порушення провадження у кримінальній справі є: 1) заяви або повідомлення підприємств, установ, організацій, посадових осіб, представників влади, громадськості або окремих громадян; 2) повідомлення представників влади, громадськості або окремих громадян, які затримали підозрювану особу на місці вчинення злочину або з поличним; 3) явка з повинною; 4) повідомлення, опубліковані в пресі; 5) безпосереднє виявлення органом дізнання, слідчим, прокурором або судом ознак злочину. Перелік цих приводів у КПК є вичерпним і матеріали ОРД серед них не вказуються. У зв'язку з цією колізією норм зазначених законодавчих актів у практичній діяльності закономірно постають питання, як, за яким приводом, визначеним КПК, і хто з суб'єктів кримінального процесу може порушити провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД.

Вирішення вказаних питань ускладнюється тим, що до цього часу в теорії кримінального процесу й ОРД немає єдності думок не лише щодо використання матеріалів ОРД як приводів до порушення провадження у кримінальній справі, а й щодо визначення самого поняття приводу до порушення провадження у кримінальній справі та його правової природи, що негативно впливає на правозастосовну практику: призводить до незаконного кримінального переслідування, зниження ефективності боротьби зі злочинністю та безпідставного обмеження прав людини.

Попри те, що семантика слова «привід» — це «підстава (справжня або вигадана), причина яких-небудь дій, вчинків»[1], а у філософії «привід» визначається як «подія, обставина, що дає спонукальний поштовх для настання інших обставин»[2], у процесуальних наукових джерелах привід для порушення провадження у кримінальній справі трактується по-різному. Привід визначається як передбачене законом джерело, з якого орган дізнання, слідчий і прокурор одержують відомості (інформацію) про вчинений злочин чи злочин, що готується, і яке зобов'язує їх розглянути питання про необхідність порушення провадження у кримінальній справі[3]. При цьому окремі науковці уточнюють, що це джерело початкових відомостей про ознаки вчинення (чи підготовки до вчинення) злочину, що надійшли до органу дізнання, слідчого, прокурора, суду й судді[4], або повідомлення про злочин, що отримане з передбаченого законом джерела[5], або джерела первісних відомостей про злочин, які породжують кримінально-процесуальні правовідносини та зобов'язують правоохоронні органи здійснити перевірку інформації, що в них міститься, по суті[6].

Вважаючи приводом до порушення провадження у кримінальній справі передбачене законом джерело інформації, Ю. Ф. Карасьов висловив думку, що, «оскільки та чи інша подія, яка розцінюється законом як злочин, повинна потрапити в поле зору органів, уповноважених

[1] Великий тлумачний словник сучасної української мови / Упоряд. і голов, ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь:, 2001. — С. 926.

[2] Философский словарь / Под ред. И. Т. Фролова. — М., 1981. — С. 284.

[3] Советский уголовный процесс (Общая часть. Дознание и предварительное следствие): Учебник для высших учебных заведений КГБ / Под ред. Н. Ф. Чистякова, В. Я. Дорохова. — М., 1973. — С. 254; *Зажицкий В. И.* Некоторые актуальные вопросы возбуждения уголовного дела// Труды ВКШ КГБ. — 1984. — № 31. — С. 223; *Зеленецкий В. С.* Возбуждение уголовного дела. — Харьков, 1998. — С. 52-53; Кримінальний процес України: Підруч. для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю. М. Грошевий, Т. М. Мірошниченко, Ю. В. Хоматов та ін.; За ред. Ю. М. Грошевого та В. М. Хотенця. — Х., 2000. — С 187; Уголовный процесе: Учебник для вузов / Под общ. ред. А. С. Кобликова. — М., 2000. — С. 129-130; *Рыжаков А. П.* Возбуждение и отказ в возбуждении уголовного дела. — М., 2001. — С. 9; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П. А. Лупинская. — М., 2004. — С. 353; таін.

[4] Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / Под общ. ред. В. М. Лебедева. — М., 1997. — С. 209.

[5] Комментарий к уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. А. В. Смирнова — СПб., 2003. — С. 366.

[6] *Тертишник В. М.* Кримінально-процесуальнє право України: Підруч. — К., 2003. — С . 392.

порушити кримінальну справу, відповідним шляхом та способом, більш правильно було б ці джерела називати способами отримання відомостей про ту подію, з приводу якої вирішується питання про порушення провадження у. кримінальній справі» .

Певною мірою з науковцями, які визначають привід для порушення провадження у кримінальній справі як джерело інформації, можна погодитися, оскільки і заява, і повідомлення про злочин справді мають інформаційний характер, містять певні дані про факти. Не викликає заперечень і те, що джерело за певних умов можна визнати способом отримання інформації, тобто отримання її за допомогою визначеного законом джерела. Разом із цим інформаційна сторона приводу для порушення провадження у кримінальній справі, в тому числі й визнання джерела способом отримання інформації, не відбиває його сутності, оскільки при цьому невиправдано упускаються інші суттєві ознаки цього правового явища, такі, наприклад, як його діяльнісна сторона, процесуальна форма, визначення його як юридичного факту, що породжує кримінально-процесуальні правовідносини.

На діяльнісний аспект приводу одним із перших у теорії кримінального процесу справедливо звернув увагу О. Р. Михайленко. Враховуючи, що кожний із визначених у ч. 1 ст. 94 КПК України приводів для порушення провадження у кримінальній справі є певною дією відповідних осіб, вчений переконливо довів, що привід для порушення провадження у кримінальній справі є «важливою умовою, передумовою, спонукальною засадою кримінально-процесуальної діяльності компетентних органів з вирішення питання про порушення справи й можливості проведення розслідування»[2]. Приводи до порушення провадження кримінальної справи, як слушно зауважує О. Р. Михайленко, завжди є результатом дій громадян, громадських організацій, підприємств, установ, державних організацій чи посадових осіб або власної діяльності органів дізнання, слідчого, прокурора й суду, що привела їх до безпосереднього виявлення ознак злочину. Поза такими діями, на його переконання, не може виникнути привід до порушення провадження у кримінальній справі[3]. У подальшому, розвиваючи цю думку, науковець визначив привід до порушення

' *Карасев Ю. Ф.* Возбуждение уголовного дела в органах КГБ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1970. — С. 6.

[2] *Михайленко А. Р.* Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе / Под ред. проф. А. Л. Цыпкина. — Саратов, 1975. — С. 27.

Там само. — С. 26-27.

провадження у кримінальній справі як обставину, «що обумовлює початок кримінально-процесуальної діяльності, що передує досудовому слідству», як «акт поведінки юридичних або фізичних осіб, який полягає в повідомленні про вчинені злочини або про злочини, що готуються, викладений письмово або усно в офіційній формі і доведений до відома зазначених органів з метою прийняття рішення по суті»[1]. На інформаційну і діяльнісну сторони приводу вказують й інші вчені[2]. Проте поза увагою цих вчених залишилися такі суттєві його ознаки, як процесуальна форма та характеристика його як юридичного факту, що породжує відповідні правові відносини. З огляду на це визначене зазначеними авторами поняття приводу для порушення провадження у кримінальній справі, на наш погляд, не відображає його сутності.

У теорії кримінального процесу окремі вчені, вказуючи на інформаційний та діяльнісний аспекти приводу, переконливо доводять, що він являє собою також і юридичний факт . Вперше на цю ознаку приводу для порушення провадження у кримінальній справі вказали М. В. Жогін та Ф. Н. Фаткуллін. Вони писали: «Спонукальна сторона приводу, що показує передумову виникнення діяльності з порушення кримінальної справи, затемнюється. У результаті цього питання про те, чому ця діяльність розпочалася, чим вона обумовлена, залишається невирішеним. Тим часом при з'ясуванні суті приводу найважливішим є його спонукальна сторона, що дає відповідь на дане питання. А з цього боку привід є умовою, за наявності якої закон уповноважує вчинити дії і вступити у відносини, що утворюють у своїй єдності діяльність з порушення кримінальної справи. Привід виступає як правова

[1] Кримінально-процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. В. Т. Маляренка, В. Г. Гончаренка. — К., 2003. — С. 261.

[2] Див.: *Кузнецов Н. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. — Воронеж, 1983. — С. 31; *Корнуков В. М., Дубравный В. А., Манова Н. С.* Обеспечение прав личности в стадии возбуждения уголовного дела // Вестник Саратовской государственной академии права. — 1995. — № 2. — С. 45.

[3] Див.: *Жогин Н. В. Фаткуллин Ф. Н.* Возбуждение уголовного дела. — М., 1961.— С. 89-94; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / Отв. ред. В. И. Радченко; Под ред. В. Т. Томина. — М, 1999. — С. 203; *Колодяжный В. А.* Возбуждение уголовного дела: проблемы теории и практики: Монография. — Луганск, 1999. — С . 51-52

Докладно про поняття юридичного факту та його значення для правовідносин див.: *Исаков В. Б.* Юридические факты в советском праве. — М., 1984; Теория государства и права: Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред, В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М., 1997. — С. 352-354.

передумова, а ці процесуальні дії і відносини — як її результат» . На підставі зазначеного положення науковці дійшли обґрунтованого висновку, що «привід для порушення кримінальної справи повинен розцінюватися в першу чергу як юридичний факт, що породжує зазначені в законі права й обов'язки, правові відносини, що складаються з них» .

При цьому М. В. Жогін і Ф. Н. Фаткуллін, на наш погляд, не розкрили сутності приводу для порушення провадження у кримінальній справі з його гносеологічного боку і не показали єдність його юридичної та гносеологічної сторін, зазначивши лише цілком вірно, що «всякі юридичні факти — це не джерела будь-яких відомостей, а відповідна дія (бездіяльність), або пригода... Джерелами відомостей фактичних даних є ті документи, в яких такі дії фіксуються. Це — заяви або повідомлення, протокол усної заяви тощо» . Саме ця обставина, на нашу думку, не дала науковцям можливості розкрити всебічно такий привід для порушення провадження у кримінальній справі, як безпосереднє виявлення ознак злочину.

При цьому слід звернути увагу на те, що визначення приводу для порушення провадження у кримінальній справі як юридичного факту зустрічає певні заперечення окремих правознавців. Так, піддаючи критиці визнання приводу юридичним фактом, О. Р. Михайленко пише: «Юридичним фактом може бути діяння (діяльність або бездіяльність), подія або стан. Про привід же до порушення провадження у кримінальній справі можна говорити лише як про відповідну діяльність. Отже, поняття юридичного факту ширше за поняття приводу» .

На користь своєї позиції автор наводить такий аргумент: «Якщо ж привід вважати юридичним фактом, то, наприклад, діяльність слідчого з безпосереднього виявлення ознак злочину слід також визнати юридичним фактом. У такому разі виходить, що при виявленні ознак злочину орган дізнання, слідчий, прокурор, суддя чи суд вступають у правовідносини кожен сам з собою, оскільки будь-який юридичний факт породжує виникнення правовідносин, а в даному випадку справа

Жогин Н. В. Фаткуллин Ф. Н. Возбуждение уголовного дела. — М., 1961. — М., 1961. — С . 9 1 .

[2] Там само. — С 92.

[3] Там само. — С. 89-94; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / Отв. ред. В. И. Радченко; Под ред. В. Т. Томина. — М., 1999. — С. 92.

Михайленко А. Р. Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе / Под ред. проф. А. Л. Цыпкина. — Саратов, 1975. — С. 23.

може бути порушена без правовідносин із заявником. Такий стан не відповідає сутності виникаючих у стадії провадження у кримінальній справі процесуальних відносин, а обов'язки й права осіб з порушення кримінальної справи ставляться в залежність від елементів правовідносин»'.

На необґрунтованість визначення приводу до провадження у кримінальній справі як юридичного факту вказують й інші науковці, проте при цьому дещо інакше аргументують свою позицію. Так, визнаючи в цілому, що привід для порушення провадження у кримінальній справі є юридичним фактом, В. М. Григор'єв разом з цим вважає, що визначення приводу до провадження у кримінальній справі як юридичного факту «не є цілком досконалим». Вчений аргументує свою точку зору тим, що така категорія, як «юридичний факт», є недосконалою, тому що, по-перше, будь-який факт, будучи юридичним, має властивість породжувати, змінювати чи припиняти правовідносини, тому, говорячи про юридичний факт і стверджуючи, що він породжує правовідносини, автори допускають тавтологію; по-друге, поняття юридичного факту й приводу до порушення провадження у кримінальній справі мають власний зміст. Більш правильно, з його погляду, вважати, що «приводом до порушення кримінальної справи є не абстрактні юридичні факти, а конкретні явища об'єктивної дійсності, перелічені в законі. Крім того, у визначенні необхідно передбачити, що привід породжує обов'язок вирішити питання про порушення кримінальної справи, а не діяльність з порушення кримінальної справи, тому що остання — це засіб виконання зазначеного обов'язку». З урахуванням висловлених зауважень В. М. Григор'єв визначає як привід до порушення провадження у кримінальній справі таке явище об'єктивної дійсності, з яким закон пов'язує виникнення в правоохоронних органів обов'язку вирішити питання про порушення кримінальної справи, тобто прийняти одне з таких рішень: 1) порушити кримінальну справу; 2) відмовити в її порушенні; 3) передати заяви, повідомлення чи інші матеріали, що вказують на вчинення злочину, за підслідністю[2].

У літературі зазначається також, що трактування приводів як юридичних фактів застосовне лише до окремих приводів[3]. На підтвердження

[1] *Михайленко А. Р.* Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе / Под ред. проф. А. Л. Цыпкина. — Саратов, 1975. — С. 23-24.

[2] *Григорьев В. Н.* Обнаружение признаков преступления органами внутренних дел. — Ташкент, 1986.— С. 17-18.

[3] Див.: *Корнуков В. М„ Лазарев В. А., Холоденко В. Д.* Возбуждение уголовного дела в системе уголовно-процессуальной деятельности. — Саратов, 2002. — С. 46.

цієї позиції наводиться, на наш погляд, непереконливий аргумент, що поняття приводу як джерела первинної інформації про злочин, який має значення юридичного факту, що породжує кримінально-процесуальні правовідносини, є правильним лише щодо заяв, повідомлень (п. 1 ч. 1 ст. 94 КПК) і явки з повинною (п. 3 ч. 1 ст. 94 КПК). Що ж стосується таких приводів, як повідомлення, опубліковані в пресі (п. 4 ч. 1 ст. 94 КПК), та безпосереднє виявлення органом дізнання, слідчим, прокурором або судом ознак злочину (п. 5 ч. 1 ст. 94 КПК), то вони під це визначення не підпадають. І як приклад вказується, що поява у пресі повідомлення (статті, замітки, листа) про будь-який злочин не призводить до виникнення кримінально-процесуальних правовідносин між автором публікації під псевдонімом і уповноваженим на провадження у кримінальній справі суб'єктом, що ознайомився зі змістом відповідної публікації .

Поділяючи цю позицію, окремі автори необгрунтовано вказують на те, що, наприклад, «безпосереднє виявлення ознак злочину (п. 5 ч. 1 ст. 94 КПК), хоча й породжує відповідний обов'язок в уповноваженої посадової особи порушити кримінальну справу (ст. 4 КПК України), однак цей обов'язок лежить за межами конкретних правовідносин»[2].

Аналіз висловлених точок зору на поняття приводу для порушення провадження у кримінальній справі, закріплення їх переліку в кримінально-процесуальному законодавстві України й тих країн, де існує інститут порушення провадження у кримінальній справі, дає підстави для висновку, що в основі розбіжностей точок зору щодо поняття приводу є різні погляди вчених на його гносеологічну та правову природу, а також на сутність правових відносин у кримінальному процесі.

Проаналізувавши викладені у процесуальній літературі точки зору на визначення поняття та зміст приводу для порушення провадження у кримінальній справі, а також зміст приводів, встановлених ч. 1 ст. 94 КПК, з урахуванням їх генезису та гносеологічної і правової природи, вважаємо за доцільне виокремити ті його ознаки, яким повинен відповідати привід, для правильного визначення того приводу, через який можна використати матеріали ОРД для порушення провадження у кримінальній справі.

[1] Див.: *Корнуков В. М., Лазарев В. А., Холоденко В. Д.* Возбуждение уголовного дела в системе уголовно-процессуальной деятельности. — Саратов, 2002. — С. 44.

[2] *Лазарев В. А.* Возбуждение уголовного дела как акт правового реагирования на преступные посягательства: Дис.... канд. юрид. наук. — Саратов, 2001. — С. 61.

Такими ознаками приводу, на нашу думку, є: а) він повинен бути актом вольової дії особи, що містить дані про ознаки злочину, адресованим уповноваженим органам, чи вольовим актом уповноваженого органу, спрямованим на виявлення ознак злочину в ході реалізації ним своїх функцій; б) передбачатися кримінально-процесуальним законом; в) містити достатні дані, що вказують на ознаки злочину); г) мати визначену законом процесуальну форму; д) являти юридичний факт, що породжує кримінально-процесуальні правовідносини; є) бути початком кримінально-процесуальної діяльності.

Зазначені ознаки дають підстави визначити привід для порушення провадження у кримінальній справі як передбачений кримінально-процесуальним законом акт вольової дії особи, адресований уповноваженим органам, чи вольовий акт уповноваженого органу, спрямований на реалізацію ним своїх повноважень, що є юридичним фактм, у результаті якого цей орган отримує достатні дані, які вказують на ознаки злочину, що є підставами для формування у нього внутрішні.и го переконання про необхідність порушення провадження у кримінальній справі, яке породжує відповідні правовідносини.

Виходячи з цього визначення, привід, за яким порушується провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД, визначається нами як передбачений кримінально-процесуальним законом акт вольової дії підрозділів, що здійснюють ОРД, адресований органам досудового розслідування, у результаті якого останні отримують матеріали ОРД, чи вольовий акт органу дізнання, спрямований на реалізацію останнім своїх оперативно-розшукових функцій (безпосереднє виявлення ознак злочину), які є юридичними фактами, в результаті яких ці органи отримують достатні дані, що вказують на ознаки злочину, які є підставами для формування у них внутрішнього переконання про необхідність порушення провадження у кримінальній справі, що породжує відповідні правовідносини.

Отже, привід до порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД має правове значення лише в єдності з підставами, які містяться у цих матеріалах.

Слід зазначити, що факт порушення провадження у кримінальній справі породжує не лише кримінально-процесуальні правовідносини між різними суб'єктами кримінального процесу, а й інші правовідносини, наприклад, оперативно-розшукові між різними суб'єктами ОРД, оскільки після порушення провадження у кримінальній справі за певними категоріями злочинів заводиться оперативно-розшукова справа супроводу кримінального судочинства.

Не вдаючись до докладного аналізу кожного з приводів[1], передбачених у ч. 1 ст. 94 КПК України, оскільки це питання є предметом окремого дослідження, зупинимося лише на тих із них, через які, на наш погляд, можуть бути використані матеріали ОРД.

З огляду на те, що чинний КПК України не містить спеціальної норми права, в якій би конкретно указувалося, через який привід можуть бути реалізовані матеріали ОРД шляхом порушення провадження у кримінальній справі, в теорії кримінального процесу з цього питання висловлені такі основні точки зору: 1) матеріали ОРД можуть бути використані для порушення провадження у кримінальній справі через такий привід, як повідомлення про злочин установ чи посадових осіб[2] (п. 1 ч. 1 ст. 94 КПК України— *М.П.);* 2) приводом для порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД є безпосереднє виявлення ознак злочину органом дізнання в результаті його ОРД та слідчим при ознайомленні з матеріалами ОРД у разі виявлення ним ознак злочину[3] (п. 5 ч. 1 ст. 94 КПК — *М.П.).* Слід зазначити, що

У роботі аналізуються лише ті приводи, через які офіційно реалізуються легалізовані матеріали ОРД. Разом із цим слід мати на увазі, що в ході реалізації матеріалів оперативно-розшукової справи шляхом провадження у кримінальній справі при їх легалізації може бути використаний будь-який із приводів, вказаних у ч. 1 ст. 94 КПК України. Наприклад, для порушення провадження у кримінальній справі № 106 за обвинуваченням Л. за ст. 168 ч. 3 КК (у ред. 1960 р.), К. за ч. 3 ст. 168, ч. 1 ст. 170, ч. 2 ст. 194 КК (у ред. 1960 р.), Б. за ч. 1 ст. 80, ч. 1 ст. 165 КК (у ред. 1960 р.) в ході реалізації матеріалів ОРД використовувався такий привід, як заява про злочин (п. 1 ч. 1 ст. 94 КПК України) (Управління СБ України в Харківській обл.), а у кримінальній справі №1331 за обвинуваченням В. за ст. 332 КК України— явка з повинною (Управління СБ України в Харківській обл.).

Див.: *Бурыкин В. М.* Некоторые вопросы соблюдения социалистической законности при взаимодействии оперативного работника БХСС и следователя органов внутренних дел // Пути дальнейшего укрепления законности в деятельности органов внутренних дел в свете решений XXIV съезда КПСС. — Ереван, 1974. — С. 242.

Див.: *Жогин Н. В. Фаткуллин Ф. Н.* Возбуждение уголовного дела.— *М.,* 1961. — С. 115; *Вони же.* Предварительное следствие в советском уголовном процессе. — М., 1965. — С. 7; *Бородин С. В.* Некоторые правовые вопросы взаимодействия оперативного работника и следователя органов охраны общественного порядка// Труды ВНИИИОП МООП СССР. — 1967. — № 9с. — С. 21-35; *Карасев Ю. Ф.* Возбуждение уголовного дела в органах КГБ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М„ 1970. — С. 7; *Горбачев В. Н.* Некоторые вопросы взаимодействия следственных и оперативных подразделений органов КГБ по использованию оперативной информации при возбуждении уголовного дела// Труды ВКШ КГБ СССР.— 1971.— № 3.— С. 200; *Михайленко А. Р.* Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе / Под ред. проф. А. Л. Цыпкина. — Саратов, 1975. — С. 54; *Григорьев В. Н.* Непосредственное обнаружение признаков преступления органом дознания, следователем,

остання думка одержала широку підтримку на практиці. Аналіз матеріалів оперативно-розшукової й слідчої практики свідчить про те, що не лише орган дізнання при виявленні ознак злочину в ході ОРД, а й слідчий при ознайомленні з матеріалами ОРД у разі виявлення ознак злочину порушує провадження у кримінальній справі за п. 5 ч. 1 ст. 94 КПК України. Так, наприклад, у ході анкетування 72,8 % слідчих СБ України, 80,1 % оперативних працівників СБ України, 72,2 % слідчих прокуратури і 63,1 % прокурорів указали, що при встановленні слідчими у наданих їм матеріалах ОРД ознак злочину провадження у кримінальній справі слід порушувати за п. 5 ч. 1 ст. 94 КПК України.

Окремі вчені небезпідставно вважають, щб «оперативно-розшукові дані про злочин самі собою не можуть бути покладені в основу прийняття рішення про порушення кримінальної справи, оскільки закон не вказує такі джерела як приводи до порушення кримінальної справи»[1]. З огляду на це обґрунтовується положення про необхідність доповнення ч. 1 ст. 94 чинного КПК окремим пунктом «матеріали підрозділів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність (п. 6 ч. 1 ст. 94 КПК)[2]. У цілому ця ідея є позитивною, водночас зміст цього пункту потребує певного уточнення.

На нашу думку, матеріали ОРД не можуть бути реалізовані за таким приводом, як повідомлення підприємств, установ посадових осіб, представників влади, громадськості або окремих громадян (п. 2 ч. 1 ст. 94 КПК України). Практика свідчить про необхідність удосконалення цієї норми в напрямку персоніфікації джерела інформації та конкретизації процесуальної форми, оскільки «підприємство», «установа» й «організація» ні з гносеологічної, ні з правової точки зору не

прокурором, судом: Автореф. дис. ... канд. горид. наук. — Л., 1982. — С. 10; *Кузнецов Н. П.* Доказывание и его особенности на стадиях уголовного процесса России: Автореф, дис. ... д-ра юрид. наук. — Воронеж, 1998. — С. 73; *Григорьев В. Н.* Обнаружение признаков преступления органами внутренних дел. — Ташкент, 1986. — С. 56-59; *Селезнев М.* Эксперимент или провокация (к вопросу о борьбе с коррупцией) // Российская юстиция. — 1996. — № 5. — С. 50; *Попов А. П.* Непосредственное обнаружение признаков преступления как повод к возбуждению уголовного дела: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 1999. — С. 19-20; та ін.

[1] *Бородин С. В., Осипов А. Ф.* Некоторые правовые вопросы взаимодействия следователя и оперативного работника при возбуждении уголовного дела // Бюллетень по обмену опытом оперативной работы. — М., 1966. — № 37. — С. 60.

[2] *Шумило М. Є.* Проблеми кримінально-процесуальної оцінки слідчими оперативно-розшукових матеріалів // Науковий вісник Інституту підготовки кадрів СБ України. — • 1994. — № 2. — С 71-72.

мають ознак приводу для порушення провадження у кримінальній справі. Джерелом такої інформації завжди повинна визнаватися конкретна фізична особа як суб'єкт пізнання об'єктивної дійсності, якою є обставини злочину. Заявам і повідомленням представників влади, громадськості, повідомленням посадових осіб підприємств, установ та організацій повинна бути надана в новому КПК більш чітка процесуальна форма.

Цей привід як джерело інформації, на наш погляд, передбачений законом лише для тих суб'єктів кримінально-процесуальних відносин, до повноважень яких не входить обов'язок пошуку і фіксації фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, передбачені КК України. Оскільки для джерел інформації про кримінально карані діяння, що виходять із органів, до повноважень яких входить обов'язок пошуку і фіксації фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, повинні ставитися чіткі вимоги щодо повноти й достовірності фактичних даних про ознаки злочину, а також щодо їх фіксації, матеріали ОРД не можуть бути реалізовані шляхом порушення провадження у кримінальній справі за таким приводом.

Цілком слушною є точка зору тих правників, які вважають, що сьогодні за чинним КПК єдиним приводом, через який шляхом порушення провадження у кримінальній справі можуть бути реалізовані матеріали ОРД, є безпосереднє виявлення ознак злочину (п. 5 ч. 1 ст. 94 КПК). Ця точка зору реалізовується й на практиці. Проте правове врегулювання цього питання в чинному КПК потребує, на наш погляд, певних уточнень з урахуванням теоретичних положень гносеологічної і правової природи цього приводу, а також удосконалення практики його застосування при порушенні провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД.

Ми виходимо з того, що безпосереднє виявлення ознак злочину в гносеологічному аспекті слід розглядати як безпосереднє пізнання ознак злочину уповноваженими особами, а також як сукупність їх безпосереднього й опосередкованого пізнання. При цьому слід враховувати, що, виходячи з правового статусу уповноваженої особи та конкретної правової ситуації, безпосередність виявлення ознак злочину одними уповноваженими особами (оперативним працівником органу дізнання) полягає в тому, що вони можуть спостерігати подію злочину як особисто в ході оперативно-розшукового документування, здійснюючи при цьому її безпосереднє пізнання, так і опосередковано — через дослідження відповідних результатів ОРЗ. Таким чином,

безпосереднє виявлення ознак злочину органом дізнання має специфіку, яка полягає як у безпосередньому пізнанні, так і в сукупності безпосереднього й опосередкованого пізнання ознак злочину.

Безпосереднє виявлення ознак злочину в ході ОРД дозволяє оперативно-розшуковому підрозділу як органу дізнання порушити провадження у кримінальній справі незалежно від способу та методів їх виявлення. \

Специфіка безпосереднього виявлення ознак злочину як приводу до порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД слідчим полягає в тому, що він безпосередньо не пізнає подію злочину, не спостерігає її. Пізнання події та інших обставин злочину слідчий здійснює опосередковано через безпосереднє пізнання ознак злочину, які зафіксовані в матеріалах ОРД. Таким чином, слідчий, безпосередньо виявивши ознаки відповідного злочину при дослідженні матеріалів ОРД, може порушити провадження у кримінальній справі за п. 5 ч. 1 ст. 94 КПК України.

Отже, основна відмінність безпосереднього виявлення від інших приводів полягає в тому, що первинні дані про ознаки злочину стають відомими особам, уповноваженим на порушення провадження у кримінальній справі, не зі сторонніх джерел, а в ході здійснення ними своїх службових повноважень.

На це прямо вказується у ст. 182 КПК Республіки Казахстан «Безпосереднє виявлення даних про злочин посадовими особами і органами, уповноваженими порушити кримінальну справу», де зазначається, що «виявлення даних про злочин є приводом до порушення кримінальної справи у випадках, коли:

1) при виконанні своїх службових обов'язків співробітник органу дізнання, слідчий, прокурор стають очевидцями злочину чи виявляють сліди або наслідки злочину безпосередньо після його вчинення;

2) орган дізнання чи дізнавач отримують дані про злочин при здійсненні своїх функцій або при проведенні дізнання у справі про інший злочин;

3) слідчий отримує дані про злочин при розслідуванні кримінальної справи про інший злочин;

4) прокурор отримує дані про злочин при здійсненні нагляду за виконанням законів» .

[1] Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13.12.1997 г. № 206-1 // www.pavlodar.com/zakon/, станом на 2 лютого 2007 р.

Аналізуючи безпосереднє виявлення ознак злочину як привід для порушення провадження у кримінальній справі, слід звернути увагу на ст. 27 проекту КПК України, яка встановлює, що «безпосереднє виявлення органом дізнання, у тому числі в ході оперативно-розшукової діяльності, особою, яка здійснює дізнання, слідчим, прокурором, суддею або судом відомостей про вчинений злочин чи готування до нього може служити приводом для початку попередньої перевірки в разі, якщо вони отримали їх при здійсненні своїх повноважень»[1]. Таке формулювання цієї статті має як гносеологічну, так і правову особливість порівняно з чинною редакцією п. 5 ч. 1 ст. 94 КПК України. У статті 27 проекту КПК України мова йде про безпосереднє виявлення не ознак злочину, а лише даних про нього, отже, цілком логічно, що ці дані не можуть бути приводом до порушення провадження у кримінальній справі, а є лише приводами для початку попередньої перевірки цих даних.

У теорії кримінального процесу висловлюється думка, що для слідчого приводом для порушення провадження у кримінальній справі можуть бути лише відповідні процесуальні документи, які містять достатні дані про ознаки злочину , яка, на наш погляд, є необгрунтованою, оскільки процесуальний закон не робить для слідчого таких обмежень. Більше того, як свідчить аналіз матеріалів практики, слідчі органів СБ України, внутрішніх справ та прокуратури при виявленні в наданих їм матеріалах ОРД ознак злочину порушують провадження у кримінальній справі саме за п. 5 ч. 1 ст. 94 КПК України. У постанові про порушення провадження у кримінальній справі слідчі в обґрунтування свого рішення посилаються на легалізовані матеріали ОРД, що надійшли з оперативно-розшукового підрозділу.

З цього приводу Д. І. Бедняков, аргументовано розкриваючи «некоректність і навіть шкідливість» подібної постановки питання, цілком справедливо, на наш погляд, вважає, що погодитися з цим означало б позбавити слідчого права порушувати провадження у таких справах і, по суті, виключало б взаємодію між ним і оперативним працівником

Кримінально-процесуальний кодекс України: проект, підготовлений робочою групою Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності ВР України станом на 15 червня 2005 р., реєстраційний № 3456-1.

Див.: *Зажицкий В. И.* Некоторые актуальные вопросы возбуждения уголовного дела // Труды ВКШ КГБ. — 1984. — № 31. — С. 228; *Колесник В. А.* Правові, організаційні і тактичні аспекти використання оперативно-розшукових матеріалів у розслідуванні злочинів: Дис. ... канд. юрид наук. — К., 1998. — С. 101.

як у стадії порушення провадження у кримінальній справі, так і при виконанні невідкладних слідчих дій, коли участь слідчого в розгляді матеріалів ОРД особливо необхідна для оцінки їх готовності до реалізації, визначення тактичного прийому й моменту реалізації, для вибору і кваліфікованого проведення первісних слідчих дій з урахуванням не лише процесуальних, а й оперативно-розшукових можливостей[1].

У цьому контексті В. М. Горбачов переконливо доводить беззаперечність того положення, що будь-яке кримінально-процесуальне рішення, яке може бути прийняте органом дізнання, може бути також прийняте й слідчим. Вчений робить обґрунтований висновок про те, що, оскільки оперативний працівник, ознайомившись з матеріалами ОРД, безпосередньо виявляє ознаки злочину й має право порушити кримінальну справу, то й ознайомлення слідчого з цими ж матеріалами теж буде безпосереднім виявленням ознак злочину й приводом для порушення провадження у кримінальній справі слідчим .

Разом із цим, на нашу думку, не можна погодитися з тезою правника, що «закон не вимагає наявності певної форми для такого приводу, як безпосереднє виявлення ознак злочину, а тому документального оформлення процесу безпосереднього виявлення ознак злочину не потрібно, і слідчий може навіть не залучати до кримінальної справи ті матеріали ОРД, на підставі яких він виявив ознаки злочину , адже, оскільки, виходячи із загальних засад кримінально-процесуального законодавства, всі рішення слідчого повинні бути законними й обґрунтованими, то і в постанові про порушення провадження у кримінальній справі має вказуватися, чим обґрунтовується таке рішення.

Безпосереднє виявлення ознак злочину уповноваженою особою є юридичним фактом, що породжує процесуальні правовідносини, проте розкриття цього приводу як юридичного факту, через який можуть бути реалізовані матеріали ОРД, можливе лише через дослідження його гносеологічної і юридичної єдності.

Ні з гносеологічної, ні з правової сторони безпосереднє виявлення ознак злочину уповноваженою особою не можна розглядати як одиничний акт. Як юридичний факт безпосереднє виявлення ознак злочину

[1] *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М, 1991. — С. 93.

Горбачев В. Н. Некоторые вопросы взаимодействия следственных и оперативных подразделений органов КГБ по использованию оперативной информации при возбуждении уголовного дела // Труды ВКШ КГБ СССР. — 1971. — № 3. — С. 200-201.

[3] Там само. — С. 201.

включає в себе дію — вольову цілеспрямовану поведінку посадових осіб, що здійснюють свої повноваження. Юридичний факт-дія — це сам процес виявлення ознак злочину, розтягнутий у часі.

Для органу дізнання, уповноваженого на здійснення ОРД, — це процес, який полягає у пошуку фактичних даних, що вказують на ознаки злочину, їх оперативно-розшукового документування (фіксації) з метою, отримання матеріалів ОРД, дослідження цих матеріалів, встановлення в них достатніх даних, що вказують на ознаки злочину (їх кримінальна та кримінально-правова оцінка) та винесення постанови про порушення провадження у кримінальній справі чи про відмову у його порушенні.

Для слідчого— це процес опосередкованого пізнання достатніх даних, які вказують на ознаки злочину, шляхом дослідження матеріалів ОРД, отриманих від підрозділів, що здійснюють ОРД, встановлення в них достатніх даних, що вказують на ознаки злочину (їх кримінальна та кримінально-правова оцінка) та винесення постанови про порушення провадження у кримінальній справі чи про відмову у його порушенні.

Безпосереднє виявлення ознак злочину слідчим у матеріалах ОРД як юридичний акт-дія спрямований на досягнення конкретного правового результату, що матеріалізується у конкретному процесуальному документі — постанові про порушення провадження у кримінальній справі чи про відмову в його порушенні, а для оперативного працівника — спрямований на досягнення конкретного правового результату, що матеріалізується як у матеріалах ОРД (у ході здійснення ним оперативно-розшукових функцій), так і в постанові про порушення провадження у кримінальній справі чи відмові у його порушенні, в разі виконання ним кримінально-процесуальних функцій як органом дізнання.

Безпосереднє виявлення ознак злочину в матеріалах ОРД як факт-дія, породжує відповідні кримінально-процесуальні правовідносини, оскільки відповідно до ст. 4 КПК України уповноважена особа у межах своєї компетенції зобов'язана порушити провадження у кримінальній справі, вжити всіх передбачених законом заходів до встановлення події злочину, осіб, винних у вчиненні злочину, і до їх покарання. Такі правовідносини виникають як між уповноваженою особою та державою в особі її відповідних органів, що здійснюють контроль та нагляд за процесуальною діяльністю органів дізнання та слідства, між цією особою та тими особами, щодо яких порушено провадження

у кримінальній справі, так і в разі відмови у порушенні провадження у кримінальній справі.

При цьому необхідно зазначити, що приводи до порушення кримінальної справи як юридичні факти породжують кримінально-процесуальні правовідносини лише в сукупності з підставами до порушення провадження у кримінальній справі (достатніми даними, що вказують на ознаки злочину). За відсутності таких підстав правовідносини, на відміну від приводів до порушення кримінальної справи, передбачених пунктами 1, 2, 3 ч. 1 ст. 94 КПК України, не виникають* адже уповноважені особи не мають обов'язку в цьому випадку порушувати провадження у кримінальній справі чи відмовляти в його порушенні. Якщо в ході роботи, спрямованої на безпосереднє виявлення Ознак злочину, такі ознаки не виявлені, то орган дізнання, слідчий чи прокурор не зобов'язані в цьому випадку виносити постанову про відмову в порушенні кримінальної справи, оскільки за відсутності підстав до порушення провадження у кримінальній справі немає й самого приводу до порушення провадження у кримінальній справі (п. 5 ч. 1 ст. 94 КПК).

У цьому контексті В. М. Савицький слушно зауважував, що безпосереднє виявлення ознак злочину означає наявність не лише приводу, а й підстав до порушення провадження у кримінальній справі .

Слід зазначити, що для безпосереднього виявлення злочину як приводу для порушення провадження у кримінальній справі в чинному КПК України не встановлено чіткої форми, на відміну, наприклад, від заяви і повідомлення про злочин (п. 1 ч. 1 ст. 94, ст. 95 КПК), явки з повинною (п. 3 ч. 1 ст. 94, ст. 96 КПК), що ускладнює використання цього приводу в кримінальному процесі.

На практиці, встановивши ознаки злочину, працівники оперативно-розшукових підрозділів в окремих випадках констатують факт безпосереднього виявлення ознак злочину в своїх рапортах, які доповідають вищій посадовій особі. Цей документ і відбиває такий привід, як безпосереднє виявлення ознак злочину.

Прикладом цього є кримінальна справа, провадження у якій порушено за ч. 2 ст. 19 і ст. 70 КК України (в ред. 1960 р.) Дергачівськйм РВ Управління СБ в Харківській області за рапортом оперативного працівника цього райвідділу, в якому викладені обставини затримання

[1] *Савицкий В. М.* Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. — *Ж.,* 1975. — С. 83.

громадянина К., який на вантажному автомобілі ЗІЛ-130 намагався здійснити контрабанду електродвигунів у районі с. К. Лопань[1].

Залежно від певних обставин такі рапорти направляються оперативно-розшуковим підрозділом органам досудового слідства як з матеріалами проведеної ним відповідно до частин 4, 5 ст. 97 КПК України процесуальної перевірки, так і без її проведення, оскільки, як вказують окремі вчені, передбачаючи безпосереднє виявлення ознак злочину як привід, закон не пов'язує ухвалення рішення про порушення провадження у кримінальній справі з обов'язковою процесуальною перевіркою діяльності, що в більшості випадків має місце при порушенні провадження у кримінальних справах за заявами й повідомленнями громадян і посадових осіб, тому що привід (безпосереднє виявлення) формується в ході дій (у тому числі й ОРЗ) з виявлення ознак злочину . При цьому надання слідчому матеріалів ОРД не завжди вимагає проведення процесуальної їх перевірки засобами, встановленими ч. 4 ст. 97 КПК України, а саме шляхом відібрання пояснень від окремих громадян чи посадових осіб або витребування необхідних документів як оперативним підрозділом, так і слідчим. Останній може вбачати ознаки злочину в матеріалах ОРД і в рапорті оперативного працівника про безпосереднє виявлення ним ознак злочину за умови, що в цих матеріалах дійсно є достатні дані, які вказують на такі ознаки.

При безпосередньому виявленні ознак злочину вони можуть вбачатися з оперативних та інших документів, отриманих чи складених у ході ОРД (зведеннях зовнішнього спостереження, зведеннях зняття інформації з каналів зв'язку, контролю за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів одержання інформації, актів ревізій тощо). Наявність таких матеріалів та їх зміст, із якого вбачаються достатні дані, що вказують на ознаки злочину, є критерієм готовності оперативно-розшукової справи для її реалізації шляхом порушення провадження у кримінальній справі.

Оскільки ОРД знаходиться поза межами кримінального процесу, закон не вказує на порядок одержання й фактичний обсяг відомостей, що містять ознаки злочину. Це покладає високу відповідальність на

[1] Кримінальна справа № 1-216/01 за обвинуваченням К. за ч. 2 ст. 19 і ст. 70 КК України (у ред. 1960 р.) // Архів Дергачівського районного суду Харківської області.

Див.: *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М., 1991. — С. 100; *Зеленецкий В. С.* Возбуждение уголовного дела. — Харьков, 1998.—С. 68.

оперативно-розшукові підрозділи як органи дізнання при оцінці матеріалів ОРД і ухваленні ними рішення про порушення провадження у кримінальній справі чи надання матеріалів ОРД слідчому для прийняття такого рішення.

Отже, при безпосередньому виявленні оперативно-розшуковим підрозділом як органом дізнання ознак злочину матеріали ОРД відіграють істотну роль. При цьому фактичне використання їх як приводів та підстав для порушення провадження у кримінальній справі і є їхньою реалізацією в стадії порушення провадження у кримінальній справі й одним зі шляхів використання матеріалів ОРД у цій стадії процесу, оскільки, виходячи зі специфіки ОРД; безпосередньо виявивши ознаки злочину негласним шляхом, оперативно-розшуковий підрозділ як орган дізнання не завжди має можливість реалізувати його шляхом порушення провадження у кримінальній справі саме через цей привід (п. 5 ч. 1 ст. 94 КПК України). Тому, дотримуючись вимог закону про недопустимість розголошення форм та методів виявлення ознак злочину в ході ОРД, даних про осіб, які перебувають у конфіденційних відносинах з органами, що здійснюють ОРД, та через необхідність застосування в окремих випадках заходів безпеки до учасників ОРД при вирішенні питання про порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД, необхідно відшукувати можливість одержання іншого законного приводу, передбаченого пунктами 1-4 ч. 1 ст. 94 КПК України, в ході легалізації матеріалів ОРД, яка є самостійним шляхом реалізації матеріалів ОРД у стадії порушення провадження у кримінальній справі. Виходячи із конкретних обставин оперативної ситуації, підрозділ, що здійснює ОРД, обирає один з розглянутих вище шляхів реалізації матеріалів ОРД, від якого залежить і конкретний привід для порушення провадження у кримінальній справі, передбачений пунктами 1-5 ч. 1 ст. 94 КПК України.

Слід зазначити, що форма безпосереднього виявлення ознак злочину уповноваженими особами встановлена у новому КПК Російської Федерації , в якому зазначається, що будь-яка інформація про вчинений злочин чи злочин, що готується, може розглядатися як привід до порушення провадження у кримінальній справі з того моменту, як буде отримана компетентною посадовою особою і наділена формою рапорту про виявлення ознак злочину (ст. 143 КПК Російської Федерації).

Комментарий к уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. А. В. Смирнова — СПб., 2003. — С. 372-375.

Рапорт про виявлення ознак злочину, будучи приводом для порушення кримінальної справи, складається про виявлені, тобто знайдені, встановлені чи такі, що стали явними, ознаки злочину. Складанню такого рапорту може, а в деяких випадках повинна передувати певна перевірочна робота (ст. 144 КПК Російської Федерації).

КПК Російської Федерації установив, що особа, яка склала рапорт про безпосереднє виявлення ознак злочину, підлягає відводу — вона не може в даній справі виконувати роль дізнавача, слідчого чи прокурора, якщо: а) є необхідність допиту її як свідка (ця особа була єдиним очевидцем злочину (п. 1 ч. 1 ст. 61 КПК Російської Федерації)); б) ця особа сама проводила ОРЗ (ч. 2 ст. 41 КПК Російської Федерації).

Дане положення закону щодо осіб, які безпосередньо проводили ОРЗ, з нашої точки зору, заслуговує на критичну оцінку, оскільки воно, не створюючи ніяких гарантій від необгрунтованого порушення закону, є нераціональним і тягне за собою невиправдану відмову від пізнавальних засобів ОРД.

На наш погляд, оперативного працівника, що брав участь у проведенні ОРЗ в оперативно-розшуковій справі, за матеріалами якої порушено провадження у кримінальній справі, в тому числі й був її розробником, доцільно включати до слідчо-оперативної групи для оперативно-розшукового супроводу кримінальної справи. У слідчо-оперативній групі за існуючою моделлю КПК України він, на наш погляд, може виконувати як доручення слідчого з виконання ОРЗ по забезпеченню досудового розслідування, так і з виконання тих слідчих дій, які не спрямовані на перевірку доказів, отриманих на підставі матеріалів ОРД.

Недоцільно давати доручення оперативним працівникам здійснювати самостійно обшук, який проводиться на підставі таких ОРЗ, як негласний огляд чи негласний обшук, оскільки в разі оскарження підстав для його проведення, порядку проведення чи отриманих результатів важко буде обґрунтувати як неупередженість оперативного працівника, так і законність його дій.

При аналізі зазначених норм КПК Російської Федерації слід звернути увагу на те, що ним установлена процесуальна форма лише для безпосереднього пізнання злочину органом дізнання, слідчим та прокурором, коли вони самі стали його очевидцями й у подальшому можуть бути допитані як свідки, що ж до безпосереднього пізнання ознак злочину при дослідженні матеріалів ОРД органом дізнання, слідчим чи прокурором, то таку форму КПК Російської Федерації не встановлено.

На нашу думку, закріплення у КПК Російської Федерації рапорту як процесуальної форми безпосереднього виявлення ознак злочину органом дізнання, слідчим та прокурором, хоча й має певне позитивне значення в системі приводів КПК Російської Федерації (статті 140-143), проте, не може бути повністю сприйняте у новому КПК України. Така форма безпосереднього виявлення ознак злочину може бути застосована для слідчого прокурора та судді лише в тому випадку, коли вони самі стали очевидцями злочину, безпосередніми суб'єктами його пізнання і можуть бути допитані як свідки на стадіях досудового розслідування чи в суді.

Для органу дізнання, слідчого і прокурора така форма фіксації при безпосередньому виявленні ознак злочину в ході своєї службової діяльності, в тому числі й при ознайомленні з матеріалами ОРД, є зайвою, оскільки за чинним КПК України цей привід фіксується в постанові про порушення провадження у кримінальній справі. Щодо оперативно-розшукового підрозділу як органу дізнання, уповноваженого на здійснення ОРЗ, то рапорт оперативного працівника, в тому числі й оперативно-технічних підрозділів чи підрозділів оперативного документування, підпадає під поняття «матеріали оперативно-розшукової діяльності».

Аналіз вивчених нами постанов органів дізнання та слідчих СБ України та органів дізнання та слідчих МВС України про порушення провадження у кримінальних справах (понад 400) свідчить про те, що привід для його порушення описується, як правило, у вступній частині постанови, а в описовій її частині робиться лише посилання на ст. 94 КПК без указівки на конкретний її пункт.

Така практика, на нашу думку, суперечить ст. 130 КПК України й може мати негативні наслідки, наприклад, при оскарженні рішення про порушення чи відмову в порушенні провадження у кримінальній справі в суд чи прокурору, в якому може бути оскаржена законність конкретного приводу, на який посилався орган дізнання чи слідчий, враховуючи, що для порушення провадження у кримінальній справі може мати місце не один, а декілька приводів. Наприклад, коли у ході огляду місця події слідчий безпосередньо виявив ознаки злочину і до винесення постанови про порушення провадження у кримінальній справі одночасно отримав ще й матеріали ОРД, заяву про його вчинення і явку з повинною. Тому, дотримуючись правових вимог ст. 130 КПК України про те, що процесуальні рішення уповноважених осіб повинні бути обґрунтованими, а елементом їх обґрунтування є також і посилання на конкретну норму права, якою керувалася уповноважена особа при прийнятті цього рішення, в постанові про порушення провадження у кримінальній справі слід посилатися на конкретний пункт ст. 94 КПК України.

У теорії кримінального процесу й ОРД спірним є питання щодо доцільності закріплення в законодавстві про ОРД положення про те, що матеріали ОРД можуть бути одночасно і приводом, і підставою для порушення провадження у кримінальній справі. Зазначена норма, на думку окремих вчених, є кримінально-процесуальною й не повинна міститися в Законі про ОРД .

На наш погляд, вказівка в законодавстві про ОРД на те, що матеріали ОРД можуть бути приводом і підставою для порушення провадження у кримінальній справі, хоча і потребує певних уточнень, проте є доцільною, оскільки, визначаючи засади ОРД, ст. 10 Закону України про ОРД спрямовує оперативних працівників, з одного боку, на один з конкретних результатів, яким є привід та підстави для порушення провадження у кримінальній справи, а з другого — на один зі шляхів реалізації матеріалів ОРД, яким також є привід та підстави для порушення провадження у кримінальній справи. Водночас відносити матеріали ОРД і до приводу, і до підстав, на наш погляд, не зовсім коректно, на що справедливо вказується у літературі. З цього приводу висловлюється думка про те, що «той самий масив інформації не може бути одночасно і причиною (приводом), і наслідком (підставою) виникнення певного явища (у нашому випадку — порушення справи)»[2]. Ця позиція критично оцінюється М. П. Поляковим та О. П. Поповим, за слушним твердженням яких привід і підстава у кримінальному процесі співвідносяться не як причина й наслідок, а як форма й зміст , що являють собою нерозривну єдність, відсутність якої не дозволяє говорити ні про привід, ні про підставу для порушення провадження у кримінальній справі, оскільки вони в цьому розумінні не мають самостійного правового значення. Підтвердженням цього є інститут так

Див.: *Кальнщкий В. В., Николаев Ю. А.* Возбуждение уголовного дела в системе уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности // Вопросы применения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности». — Омск, 1998. — С . 29.

Громов Н. А'., Пономаренков В. А., Гущин А. Н., Францифиров Ю. В. Доказательства, доказывание и использование результатов оперативно-розыскной деятельности: Учеб. пособие. — М., 2001. — С. 15.

[3] Див.: *Поляков М. П., Попов А. П.* Результаты ОРД как повод и основание к возбуждению уголовного дела// Интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности в эффективном уголовном процессе: Сб. науч. ст. / Под общ. ред. проф. В. Т. Томина. — Пятигорск, 2001. — С. 94.

званої «дослідчої перевірки матеріалів», яка відповідно до ч. 4 ст. 97 КПК України спрямована на те, щоб у десятиденний строк отримати достатні дані, які вказують на ознаки злочину, в тому числі й шляхом проведення ОРД (ч. 5 ст. 97 КПК України). Отже, за відсутності достатніх даних, які вказують на ознаки злочину, приводи, передбачені пунктами 1-4 ч. 1 ст. 94 КПК України, є лише приводами для перевірки заяв, повідомлень про ознаки злочину, явки з повинною. Правового статусу приводів для порушення провадження у кримінальній справі вони можуть набути лише в разі отримання в ході такої перевірки достатніх даних, які вказують на ознаки злочину.

У разі коли зазначені дані не отримані, передбачені пунктами 1-3 ч. 1 ст. 94 КПК приводи мають самостійне значення, тому що вони як юридичні факти-дії породжують процесуальні правовідносини — зобов'язують уповноважену особу винести постанову про відмову в порушенні провадження у кримінальній справі.

У процесуальній літературі висловлюється думка про необхідність виділення матеріалів ОРД в окремий привід порушення провадження у кримінальній справі[1]. У цьому контексті М. Є. Шумило зазначає: «в пункті 1 ст. 10 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» говориться, що матеріали оперативно-розшукової діяльності можуть використовуватись як приводи та підстави для порушення кримінальної справи. Пряма вказівка на таку можливість у чинному КПК України відсутня. Однак шляхом аналізу норм кримінально-процесуального законодавства можна дійти висновку, що згадане положення Закону йому не суперечить. Так, ст. 103 КПК на органи дізнання покладає прийняття необхідних ОРЗ з метою виявлення ознак злочину і осіб, що його скоїли. У той же час ст. 4 КПК зобов'язує органи дізнання в кожному разі виявлення ознак злочину порушувати кримінальну справу. Із цього випливає, що органи дізнання можуть порушувати кримінальну справу на підставі оперативно-розшукових матеріалів»[2]

[1] Див.: *Томин В. Т.* Острые углы уголовного судопроизводства.— М., 1991.— С. 116; *Земскова А. В.* Правовые проблемы использования результатов оперативно-розыскных мероприятий в уголовно-процессуальном доказывании. — Волгоград, 2000. — С. 79; *Поляков М. П., Попов А. П.* Результаты ОРД как повод и основание к возбуждению уголовного дела// Интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности в эффективном уголовном процессе: Сб. науч. ст. / Под общ. ред. проф. В. Т. Томина.— Пятигорск, 2001.— С. 94; *Зажицкий В. И.* Оперативно-розыскная деятельность и уголовное судопроизводство // Рос. юстиция. — 2001. — № 3. — С. 46.

[2] *Шумило М. Є.* Проблеми кримінально-процесуальної оцінки слідчими оперативно-розшукових матеріалів // Науковий вісник Інституту підготовки кадрів СБ України. — 1994. — № 2. — С. 70-71.

і, виходячи з цього, вносить пропозицію про необхідність доповнення ст. 94 КПК України п. 6 такого змісту: «матеріали підрозділів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність»'.

Поділяючи точку зору щодо доцільності визначення матеріалів ОРД як самостійного приводу, В. І. Зажицький запропонував цей привід у такій редакції: «приводами до провадження у кримінальній справі є дані, що отримані в ході проведення оперативно-розшукових заходів і містяться в наданих органу дізнання, слідчому чи прокурору оперативно-розшукових матеріалах. Ці дані повинні вказувати на ознаки складу злочину, а також бути достатніми передумовами для успішного розслідування кримінальної справи»[2]. Аналіз змісту проекту цієї норми, з нашого погляду, свідчить про те, що вченим сформульований не привід, а підстави для порушення провадження у кримінальній справі — дані, що «повинні вказувати на ознаки складу злочину», й відсутня головна ознака приводу — діяльнісна.

На нашу думку, надання матеріалам ОРД статусу окремого приводу для порушення провадження у кримінальній справі заслуговує на підтримку, проте потребує уточнення його редакція, оскільки у запропонованих вченими визначеннях цього приводу відсутній його діяльніший аспект, що не відповідає його сутності та не узгоджується з іншими приводами, визначеними в ч. 1 ст. 94 КПК України. Тому вважаємо доцільним цей привід викласти як «отримання матеріалів оперативно-розшукової діяльності». За цим приводом може бути порушено провадження у кримінальній справі будь-яким уповноваженим суб'єктом у разі отримання матеріалів ОРД.

Поряд із цим у новому КПК повинен бути залишений і такий привід, як «безпосереднє виявлення органом дізнання, слідчим, прокурором або судом ознак злочину» (п. 5 ч. 1 ст. 94 КПК), що в певних ситуаціях, наприклад, при здійсненні прокурором перевірки законності ведення оперативно-розшукової справи та виявленні в її матеріалах достатніх даних, що вказують на ознаки злочину, тощо, також може бути використаний для порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД.

Отже, введення до законодавчого переліку запропонованих нами приводів для порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД дозволить, на нашу думку, упорядкувати криміна-

[1] *Шумило М. Є.* Вказана праця. — С. 70-71.

[2] *Зажицкий В. И.* Вказана праця. — С. 46.

льно-процесуальні відносини між суб'єктами, уповноваженими на реалізацію матеріалів ОРД і використання їх як приводів для порушенням провадження у кримінальній справі, незалежно від їх відомчої належності.

У теорії ОРД і кримінального процесу проблемним є питання щодо суб'єкта порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД в органах СБ України. Відповідно до ст. 4, п. 2 ст. 101, ст. 102 та частин 3 і 5 ст. 112 КПК України порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД у межах своєї компетенції повинен здійснювати той орган, який виявив ознаки злочину. Аналіз нормативно-правових актів СБ України та 15-річний особистий досвід свідчить про те, що практика порушення провадження кримінальних справ за матеріалами ОРД була неоднозначною. Такі справи порушувалися як органом дізнання, так і слідчими. Враховуючи недостатню правову підготовку працівників оперативно-розшукових підрозділів, в окремі періоди слідчі залучалися навіть до правової оцінки сигнальної інформації про протиправні діяння, брали участь у правовому забезпеченні оперативно-розшукових справ, у їх реалізації шляхом порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД органом дізнання, що явно не відповідало їх професійному призначенню та інтересам практики, а було продиктовано лише суб'єктивним фактором. Така практика себе не виправдала.

У зв'язку з недостатньою ефективністю досудового розслідування органами дізнання в останні роки спостерігається стійка тенденція до скорочення випадків порушення кримінальних справ органом дізнання. На нашу думку, ця практика, хоча й не відповідає вимогам ст. 4 чинного КПК України, проте є раціональною й потребує законодавчого врегулювання. Вона об'єктивно свідчить про необхідність реформування взаємодії органів розшуку та слідства. В умовах організованості та професіоналізації злочинності, набуття нею міжнародного характеру функції розшуку та досудового слідства, з одного боку, повинні бути зближені, а з другого — з метою підвищення професійності та спеціалізації суб'єктів розшуку і кримінального процесу виконуватися різними суб'єктами: відповідно оперативними працівниками та слідчими. Цьому сприяло б об'єднання нинішніх органів дізнання і слідства в єдину за своїм змістом процедуру досудового розслідування із залишенням повноважень на проведення ОРД у підрозділів, визначених ст. 5 Закону про ОРД.

§ 2. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності як підстав для порушення провадження у кримінальній справі

Отримання матеріалів ОРД уповноваженою особою у визначений законом спосіб як приводу для порушення провадження у кримінальній справі є лише спонукальним чинником для вирішення питання про можливість прийняття такого рішення, однак для того, щоб це рішення було законним і обґрунтованим, потрібна, з одного боку, наявність достатніх даних, що містяться в матеріалах ОРД і вказують на реальне існування ознак конкретного злочину (ч. 2 ст. 94 КПК України), а з другого — відсутність обставин, що виключають провадження в кримінальній справі (ст. 6 КПК).

Перша група даних утворює підставу до порушення провадження у кримінальній справі, друга — є умовою можливості прийняття такого рішення. Названі групи даних у процесі ухвалення рішення про порушення провадження у кримінальній справі, як слушно зазначає В. С. Зеленецький, перебувають у взаємозв'язку і взаємозалежності, атому є обов'язковими для прийняття законного й обґрунтованого рішення про порушення провадження у кожній кримінальній справі чи про відмову в цьому .

Підстава є однією з передбачених законом передумов порушення провадження у кримінальній справі (ч. 2 ст. 94 КПК України, п. 1 ст. 10 Закону про ОРД). Вона має велике значення для забезпечення законності, оскільки компетентні органи здійснюють свої повноваження на прийняття таких рішень не за беззвітним розсудом, а з урахуванням відповідних передумов для цього, проте ця категорія не має свого нормативно-правового визначення і є суто оцінною, зміст якої виявляється з урахуванням конкретної оперативно-слідчої ситуації.

У теорії кримінального процесу щодо визначення поняття та змісту підстав для порушення провадження у кримінальній справі висловлюються найрізноманітніші точки зору. Теоретична невизначеність з цього питання призводить і до неоднозначності використання терміна «підстава» в нормативно-правових актах, що у свою чергу негативно позначається на правозастосовному процесі, в тому числі й при порушенні провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД.

[1] *Зеленецкий В. С.* Возбуждение уголовного дела. — Харьков, 1998. — С. 76.

Аналіз матеріалів практики показує, що працівники органів дізнання та досудового слідства нерідко порушують провадження у кримінальній справі без достатніх даних, які вказують на ознаки злочину. Прикладом цього є кримінальна справа, провадження у якій порушено органом досудового розслідування Управляння СБ України в Харківській області на підставі матеріалів ОРД за ч. 1 ст. 67 КК України (вред. 1960р.) за фактом розголошення відомостей, що становлять державну таємницю на НВО «Хартрон». Як під час оперативно-розшукового документування, так і на стадії порушення провадження у кримінальній справі не були встановлені ознаки суб'єктивної сторони злочину, не була врахована та обставина, що директор цього об'єднання з маркетингу Б. згідно з рішенням його загальних зборів передав американській журналістці документ, який становив державну таємницю, але сам він не знав і за своїми функціональними обов'язками не міг знати про віднесення даних, які містилися у цьому документі, до державної таємниці, що було встановлено Генеральною прокуратурою України, яка закрила провадження у зазначеній кримінальній справі на підставі п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК України (за відсутністю складу злочину) .

Іншим прикладом є криміальна справа, провадження у якій було порушено органом органом дізнання — підрозділом «К» Управління СБ України в Харківській області за статтями 86 [i] і 172 КК України (вред. 1960р.) на підставі матеріалів ОРД щодо колишнього начальника бази НВО «Слобожанщина» Т. «за розкрадання матеріальних цінностей в особливо великих розмірах та вчинення службового підлогу». Єдиним документом, в якому викладалися підстави для порушення провадження у кримінальній справі, була довідка КРУ, отримана в ході ОРД. Досудовим слідством дані, що містилися в цьому документі, були спростовані і провадження у кримінальній справі закрито на підставі п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК України .

Для вирішення проблем використання матеріалів ОРД як підстав для порушення провадження у кримінальній справі важливим є визначення понять «підстава» (ч. 2 ст. 6 Закону про ОРД) та «достатні дані» (ч. 2 ст. 94 КПК України), а також їх співвідношення.

Порівняльний аналіз зазначених понять свідчить про те, що вони не тотожні. У теорії кримінального процесу цілком слушно зазначається,

[1] Кримінальна справа № 89 / Архів Управління СБ України в Харківській області.
[2] Кримінальна справа № 65 / Там само.

що категорія «підстава» визначає гносеологічний зміст категорії «достатні дані», а категорія «достатні дані», відображаючи вимогу логіки до обгрунтованості знання, і є по суті зовнішнім виявом категорії «підстава»'.

У цьому контексті важливим є виявлення відмінності між змістом підстав для порушення провадження у кримінальній справі (ч. 2 ст. 94 КПК України), якими є «достатні дані, які вказують на ознаки злочину», і змістом підстав для проведення ОРД, якими є «наявність достатньої інформації, одержаної у встановленому порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про: злочини, що готуються або вчинені невстановленими особами; осіб, які готують або вчинили злочин; осіб, які переховуються від органів розслідування, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання» та ін. (ч. 1 ст. 6 Закону про ОРД).

Виявлена відмінність свідчить про те, що рівень імовірності знань про злочин та коло обставин, що мають бути встановлені для прийняття відповідного рішення про порушення провадження у кримінальній справі чи заведення оперативно-розшукової справи, у них є різний. Між тим така конструкція підстав для встановлення обставин злочину та осіб, що його вчинили, вчиняють чи готуються до його вчинення, має значення не лише для кримінального судочинства у цілому, а й для попереджувально-профілактичної ролі ОРД у запобіганні злочинності.

Для кримінального судочинства її значення полягає в тому, що вона визначає ОРД як передумову кримінального процесу, забезпечуючи можливість ОРД передувати йому з метою виявлення підстав для порушення провадження у кримінальній справі та створюючи відповідні умови для її успішного розслідування і судового розгляду, і проводиться одночасно з розслідуванням кримінальної справи й її судовим розглядом, забезпечуючи успішне виконання завдань цих стадій процесу.

Таким чином, основна відмінність цих підстав полягає в ступені вірогідності наявності протиправного діяння, що передбачене КК України, а також в обумовленості тими завданнями, що стоять відповідно перед стадією порушення провадження у кримінальній справі та перед оперативною розробкою, яка передує стадії порушення

Див.: *Конверский А. Е.* Проблема обоснования в логике и методологии науки — Киев, 1985.— С. 37.

провадження у кримінальній справі, та оперативно-розшуковим супроводом кримінального судочинства.

Досліджуючи зміст підстав для порушення провадження у кримінальній справі, деякі правники пишуть, що аналіз кримінально-процесуального закону свідчить про те, що при описанні підстав для прийняття рішень у ньому інколи вказується на необхідність наявності відповідних юридичних фактів, а інколи на необхідність достатній даних (достатніх доказів), що вказують на існування юридично значущих фактів'.

У процесуальній літературі з цього приводу слушно зазначається, що поняття «підстава до порушення кримінальної справи» торкається двох проблемних, тісно пов'язаних між собою питань про коло обставин, що повинні бути встановлені до моменту ухвалення рішення про порушення провадження у кримінальній справі: а) наявність ознак злочину в події, що стала відомою уповноваженій на вирішення питання про порушення провадження у кримінальній справі особі; б) наявність об'єктивно існуючих достатніх даних, на підставі яких встановлюються ознаки злочину[2], або: а) коло обставин, про які слід мати відомості; б) рівень знань про ці обставини (імовірність вчиненого злочину)[3].

У цьому контексті В. С. Зеленецький переконливо доводить, що підставою в усіх випадках є те, на чому грунтується дане рішення, що лежить у його основі. Оскільки мова йде про правову сферу, то характеристика названих підстав повинна ґрунтуватися на відповідних нормах чинного законодавства[4]. Вчений справедливо зауважує, що ч. 2 ст. 94 КПК установлює правило, відповідно до якого кримінальна «справа може бути порушена лише в тих випадках, коли є достатні дані, що вказують на наявність ознак злочину», передбаченого конкретною нормою кримінального закону. При цьому звертає на себе

[1] Див.: *Еремян А. В.* Основание возбуждения уголовного дела: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М, 1990. — С. 11.

[2] *Белозеров Ю. Н.* Законность и обоснованность возбуждения уголовного дела: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1972. — С. 7; *Михайленко А. Р.* Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе / Под ред. проф. А. Л. Цыпкина. — Саратов, 1975. — С. 56; *Тертишник В. М.* Кримінально-процесуальне право України: Підруч. — К., 2003. — С. 412.

[3] *Тертишник В. М.* Вказана праця.— С. 412; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П. А. Лупинская. — М., 2004. — С. 355.

[4] *Зеленецкий В. С.* Возбуждение уголовного дела. — Харьков, 1998. — С. 76.

увагу те, що в диспозиції цієї норми, як переконливо доводить правник, йдеться про два явища: фактичні дані й ознаки злочину, тобто юридичні елементи. Отже, лише їх єдність утворює ту якісну визначеність, що іменується підставою до порушення кримінальної справи. Однак їх роздільне згадування в законі, на його думку, вже саме по собі говорить про відносно самостійну визначеність кожного з названих елементів, а це вказує на можливість самостійної характеристики кожного з них. Фактичні дані, як зазначає В. С Зеленецький, «існують у реальній дійсності об'єктивно, тобто незалежно від органів і осіб, що ведуть процес. Але для того, щоб увійти до кримінального процесу, останні повинні одержати своє фіксоване відображення у відповідних процесуальних актах. Для досягнення такої мети саме й потрібні певні зусилля органів дізнання, досудового слідства, прокуратури, судді, а іноді й колегіального діючого суду. Саме вони відповідно до закону й зобов'язані вступити у взаємодію з носіями інформації про ознаки конкретного злочину і, таким чином, одержати необхідні й достатні дані, що в кінцевому підсумку й утворюють підставу до порушення кримінальної справи»[1].

З нашого погляду, ця думка науковця потребує доповнення, оскільки саме в цьому процесі важливу роль відіграє ОРД, зокрема, в докладанні зусиль оперативних працівників до виявлення вказаних фактичних даних та їх джерел через застосування відповідних ОРЗ, фіксацію (документування) цих фактичних даних та відомостей про їх джерела в матеріалах ОРД та залучення цих матеріалів до кримінального процесу для використання їх як підстав для порушення провадження у кримінальній справі.

Указівки на фактичні дані про вчинений злочин, пише В. С Зеленецький, можуть міститися вже в самому приводі до порушення провадження у кримінальній справі, наприклад, у заяві, повідомленні чи скарзі громадянина про злочин. Але тільки ця вихідна (первинна) інформація, як справедливо зазначає вчений, не може бути покладена в основу рішення по суті, тому що закон говорить про достатність даних для прийняття такого рішення (ч. 2 ст. 94 КПК), а це означає, що в його основу повинні бути покладені не одиничні фактичні дані, а їх відповідна сукупність. Отже, як наголошує автор, мова повинна йти про виконання органом дізнання чи слідства певної системи

[1] *Зеленецкий В. С.* Вказана праця. — С 76-77.

пізнавальних дій для введення в дослідчий кримінальний процес сукупності фактичних даних про ознаки конкретного злочину[1].

Це положення, викладене В. С. Зеленецьким, з нашого погляду, потребує доповнення. По-перше, науковець слушно зазначає, що фактичні дані можуть міститися вже у самому приводі, як у «вихідній (первинній) інформації», вказуючи на такі з них, як заява, повідомлення про злочин. Проте непереконливою видається думка правника про те, що ця інформація не може бути покладена в основу рішення по суті, оскільки це означало б, що в кожному випадку отримання заяв і повідомлень про злочин необхідно проводити додаткову перевірку з метою отримання достатніх даних, які вказують на ознаки злочину, а це не передбачено законом і не відповідає потребам практики, оскільки вже у самих заявах та повідомленнях про злочини, як показує практика, можуть бути достатні підстави, що вказують на ознаки відповідного злочину. По-друге, серед таких пізнавальних дій, що спрямовані на отримання достатніх даних, які вказують на наявність ознак злочину, чільне місце посідають не лише процесуальні пізнавальні дії, а й оперативно-розшукові заходи. Причому як ті, що проведені в межах оперативно-розшукової справи, в результаті якої отримані матеріали ОРД, що надані органам досудового розслідування для використання як підстав для порушення провадження у кримінальній справі, так і матеріали ОРД, отримані в порядку, що передбачений самим кримінально-процесуальним законом (ч. 5 ст. 97 КПК України).

Підставою до порушення провадження у кримінальній справі окремі автори вважають конкретні фактичні дані, що свідчать про вчинений злочин чи злочин, що готується, та про відсутність обставин, які перешкоджають веденню кримінального судочинства[2]. Близьким до цього є визначення підстав як отриманих з джерел, вказаних у КПК, достатніх даних про наявність ознак злочинного діяння і відсутність обставин, які виключають провадження у кримінальній справі .

Із цього приводу висловлюється думка, що закон не висуває такої вимоги для порушення провадження у кримінальній справі, як наявність

[1] *Зеленецкий В. С.* Возбуждение уголовного дела. — Харьков, 1998. — С. 78.

[2] Див.: *Лупинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве, их виды, содержание и формы. — М., 1976. — С. 122; Советский уголовный процесс: Учебник / Под ред. Л. М. Карнеевой, П. А. Лупинской, И. В. Тыричева. — М., 1980. — С. 210.

[3] Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П. А. Лупинская. — М., 2004. — С. 355.

даних про відсутність обставин, що виключають провадження у справі. З погляду прибічників такої думки, це означало б, що, перш ніж порушити провадження у кримінальній справі, необхідно одержати достатню сукупність достовірних даних про вчинення злочинного діяння і наявність у ньому складу злочину, оскільки в іншому випадку неможливо зробити висновок про відсутність обставин, що виключають провадження у справі[1]. На наш погляд, ця думка є недостатньо обґрунтованою, оскільки в кримінально-процесуальному законі (ст. 6 КПК України) прямо вказані обставини, що виключають провадження у кримінальній справі, тобто за наявності цих обставин провадження у кримінальній справі не може бути порушене. Такі обставини є оцінними. Вони можуть бути встановлені заходами, що передбачені в частинах 4 і 5 ст. 97 КПК України, а саме: шляхом відібрання пояснень від окремих громадян чи посадових осіб, витребування необхідних документів, проведення ОРД, а також статтями 187, 187[i], 190 КПК України. У разі необхідності встановлення таких обставин закон визначає строк — не більше 10 днів (ч. 4 ст. 97 КПК). Тому, на наш погляд, незаконною є поширена практика перевірки заяв чи повідомлень про злочин шляхом проведення ОРД з метою отримання підстав без прийняття за такими заявами чи повідомленнями відповідних процесуальних рішень, передбачених ч. 2 ст. 97 КПК України у строки, що перевищують 10-денний строк.

Водночас така практика, з одного боку, обумовлюється реальними потребами встановлення більшого строку перевірки таких заяв і повідомлень про злочин, наприклад, до одного місяця, оскільки у сучасних умовах ускладнення злочинної діяльності та процедури проведення відповідних оперативно-розшукових заходів 10-денний строк є об'єктивно недостатнім і у багатьох випадках не дає можливості отримати достатні дані для прийняття по таких заявах і повідомленнях законного і обґрунтованого рішення, а з другого — обумовлюється і певною юридичною неузгодженістю статей 94, 97, 98 КПК України і статей 6, 9, 9[i], 9[2] Закону про ОРД, що викликає різні підходи та спірні ситуації у правозастосовному процесі. Тому, незважаючи на те, що КПК України і Законом про ОРД встановлені різні підстави й порядок для порушення провадження у кримінальній справі, порядок і строки розгляду заяв і повідомлень про злочин (ч. 2 ст. 94, 97, 98 КПК України)

[1] Див.: *Чувилев А. А., Добровольская Т. Н.* Особенности преподавания курса уголовного процесса в вузах МВД СССР. — М., 1986. — С. 10-11.

та підстави для заведення оперативно-розшукової справи, строки п ведення та підстави для закриття (ч. 1 ст. 6, ч. 1 ст. 9, 9[1], 9 Закону про ОРД), окремі із зазначених норм, на наш погляд, вимагають певних уточнень і доповнень.

Так, оскільки у ч. 5 ст. 97 КПК України лише вказано, що «заяви або повідомлення про злочин до порушення кримінальної справи можуть бути перевірені шляхом проведення оперативно-розшукової діяльності», без указівки конкретного строку її проведення, а ст. 9[1] Закону про ОРД на відміну від 10-денного процесуального строку перевірки заяв і повідомлень про злочин (ч. 4 ст. 97 КПК України) встановлений 6-місячний строк ведення оперативно-розшукової справи з можливістю за відповідних підстав його продовження до 18 місяців, з метою усунення розбіжностей на практиці неоднакового розуміння строку перевірки заяв і повідомлень про злочин, вважаємо доцільним ч. 5 ст. 97 КПК України викласти у такій редакції: «заяви або повідомлення про злочин до порушення кримінальної справи можуть бути перевірені шляхом проведення оперативно-розшукової діяльності у строк, визначений частиною четвертою цієї статті». Далі — за текстом.

На нашу думку, якщо шляхом проведення комплексу відповідних процесуальних дій і оперативно-розшукових заходів у визначений законом строк не встановлені достатні дані для прийняття рішення про порушення провадження у кримінальній справі, повинна бути винесена постанова про відмову у такому порушенні, про що повинні бути повідомлені заінтересовані особи, підприємства, установи і організації (ч. 1 ст. 99 КПК України), а в разі коли є необхідність їх подальшої перевірки, має бути передбачена можливість подовження такого строку прокурором на підставі вмотивованого клопотання службової особи, що здійснює перевірку таких заяв і повідомлень.

Вважаючи, що на стадії порушення провадження у кримінальній справі здійснюється доказування, яке цілком відповідає процесуальному значенню цього поняття, окремі науковці зазначають, що всі відомості, на підставі яких приймається рішення про порушення провадження у кримінальній справі, мають ознаки кримінально-процесуальних доказів і є такими[1]. З огляду на це деякі вчені висловлюють

[1] Див.: *Ульянова Л. Т.* О достаточности доказательств // Вестник Моск. ун-та. — 1974. — № 6. — С. 23-24; *Кузнецов Н. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. — Воронеж, 1983. — С. 63, 66-70; та ін.

думку, що достатніми даними, які вказують на наявність ознак злочину, слід вважати наявність доказів, що підтверджують реальність конкретного протиправного посягання на конкретний об'єкт кримінально-правової охорони (наявність об'єкта та об'єктивної сторони конкретного складу злочину)[1]. Окремі прихильники цієї точки зору зазначають, що з урахуванням того, що кримінальну відповідальність за деякі злочини може нести лише спеціальний суб'єкт, у відповідних випадках необхідно встановити також докази про конкретного суб'єкта злочину .

Відстоюючи позицію диференційованого підходу до визначення понять доказів і доказування у кримінальному процесі залежно від його стадій, вважаємо, що виявлені точки зору на зміст підстав для порушення провадження у кримінальній справі є такими, що заслуговують на увагу.

Розвиваючи ідею про використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі, В. І. Зажицький зазначає, що ці матеріали повинні вказувати на ознаки складу злочину . Його думка, на наш погляд, справедливо критикується М. П. Поляковим, А. П. Поповим та Н. М. Поповим, які зазначають, що вказівка В. І. Зажицького на підстави до порушення провадження у кримінальній справі як на дані, що вказують на «ознаки складу злочину», є. необгрунтованою, оскільки на цій стадії процесу, в тому числі й за матеріалами ОРД, немає потреби в установленні всіх ознак складу злочину, що вище нами зазначалося. Тому невипадково в низці норм чинного КПК Російської Федерації (ч. 2 ст. 140, що відповідає ч. 2 ст. 94 КПК України) вказується на підстави до порушення провадження у кримінальній справі як на ознаки злочину. А тому сприйняття законодавцем запропонованої В. І. Зажицьким конструкції зазначеної норми призведе до відстрочення реалізації принципу публічності .

[1] Див.: *Тертишник В. М.* Кримінально-процесуальне право України: Підруч. — К.,2003. — С 412.

[2] Див.: *Кузнецов Н. П.* Вказана праця.— С. 39-42; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / Под ред. В. М. Савицкого, Б. Т. Безлепкина, П. А. Лупйнской, И. Л. Петрухина. — М., 1999. — С. 173-174; та ін.

[3] Див.: *Зажицкий В. И.* Оперативно-розыскная деятельность и уголовное судопроизводство // Российская юстиция. — 2001. — № 3. — С. 46.

Поляков М. П., Попов А. П., Попов Н. М. Уголовно-процессуальное использование результатов оперативно-розыскной деятельности: проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. Т. Томина. — Пятигорск, 1998. — С. 31.

Проаналізувавши висловлені погляди вчених на зміст підстав для порушення провадження у кримінальній справі, вважаємо, що кримінально-процесуальний закон (ч. 2 ст. 94 КПК України, ч. 2 ст. 140 КПК Російської Федерації) цілком вірно визначає підстави для порушення провадження у кримінальній справі як достатні дані, що вказують на ознаки злочину (суспільна небезпечність, протиправність, винуватість та караність). Таке формулювання цих підстав, на наш погляд, має глибоку суть, оскільки законом допускається на цій стадії процесу прийняття рішення на підставі ймовірних знань через об'єктивну неможливість встановлення вірогідних.

Закон не визначає також і кількості цих ознак й не вказує на склад злочину як на підставу для порушення провадження у кримінальній справі, і це логічно, адже кожний злочин у його конкретному виразі характеризується сукупністю властивих йому матеріально-правових ознак, які визначаються диспозицією відповідної статті кримінального закону, у зв'язку з чим не всі з цих ознак мають суттєве значення при використанні їх як підстав для прийняття обґрунтованого рішення про порушення провадження у кримінальній справі.

Ознаки злочину і ознаки складу злочину — це різні за своїм змістом поняття, хоча й пов'язані між собою. Встановлення певних ознак злочину закономірно тягне за собою і встановлення певних елементів складу злочину, а встановлена сукупність певних елементів складу злочину створює можливість для визначення певних ознак злочину.

Визначення підстав для порушення провадження у кримінальній справі як ознак складу злочину зустрічає, на наш погляд, справедливе заперечення. По-перше, проблематичним є визначення рівня знань про всі ознаки складу злочину, по-друге, на цій стадії процесу можливо встановити не всі елементи складу злочину з відповідним ступенем імовірності, а лише окремі з них.

У цьому контексті достатньо аргументованою, на нашу думку, є позиція С В. Бородіна, який зазначав, що вимога установлювати всі елементи складу злочину на цьому етапі кримінально-процесуального провадження є надмірною, вона суперечить закону і реалізація її на практиці призвела б до того, що кількість необгрунтованих відмов у порушенні провадження у кримінальній справі набагато збільшилася б[1].

[1] *Бородин С. В.* Разрешение вопросов о возбуждении уголовного дела. — М., 1970. — С . 37.

Виходячи із зазначеного, на практиці при порушенні провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД слід виходити з того, що в одних випадках є достатньою наявність у цих матеріалах даних про об'єкт і об'єктивну сторону злочину (наприклад, при виявленні документа з грифом таємності та відомостями, що є таємними, у сторонніх осіб, при виявленні трупа з ознаками насильницької смерті, контрабанди тощо), в інших випадках у матеріалах ОРД повинні бути такі додаткові ознаки, що вказують і на суб'єкта, хоча й невстановленого (наприклад, у випадках незаконного перетинання державного кордону, вибухів та підпалів з ознаками терористичного акту та ін.), а у таких злочинах, як зловживання владою, одержання хабара, в матеріалах ОРД мають міститися також дані про ознаки суб'єктивної сторони.

Отже, питання про наявність кола ознак злочину як підстав для порушення провадження у кримінальній справі, а також даних про конкретні елементи його складу, які повинні міститися в матеріалах ОРД, вирішується уповноваженою особою у кожному конкретному випадку залежно від характеру злочину, індивідуальних особливостей і конкретних обставин його вчинення.

У цьому зв'язку практика, коли провадження у кримінальних справах за матеріалами ОРД про злочини, де є спеціальний суб'єкт, порушуються за фактом[1], з нашого погляду, не відповідає вимогам ч. 2 ст. 98 КПК України, в якій указується, що, коли на момент порушення провадження у кримінальній справі встановлено особу, яка вчинила злочин, кримінальну справу повинно бути порушено щодо цієї особи.

Як свідчить аналіз оперативно-розшукових справ цієї категорії, одним із чинників поширення такої практики є те, що окремими оперативними працівниками в ході ОРД нерідко невиправдано досліджуються не обставини протиправної діяльності конкретних осіб, а в цілому фінансово-господарська діяльність установ, підприємств і організацій, у яких ці особи працюють, що призводить у ході реалізації такої оперативно-розшукової справи до порушення провадження у кримінальних справах за фактами вчинення злочинів та спрямування

[1] Кримінальні справи цієї категорії лише у 2004 р. порушені за ст. 364 КК України (зловживання владою або службовим становищем) відділами «К» Управління СБ України в Чернігівській області (№ 928), Управління СБ України в Івано-Франківській області (№487, 418, 419), Управління СБ України в Львівській області (№1489), Управління СБ України в Одеській області (№ 191, 201, 2110), Управління СБ України в Хмельницькій області (№ 382, 385, 386, 409), Управління СБ України в Чернігівській області (№ 886).

основних зусиль слідчих не на доказування вини підозрюваних, а на встановлення осіб, які вчинили злочин, що безпідставно затягує строки проведення досудового слідства, призводить до порушення прав людини.

На наш погляд, порушення провадження у кримінальних справах за фактами вчинення злочинів повинно стати не правилом, а винятком, коли встановити у повному обсязі обставини діянь з ознаками злочинів та осіб, що причетні до їх вчинення, неможливо, інакше ніж шляхом проведення невідкладних слідчих дій.

Разом із цим окремі правники вважають, що юридично більш правильно порушувати провадження у кримінальній справі за фактом, а не щодо конкретної особи, оскільки це прямо не пов'язано з обмеженням прав людини. На нашу думку, така позиція є необґрунтованою, і в першу чергу, з точки зору дотримання прав людини, оскільки порушення провадження у кримінальній справі за фактом при наявності конкретної підозрюваної особи нерідко створює можливість для уповноваженої особи необґрунтовано затягувати розслідування такої справи й безпідставно позбавляти запідозрену особу можливості активно себе захищати, тим самим порушуючи її конституційне право на захист, передбачене ст. 59 Конституції України.

Виходячи із значення акту порушення провадження у кримінальній справі як процесуального рішення, що перебуває на початковому етапі вирішення по суті кримінальної справи і полягає в тому, щоб констатувати наявність законних підстав для здійснення всієї наступної кримінально-процесуальної діяльності, в матеріалах ОРД повинні міститися достатні дані, які вказують на ознаки злочину. Ці дані мають бути не лише легалізованими, а й матеріалізованими у відповідних документах або являти собою інші носії інформації, оформлені в установленій формі, оскільки вони можуть бути покладені уповноваженою особою в основу обґрунтування такого рішення.

Наявність приводів до порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД зумовлює необхідність встановлення уповноваженою особою в кожному конкретному випадку юридичних і фактичних підстав (ч. 2 ст. 94, ч. 1 ст. 98, ч. 1 ст. 99 КПК) для ухвалення такого рішення. Важлива роль в останніх відводиться ОРД, виходячи з того, що на практиці надані оперативно-розшуковими підрозділами органам досудового розслідування матеріали ОРД фактично є одночасно і приводом до порушення провадження у кримінальній справі, й містять підстави для прийняття цього рішення. Тому невипадково на

практиці ці правові категорії в більшості випадків ототожнюються, про що свідчить аналіз понад 300 постанов про порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД слідчих СБ України, де майже у 90 % ці підстави формулюються відповідно до розроблених зразків процесуальних документів СУ СБ України у такий спосіб: «матеріали, що надійшли із підрозділу «К» (підрозділу «Т», підрозділу «ВКР»; підрозділу «КР», підрозділу «ВКЗЕ», підрозділу «ВКЗТК»), які містять достатні дані про те, що в діях... (вказуються дані, що установлюють особу) є ознаки злочину, передбаченого ст. . . . .».

Значення ОРД на етапі перевірки фактичних і юридичних підстав для порушення провадження у кримінальній справі полягає в тому, що вона, з одного боку, створює можливість використання для досягнення даної мети спеціальних таємних заходів, а з другого — держава до певного часу не використовує громіздку процесуальну процедуру. Таким чином забезпечуються законні інтереси осіб, щодо яких здійснюється ОРД, оскільки вона, як правило, проводиться таємно, що забезпечує можливість нерозголошення неперевірених обставин, що ставлять під сумнів їхнє добре ім'я та ділову репутацію. У зв'язку з цим окремі вчені цілком обґрунтовано зазначають, що обставини певних злочинів не можуть бути перевірені, інакше як шляхом проведення оперативно-розшукових негласних заходів[1]. Водночас у багатьох випадках і слідчий, і прокурор не можуть прийняти обґрунтованого рішення про порушення провадження у кримінальній справі без застосування відповідних ОРЗ для отримання достатніх даних, що вказують на ознаки злочину, чи використання матеріалів ОРД, у яких містяться такі дані, або про відмову в його порушенні.

Хоча перевірка заяв або повідомлень про злочин до порушення провадження у кримінальній справі шляхом проведення ОРД передбачена ч. 5 ст. 97 КПК України, проте на практиці через невизначеність права слідчого щодо можливості давати доручення оперативному підрозділу проводити таку перевірку виникають суперечки між слідчими та оперативними працівниками з приводу того, чи уповноважений на такі доручення слідчий, адже, виходячи із ч. 3 ст. 114 КПК України та ч. 2 ст. 6 Закону про ОРД, право слідчого давати доручення органу

Див.: *Степанов В. В.* Предварительная проверка первичных материалов о преступлениях. — Саратов, 1972. — С. 112; *Кузнецов Н. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. — Воронеж, 1983. — С. 42; *Астафьев Ю. В., Изотова Н. В.* Доказывание и оперативно-розыскная деятельность: проблемы соотношения и взаимодействия. — Курск, 2002. — С. 150-151.

дізнання про проведення розшукових заходів виникає лише за порушеної кримінальної справи, яка перебуває в його провадженні. У той же час у ч. 5 ст. 97 КПК це право чітко не визначено. Для врегулювання цього питання на практиці виникає необхідність прямої вказівки в ч. 5 ст. 97 КПК на те, що заява або повідомлення про злочин, які надійшли до слідчого, в разі необхідності можуть за його дорученням бути перевірені шляхом проведення ОРД.

Потребує правового вирішення питання узгодженості визначення підстав для порушення провадження у кримінальній справі у КПК України та в Законі про ОРД. Так, у частині 2 ст. 94 КПК України зазначається, що провадження у справі може бути порушено лише в тих випадках, коли є достатні дані, які вказують на наявність ознак злочину. У той же час у пункті 1 ст. 10 Закону про ОРД зазначається, що «матеріали ОРД використовуються як підстави для порушення кримінальної справи», а ст. 1 Закону про ОРД одним із завдань ОРД називає пошук і фіксацію фактичних даних про протиправні діяння, які передбачені КК України. Із аналізу цих норм Закону про ОРД можна зробити висновок, що змістом матеріалів, які використовуються як підстави для порушення провадження у кримінальній справі, є фактичні дані про протиправні діяння, які передбачені відповідною нормою кримінального кодексу України. Таким чином, конструкція нормативного визначення матеріалів ОРД як підстав для порушення провадження у кримінальній справі в Законі про ОРД і КПК України, з точки зору законотворчої техніки, на наш погляд, є недосконалою та створює певні труднощі у правозастосовному процесі через неоднакове їх термінологічне визначення у зазначених законодавчих актах. Разом із тим, якщо для усунення можливості неоднозначного розуміння цього питання на практиці вказати в КПК України, що підставою для порушення провадження у кримінальній справі є наявність достатніх фактичних даних, що вказують на ознаки злочину, то це не відповідатиме рівню імовірності знань про ознаки злочину, оскільки «наявність достатніх фактичних даних» необгрунтовано підвищить вимоги до їх рівня, що не відповідатиме завданням цієї стадії кримінального процесу, оскільки «наявність достатніх фактичних даних» передбачає наявність вірогідних знань, чого досягти на цій стадії практично неможливо.

У теорії кримінального процесу панівною є точка зору, відповідно до якої для ухвалення рішення про порушення провадження у кримінальній справі не потрібно з вірогідністю встановлювати наявність ознак злочину. Виходячи з цього, висловлюються думки, що провадження у кримінальній справі може бути порушене за таких умов: за наявності даних, достатніх для припущення про вчинення діяння, що підпадає під ознаки того чи іншого злочину[1]; якщо злочинне діяння підтверджується з певним ступенем імовірності ; якщо висновок про злочин, що мав місце, який звичайно має ймовірний характер, був заснований на достатніх даних[3]; при наявності такої сукупності доказів, яка дає підставу для ймовірного (а не обов'язково достовірного) висновку про те, що вчинено злочин[4]; у разі обґрунтованого припущення про існування факту вчинення злочину, а не доведеності цього факту[5]. Висловлена точка зору про достатність імовірних знань для порушення провадження у кримінальній справі, на наш погляд, є обґрунтованою, оскільки на стадії порушення провадження у кримінальній справі засоби пізнання обмежені. Такими засобами є: пояснення окремих громадян чи посадових осіб та витребування необхідних документів (ч. 4 ст. 97 КПК України), проведення ОРД (ч. 5 ст. 97 КПК України), накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187 КПК України), проведення огляду (ст. 190 КПК України). Зазначені засоби пізнання не дозволяють зробити вірогідний висновок про наявність ознак злочину. Більше того, як слушно зазначається в літературі, якщо зобов'язати уповноважених суб'єктів встановлювати з вірогідністю ознаки злочину до моменту порушення провадження у кримінальній справі, то це поставить перед цим етапом кримінального судочинства нездійсненне завдання, що може призвести до ускладнення перевірки заяв (повідомлень) про злочин[6]. Відтягування моменту порушення кримінальної справи в окремих випадках призводить до того, що втрачаються сліди злочинів та інша доказова база, що сприяє особам, які їх вчинили, уникнути кримінальної відповідальності. У таких випадках завдається шкода правам осіб, які постраждали

[1] Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / Под общ. ред. В. М. Лебедева. — М., 1997. — С. 211.

[2] Див.: *Жогин Н. В. Фаткуллин Ф. Н.* Возбуждение уголовного дела.— М., 1961. — С. 124-126; *Ларин А. М.* Структура института возбуждения уголовного дела // Советское государство и право. — 1978. — № 5. — С. 78.

[3] Уголовно-процессуальное право: Учебник / Под общ. ред. П. А. Лупинской. — М., 1997. — С . 238.

[4] Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / Отв. ред. В. И. Радченко; Под ред. В. Т. Томина. — М, 1999. — С. 206.

[5] Див.: *Чувилев А. А., Добровольская Т. Н.* Особенности преподавания курса уголовного процесса в вузах МВД СССР. — М., 1986. — С. 13.

Див.: *Кузнецов Н. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела.— Воронеж, 1983.— С. 54.

від злочину, а також інтересам суспільства і держави. Тому кримінально-процесуальний закон (ч. 2 ст. 94 КПК України) дозволяє зробити обґрунтоване припущення про винне вчинення суспільно небезпечного діяння, забороненого відповідною нормою кримінального закону. Таке припущення, природно, стосується і кваліфікації злочину, що може корегуватися й уточнюватися в процесі досудового розслідування й судового розгляду, тому для порушення провадження у кримінальній справі в матеріалах ОРД повинні міститися достатні дані, які вказують на наявність ознак злочину, що дає можливість уповноваженому суб'єкту дати його попередню кваліфікацію, яка підлягає перевірці в ході наступного розслідування кримінальної справи. Це повною мірою відповідає вимогам ч. 2 ст. 94 КПК України.

Наявність достатніх даних, що вказують на ознаки злочину, в матеріалах ОРД слід розглядати щодо їх обсягу й характеру. За своїм характером наявні дані, що містяться в матеріалах ОРД, можуть бути визнані достатніми для ухвалення рішення про порушення провадження у кримінальній справі, якщо вони свідчать про певну кримінально карану дію чи бездіяльність. Отримані в ході ОРД дані мають бути достатніми для висновку про ймовірність вчинення злочину, попередньо кваліфікованого за тією чи іншою статтею кримінального закону, оскільки висновок про вчинення злочину, як і попередня його кваліфікація в постанові про порушення провадження у кримінальній справі, мають імовірний характер і можуть бути змінені в подальшому провадженні в справі.

Фактично висновок про злочин і його попередня кваліфікація в постанові про порушення провадження у кримінальній справі і є, як слушно вказується в наукових джерелах, вираженням однієї з можливих версій події, що відбулася, яка підлягає перевірці шляхом висування й перевірки інших версій .

Отже, достатні для порушення провадження у кримінальній справі дані, що містяться в матеріалах ОРД, не можуть бути повними, всеосяжними й точними й об'єктивно відображати обставини вчинення злочину. Вони не можуть вірогідно встановлювати й доказувати наявність злочину й коло причетних до нього осіб, а також його відсутність. Ці дані спроможні вказувати на ознаки злочину лише з певним ступенем імовірності.

[1] Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П. А. Лупинская. — М., 2004. — С. 355.

Окремі науковці зазначають, що «в основу висновку про порушення провадження у кримінальній справі не може бути покладено інформаційний матеріал оперативно-розшукового характеру, а фактори наявності інформаційних відомостей оперативно-розшукового порядку повинні лише враховуватись, але вони не компенсують об'єктивних фактичних даних»[1].

Така точка зору здається нам необґрунтованою, оскільки кримінально-процесуальний закон не визначає, в який спосіб мають встановлюватися достатні дані, що вказують на ознаки злочину. У КПК України не встановлено також і вимог щодо відповідності матеріалів ОРД певним приводам і підставам до порушення провадження у кримінальній справі. Тож достатність даних як підтвердження наявності ознак злочину може визначатись і на підставі матеріалів ОРД.

На практиці виникає питання: в який спосіб слід відбивати у постанові про порушення провадження у кримінальній справі те, за допомогою чого були виявлені достатні дані, що містяться у матеріалах ОРД. Адже при цьому можуть бути розкриті негласні форми й методи оперативно-розшукової діяльності.

На нашу думку, в розкритті таких форм і методів немає потреби, оскільки закон вимагає, щоб у постанові про порушення провадження у кримінальній справі було вказано не те, якими засобами, методами та у яких формах виявлені такі дані, а результати їх виявлення — достатні дані, що вказують на ознаки злочину, тобто те, що стало підставою для порушення провадження у кримінальній справі. Отже, достатні дані, що покладаються в обґрунтування рішення про порушення провадження у кримінальній справі, повинні бути відображені в її матеріалах без розкриття форм та методів ОРД.

Особа, що приймає рішення про порушення провадження кримінальної справи за матеріалами ОРД, при оцінні таких матеріалів повинна встановити: а) наскільки вірогідні матеріали ОРД; б) чи достатньо в них даних, що вказують на ознаки злочину, і якого саме; в) наскільки повно з'ясовані й задокументовані в ході ОРД епізоди злочину чи їх сукупності; г) чи достатньо перевірені в процесі ОРД дані, які можуть бути використані в кримінальному процесі, і чи немає між ними суттєвих протиріч; г) чи виявлені усі особи, причетні до певного злочину, і роль кожної з них у злочинній діяльності; д) для прийняття яких

[1] *Жогин Н. В. Фаткуплин Ф. Н.* Предварительное следствие в советском уголовном процессе. — М., 1965. — С. 11.

рішень у кримінальній справі можна використати матеріали ОРД; є) чи є реальна можливість за матеріалами ОРД отримати докази в ході досудового розслідування; є) які матеріали ОРД додатково необхідно отримати для успішного розслідування кримінальної справи; ж) чи забезпечують проведені оперативні заходи зашифровку оперативних сил і засобів і чи є можливість вирішити ці завдання в процесі досудового розслідування, j

При прийняття рішень щодо реалізації матеріалів ОРД в кримінальному процесі окремі оперативні працівники та керівники оперативно-розшукових підрозділів вважають, що такі матеріали повинні оцінюватися з точки зору реальної судової перспективи кримінальної справи, порушеної на підставі цих матеріалів. На наш погляд, така думка є помилковою, оскільки на етапі реалізації оперативно-розшукової справи не може бути об'єктивно визначена реальної судова перспектива кримінальної справи.

Вирішення питання про судову перспективу і на етапі реалізації матеріалів ОРД, і в стадії порушення провадження у кримінальній справі суперечить загальним засадам як ОРД, так і кримінального процесу. Оперативний працівник, так само як і слідчий, не повинен перейматися питанням судової перспективи матеріалів ОРД, оскільки відповідно до закону одним із завдань ОРД є пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена ЮС України (ст. 1 Закону про ОРД), виявлення ознак злочину й осіб, що його вчинили (ч. 1 ст. 103 КПК України), його швидке й повне розкриття ОРЗ (ст. 2 КПК України).

Поняття «перспектива майбутнього розслідування» і «реальна судова перспектива кримінальної справи», не будучи визначеними в законі, можуть дезорієнтувати оперативних працівників, спрямувати їх на необхідність у всіх випадках встановлювати в ході ОРД особу, запідозрену у вчиненні злочину. Однак такий висновок суперечив би процесуальному закону і міг би призвести до необгрунтованої відмови в порушенні провадження у кримінальній справі, до розширення меж перевірки первинних даних про злочин чи до несвоєчасного використання процесуальних засобів, що вживаються з метою успішного вирішення завдань кримінального судочинства. На нашу думку, при аналізі матеріалів ОРД, що містять дані про ознаки злочину, оперативним працівникам необхідно турбуватися не про перспективу майбутнього розслідування чи судову перспективу кримінальної справи, а саме про створення оперативно-розшуковими засобами умов, що дають можливість провести необхідні слідчі дії для отримання певних доказів для успішного вирішення завдань кримінального судочинства.

У цьому аспекті слушною є думка В. І. Зажицького, який справедливо вважає, що в ході ОРД важливим завданням є створення необхідних умов для наступного успішного розслідування злочину. Створення таких умов, з точки зору правника, передбачає встановлення осіб, причетних до злочину, виявлення очевидців злочину, встановлення знарядь його вчинення, результатів злочинної діяльності і тих матеріальних предметів, які можуть у майбутньому бути речовими доказами. Це дає можливість відразу після порушення провадження у справі провести невідкладні й інші слідчі дії, отримати процесуальним шляхом надійні докази, забезпечити виконання завдань досудового слідства в цілому. Інакше кажучи, як наголошує автор, на стадії порушення провадження у кримінальній справі оперативно-розшуковим шляхом повинні встановлюватись достатні підстави для своєчасного і законного проведення слідчих дій у наступній стадії кримінального процесу .

При вирішенні проблеми використання матеріалів ОРД як підстав до порушення кримінальної справи слід врахувати пропозицію В. І. Зажицького щодо диференційованого підходу до використання матеріалів ОРД для порушення провадження у кримінальній справі. Вчений справедливо вважає, що «особливості деяких злочинів, зокрема тих, що охоплюються поняттям організованої злочинності, передбачають ретельне приховання від представників криміналу антикримінальної державної діяльності. Якщо діяти в точній відповідності з буквою ст. 3 КПК РРФСР (ст. 4 КПК України. — *М. П.),* то виявлення ознак злочину повинне спричиняти негайне порушення кримінальної справи. Однак на практиці прийняття такого рішення зводить нанівець подальші зусилля органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, спрямовані на встановлення всіх учасників злочинної групи і вчинених ними злочинів»[2]. Такий підхід, на наш погляд, слід застосовувати й у справах про злочини проти основ національної безпеки України, враховуючи, що в інтересах державної безпеки не завжди доцільно порушувати провадження у кримінальній справі та притягувати до кримінальної відповідальності особу, що здійснює, наприклад,

[1] Див.: *Зажщкий В. И.* Некоторые актуальные вопросы возбуждения уголовного дела // Труды ВКШ КГБ. — 1984. — № 31. — С. 227-228.

[2] *Він же.* Оперативно-розыскная деятельность и уголовное судопроизводство // Российская юстиция. — 2001. — № 3. — С. 46.

шпигунство в інтересах іноземних держав та організацій. В окремих випадках інтереси державної безпеки вимагають проведення довгострокової оперативної гри контррозвідувального чи розвідувального спрямування з використання цих осіб (наприклад, встановленого розвідника іноземної розвідки, що здійснює шпигунську діяльність на території України під дипломатичним чи іншим прикриттям, громадянина України чи особи без громадянства, що йому сприяє у шпигунській діяльності, та ін.). Проте неприйняття рішення про порушення провадження у кримінальній справі у випадку встановлення ознак шпигунської діяльності таких осіб за чинним кримінально-процесуальним законом сьогодні є порушенням ст. 4 КПК України, яка покладає обов'язок на оперативний підрозділ СБ України як орган дізнання, слідчого СБ України та прокурора, що здійснює нагляд за ОРД та досудовим слідством в органах СБ України, в межах своєї компетенції порушити провадження у кримінальній справі в кожному випадку виявлення ознак злочину, вжити всіх передбачених законом заходів до встановлення події злочину, осіб, винних у вчиненні злочину, і до їх покарання.

Для усунення протиріч між приписами кримінально-процесуального закону й необхідністю ефективної боротьби зі злочинами проти національної безпеки України та з організованою злочинністю вважаємо за доцільне ст. 4 КПК України доповнити частинами 2 та 3 такого змісту: «Орган дізнання, слідчий та прокурор у випадку виявлення достатніх даних, що вказують на ознаки тяжкого та особливо тяжкого злочину, вправі не порушувати провадження у кримінальній справі, якщо залишається нагальна необхідність продовжити оперативно-розшукову діяльність з метою виявлення обставин злочинної діяльності осіб, які вчиняють злочини проти основ державної безпеки, а також злочинної діяльності організованої групи.

Дозвіл на відстрочку порушення провадження у кримінальній справі та на подовження строків оперативно-розшукової діяльності дається Генеральним прокурором України або його заступником за поданням Голови СБУ України, Міністра внутрішніх справ, Голови ДПА або їх уповноважених заступників у визначеному порядку».

Докладний порядок надання відстрочки порушення провадження у зазначених кримінальних справах повинен бути визначений спільним Наказом Генерального прокурора України, Голови СБУ України, Міністра внутрішніх справ, Голови ДПА.

Матеріали ОРД можуть бути не лише підставами для порушення провадження у кримінальній справі, а й підставами для відмови в його

порушенні, якщо в них містяться дані, які вказують на непричетність певної особи до вчиненого злочину чи відсутність у її діях ознак злочину. Прикладом цього є матеріали перевірки відділом «К» Управління СБ України у Запорізькій області як органом дізнання заяви про вчинення Т. злочину, передбаченого ч. 1 ст. 208 КК України, яка перевірялася відповідно до ч. 5 ст. 97 КПК України в ході ОРД. Проведеними оперативно-розшуковими заходами встановлено, що в діях Т. відсутні ознаки злочину, передбачені зазначеною нормою КК України. Здобуті в ході ОРД дані підтвердилися й іншими матеріалами, отриманими в порядку ч. 4 ст. 97 КПК України, а саме витребуваними документами та поясненнями осіб. У зв'язку з чим було відмовлено в порушенні провадження у кримінальній справі щодо Т. на підставі п. 2 ст. 6 КПК України (за відсутністю в його діях складу злочину)[1].

Отже, матеріали ОРД як підстави для порушення провадження у кримінальній справі — це матеріали, отримані в ході ОРД, в яких містяться достатні дані, що вказують на ознаки злочину, й, будучи надані уповноваженим суб'єктам кримінального процесу, через визначений кримінально-процесуальним законом привід здатні формувати у них переконання у необхідності прийняття рішення про порушення провадження у кримінальній справі.

Питання про наявність кола ознак злочину як підстав для порушення провадження у кримінальній справі, а також даних про конкретні елементи його складу, які повинні міститися в матеріалах ОРД, вирішується уповноваженою особою у кожному конкретному випадку залежно від характеру злочину, індивідуальних особливостей і конкретних обставин його вчинення.

Підстави для порушення провадження у кримінальній справі за матеріалами ОРД мають правове значення лише в єдності з передбаченими кримінально-процесуальним законом приводами.

Для узгодження протиріч між відповідними нормами КПК України та Закону про ОРД щодо використання матеріалів ОРД як підстав для порушення провадження у кримінальній справі вважаємо доцільним у новому КПК України та новому Законі про ОРД відповідні їх норми викласти у такій редакції: «Підставою для порушення провадження у кримінальній справі є наявність достатніх даних, що вказують на ознаки злочину».

[1] Арх. № 3438 / Управління СБ України у Запорізькій області.

ft * * A *

У новому КПК України стадія порушення провадження у кримінальній справі повинна бути не лише залишена, а й отримати подальше вдосконалення. В умовах поширеного правового нігілізму в Україні ця стадія має особливе значення в захисті прав людини від необгрунтованого втручання в них правоохоронних органів.

Удосконалюючи правове регулювання порушення провадження у кримінальній справі, слід до нового КПК України внести додатково такий привід для порушення провадження у кримінальній справі як «отримання матеріалів оперативно-розшукової діяльності».

Матеріали ОРД можуть бути приводом для порушення провадження у кримінальній справі лише тоді, коли вони містять підстави — достатні дані, що вказують на ознаки злочину, й отримані та залучені до матеріалів справи уповноваженою особою в установлений законом спосіб.

РОЗДІЛ 6
ВИКОРИСТАННЯ МАТЕРІАЛІВ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ ТА ПРИЙНЯТТЯ ІНШИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ РІШЕНЬ

§ 1. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для проведення слідчих дій

У пункті 1 ч. 1 ст. 10 Закону про ОРД України зазначається, що матеріали ОРД використовуються «як приводи та підстави для порушення кримінальної справи або проведення невідкладних слідчих дій». Разом із цим аналіз норм КПК України свідчить про те, що в жодній із них немає на це прямої вказівки. Однак можливість використання матеріалів ОРД при провадженні у кримінальних справах для підготовки і проведення слідчих дій заснована на положеннях як Закону про ОРД, так і чинного КПК України. Зі змісту низки норм КПК України випливає, що матеріали ОРД можуть бути приводами та підставами для проведення окремих слідчих дій, а також використовуватися в організаційно-тактичних цілях для провадження всіх слідчих дій, що дозволяє ретельно підготувати й забезпечити їх своєчасне та' успішне проведення.

У відповідних нормах Модельного Закону про ОРД для країн-учасниць СНД[1], а також Законів про ОРД всіх, окрім України, країн — колишніх республік СРСР вказується, що «результати ОРД використовуються для підготовки і здійснення слідчих дій» . Така редакція зазначеної норми, на наш погляд, досить повно відбиває сутність цього процесу.

Невдале, на нашу думку, формулювання цієї норми в Законі про ОРД України й неузгодженість її з відповідними нормами КПК України викликали низку проблемних питань у правозастосовній діяльності, що актуалізує їх наукову розробку й законодавче врегулювання.

Документы заседания Совета Межпарламентской Ассамблеи государств — участников Содружества Независимых Государств 5 декабря 1997 г. // Информационный бюллетень МПА СНГ. — 1998. — № 16. — С. 16.

Горяинов К. К., Кваша Ю. Ф., Сурков К. В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. — М., 1997. — С. 389.

Вказівка у Законі про ОРД на те, що матеріали ОРД України використовуються як приводи та підстави для проведення невідкладних слідчих дій, порушує питання про те, що слід розуміти під термінами «приводи» й «підстави» для проведення невідкладних слідчих дій; який зміст «приводу» й «підстав» і як вони співвідносяться між собою; якими є правові наслідки виявлення приводу для проведення слідчих дій; що слід розуміти під терміном «невідкладні слідчі дії», який їх перелік; чи можуть матеріали ОРД бути приводами та підставами для інших («відкладних») слідчих дій і яких саме; чи можуть використовуватися матеріали ОРД в організаційно-тактичних цілях для підготовки і проведення слідчих дій.

Вирішення цих проблемних питань ускладнюється тим, що в чинному КПК України ні поняття «слідчі дії», ні поняття «невідкладні слідчі дії», ні їх перелік не визначаються. Немає визначення в кримінально-процесуальному законодавстві й понять «приводи» та «підстави» для проведення слідчих дій.

Питання щодо понять «слідчі дії», «невідкладні слідчі дії» та їх переліку, а також поняття «підстав» для проведення невідкладних слідчих дій є дискусійними в теорії кримінального процесу та криміналістики. А питання визначення приводу для проведення слідчих дій не розглядалося навіть у наукових працях, спеціально присвячених комплексному дослідженню проблем слідчих дій[1]. Враховуючи, що докладний аналіз цих питань є предметом самостійного наукового дослідження, висвітлимо їх лише в тих межах, що потрібні для розкриття визначеної в цьому параграфі проблеми.

На підставі аналізу наукових праць, присвячених дослідженню поняття слідчих дій[2], та норм кримінально-процесуального законодавства

Див.: *Шумило Н. Н.* Производство неотложных следственных действий органами дознания СБ Украины.— Киев, 1992.— С. 13-18; *Кузьмічов В. С.* Слідча діяльність: сутність, принципи, криміналістичні прийоми та засоби здійснення: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — К., 1996; *Горбачов О.* Слідчі дії: термінологія, поняття, види // Вісник Академії правових наук України. — 1997. — Вип. *її*— С. 125-131; *Шейфер С. А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма.— М., 2001.— С. 55-87; *Аленин Ю. П.* Процессуальные особенности производства следственных действий. — Кировоград, 2002; *Черненко А. П.* Кримінально-процесуальна регламентація слідчих дій: Дис. ... канд. юрид. наук.— Х., 2004; *Кузьмічов В. С, Чорноус Ю. М.* Слідча діяльність: характеристика та напрями удосконалення. — К., 2005; та ін.

[2] Див.: *Ларин А. М.* Расследование по уголовному делу. Планирование, организация. — М., 1970.— С. 147-148; *Шумшо Н. Н.* Вказана праця.— С. 13-18; *Кузьмічов В. С.* Вказана праця; *Белкин Р. С.* Курс криминалистики: В 3 т.— М., 1997.—

слідчі дії визначаються нами як заходи, які складаються із сукупності пошуково-пізнавальних та посвідчувальних прийомів, проводяться уповноваженими кримінально-процесуальним законом суб'єктами (органом дізнання, слідчим, прокурором та судом) у визначеному для кожного з них порядку з метою виявлення, сприйняття й закріплення фактичних даних і відомостей про їх джерела для отримання доказів у кримінальній справі та їх перевірки.

Виходячи з того, що в ч. 1 ст. 10 Закону про ОРД вказується на те, що матеріали ОРД використовуються як приводи та підстави для проведення невідкладних слідчих дій, закономірно постає питання, яке потребує визначення в межах нашого дослідження: що слід розуміти під терміном «невідкладні слідчі дії», чи існують інші «відкладні» слідчі дії й чи можуть бути матеріали ОРД для них приводами та підставами.

З нашої точки зору, термін «невідкладні» слідчі дії повинен бути виключений з чинної редакції ч. 1 ст. 10 Закону про ОРД, оскільки він для органів досудового розслідування сьогодні не має правового значення. У чинній редакції КПК України перелік таких дій відсутній. Існування в законодавстві терміна «невідкладні слідчі дії» без його нормативно-правового визначення на практиці викликає певні труднощі щодо визначення таких дій. Слід зазначити, що перелік таких дій був наведений у ч. 1 ст. 104 КПК України 1960 р. виключно для органу дізнання. Такими діями визнавалися: огляд, обшук, виїмка, освідування, затримання підозрюваного та допит підозрюваного, потерпілого, свідків.

Законом України № 335 I-XII від ЗО червня 1993 р. ця норма була змінена з виключенням цього переліку. У чинному КПК України термін «невідкладні слідчі дії» згадується лише в ч. 2 ст. 104 КПК, у якій визначається обов'язок органу дізнання передати порушену ним справу про тяжкий злочин слідчому через прокурора після проведення «невідкладних слідчих дій».

На нашу думку, із засад сучасного кримінального процесу випливає, що невідкладними слідчими діями, як для органу дізнання, так

Т. 2. — С. 234; *Громов Н. И.* Уголовный процесе России: Учеб. пособие. — М., 1998. — С. 275; *Михеєнко М. М, Нор В. Т., Шибіко В. П.* Кримінальний процес України. — К., 1999. — С. 234; *Горбачев О. В.* Поняття і коло слідчих дій // Кримінальний процес України. — Х., 2000. — С. 210; *Шейфер С А.* Вказана праця. — С 14, 38; *Аленин Ю. П.* Вказана праця. — С 8; *Тертишник В. М.* Кримінально-процесуальне право України: Підруч. — К., 2003. — С. 478; *Кузьмічов В. С, Чорноус Ю. М.* Вказана праця. — К„ 2005. — С 215; та ін.

і для слідчого, виходячи з ситуації, що складається у кримінальній справі, можуть бути будь-які з них. На практиці, наприклад, вже після огляду місця події нерідко виникає необхідність у проведенні експертизи, тобто ця слідча дія стає невідкладною, хоча в попередній редакції ч. 1 ст. 104 КПК України серед невідкладних слідчих дій вона не вказувалася. Невипадково окремими науковцями ставиться питання про необхідність призначення експертизи ще до порушення провадження у кримінальній справі[1], що за певних умов цілком доцільно.

З огляду на викладене вважаємо за доцільне до чинного законодавства внести такі зміни та доповнення.

Пункт 1 ч. 1 ст. 10 Закону про ОРД викласти в такій редакції: «1) як приводи та підстави для порушення провадження у кримінальній справі, проведення слідчих дій або для їх підготовки».

Доповнити ст. 103 КПК України положенням про те, що матеріали ОРД можуть бути використані як приводи та підстави для проведення слідчих дій або для їх підготовки, й внести це положення до проекту нового КПК України.

Виключити з ч. 2 ст. 104 КПК України термін «невідкладні слідчі дії», виклавши її в такій редакції: «У разі порушення органом дізнання провадження у справі про тяжкий злочин він зобов'язаний передати її слідчому через прокурора після виявлення ознак злочину й осіб, що його вчинили, у межах строків, передбачених частиною 2 статті 108 цього Кодексу».

Вказівка в п. 1 ч. 2 ст. 10 Закону про ОРД на те, що матеріали ОРД можуть бути приводами та підставами для проведення невідкладних слідчих дій закономірно обумовлює вирішення питання про те, що є приводом, а що є підставами для проведення цих дій, яким є зміст цих

Див.: *Бахин В. П., Ищенко А. В., Кузьмичев В. С, Цымбал П. В.* Проблемы рационализации следствия // Теоретические и практические проблемы обеспечения раскрытия и расследования преступлений криминалистическими методами и средствами. — Киев, 1992. — С. 68-70; *Кузьмічов В. С.* Слідча діяльність: сутність, принципи, криміналістичні прийоми та засоби здійснення: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — К., 1996. — С. 12-13; *Кириченко А. А., Лисиченко В. К* Теоретические и правовые проблемы криминалистической микрологии. — Харьков, 1997.— С. 94-95; *Щербаковський М. Г., Золотухін І. І.* Використання спеціальних знань в стадії порушення кримінальної справи // Вісник університету внутрішніх справ. — Х., 1997. — № 2. — С 36-44. *Каткова Т. В., Каткова Т. Г.* Процессуальные проблемы назначения и производства судебных экспертиз по уголовным делам // Сучасні судово-експертні технології в кримінальному і цивільному судочинстві: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. — Х., 2003.- С 76-78; та ін.

категорій, як вони співвідносяться між собою, а також визначення правових наслідків для особи, що проводить дізнання, чи слідчого в разі наявності приводу та підстав до проведення слідчих дій.

Слід звернути увагу на те, що коли перелік приводів до порушення провадження у кримінальній справі та їх форми чітко визначені в ч. 1 ст. 94 КПК України, то переліку приводів до проведення слідчих дій та визначення форм цих приводів у чинному КПК України немає. Проте привід об'єктивно існує для початку будь-якої діяльності, в тому числі й для проведення слідчої дії, як зовнішній чинник, що дає спонукальний поштовх для настання певних подій. А тому вказівка в Законі про ОРД України на те, що матеріали ОРД використовуються як привід для проведення слідчих дій, на нашу думку, є доцільною, проте потребує уточнення, оскільки приводом для проведення слідчих дій є не самі матеріали ОРД, а факт їх отримання уповноваженою особою (слідчим чи органом дізнання).

Отже, отримання матеріалів ОРД органом досудового розслідування як привід для проведення слідчих дій — це акт надання цьому органу матеріалів ОРД оперативно-розшуковим підрозділом або витребування їх цим органом із зазначеного підрозділу, що є юридичним фактом, який породжує відповідні кримінально-процесуальні відносини, а також тим спонукальним чинником, що формулює внутрішнє переконання в уповноваженої особи органу досудового розслідування в необхідності проведення нею певних слідчих дій з метою отримання доказів у кримінальній справі чи перевірки вже наявних.

Отримання матеріалів ОРД органом досудового розслідування із оперативного підрозділу як привід до проведення певної слідчої дії має правове значення лише в сукупності з підставами, що містяться в цих матеріалах, як передбаченими законом умовами, що дають можливість прийняти рішення про їх проведення. Відсутність таких підстав у матеріалах ОРД означає й відсутність приводу до проведення будь-яких слідчих дій.

Наявність сукупності приводу та підстав формує в особи, що проводить дізнання, й слідчого переконання в необхідності здійснити провадження певної слідчої дії, оскільки ст. 2 КПК України містить вимоги щодо охорони прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб, які беруть у ньому участь, швидкого й повного розкриття злочинів, а ст. 22 КПК України — щодо всебічного, повного й об'єктивного дослідження обставин справи.

Разом із цим така вказівка, що випливає із загальних вимог зазначених норм кримінально-процесуального закону, не має імперативного характеру й допускає широке застосування власного розсуду особи, що проводить дізнання, й слідчого при вирішенні питання про проведення тієї чи іншої слідчої дії.

На застосування власного розсуду особи, що проводить дізнання, й слідчого прямо вказується й в окремих нормах чинного КПК України, де повноваження цих осіб при проведенні слідчих дій формулюються у такий спосіб: «може бути» (статті 68, 166, 190 КПК); «за розсудом слідчого» (ст. 168 КПК); «вправі» (ст. 172 КПК); «може провести» (ст. 184 КПК); «при необхідності» (статгі 174, 175, 193, 196 КПК); «може виїхати» (ст. 194 КПК); «у разі потреби» (ст. 199 КПК); «має право» (ст. 201 КПК); «може призначити» (ст. 203 КПК).

Тому з метою уникнення спірних ситуацій, що нерідко виникають між підрозділами, уповноваженими на проведення ОРД, та слідчим при вирішенні питання про використання матеріалів ОРД як приводів та підстав для проведення слідчих дій, і контролю за прийняттям слідчим процесуальних рішень на підставі власного розсуду слід закріпити в кримінально-процесуальному законі правові наслідки отримання слідчим таких матеріалів. Відсутність правового врегулювання цього питання на практиці призводить до того, що слідчі при отриманні матеріалів ОРД в окремих випадках безпідставно необгрунтовано залишають їх без розгляду, незважаючи на те, що в цих матеріалах містяться підстави для проведення певних слідчих дій.

Така практика спричиняє ситуацію, коли матеріали ОРД, які містять цінну інформацію для об'єктивного й усебічного розслідування злочину, що отримується ціною великих зусиль оперативних працівників з докладанням напруженої копіткої фізичної, розумової та психологічної роботи в умовах ризику для свого особистого життя, здоров'я та майна, а також життя, здоров'я та майна своїх родичів та близьких й оперативних джерел, які задіяні для отримання такої інформації, матеріальних витрат на проведення відповідних ОРЗ, шляхом обмеження конституційних прав громадян, залишаються нереалізованими.

Невикористання матеріалів ОРД чи несвоєчасне їх використання для прийняття відповідних процесуальних рішень, у тому числі й проведення слідчих дій, дає змогу особам, які вчинили злочин, уникнути покарання та відшкодувати збитків, завданих вчиненням ними злочину, чи до невиправданого затягування вирішення кримінальної справи, а інколи й до незаконного притягнення до кримінальної відповідальності та засудження невинних осіб.

Прикладом цього є отримання слідчим матеріалів ОРД, у яких містилася інформація про те, що за місцем проживання обвинуваченого С. знаходяться копії підроблених ним власноручно векселів, актів їх прийому-передачі, актів звіряння заборгованості, листи формату А-4, на яких С тренувався у підробленні підписів посадових осіб банку та приватного підприємства, а також технічні засоби, на яких здійснювалося підроблення документів. Проте слідчий не прийняв своєчасного рішення про проведення відповідних слідчих дій на підставі матеріалів ОРД, у зв'язку з чим з метою уникнення кримінальної відповідальності зазначені предмети, що могли стати доказами у кримінальній справі, підозрюваний С. знищив[1].

У кримінальній справі за обвинуваченням М. і Н. за ч. 3 ст. 229[i], ч. 3 ст. 70 КК України (у ред. 1960 р.) слідчий отримав матеріали ОРД, у яких були дані про те, що в квартирі Н. зберігається наркотична речовина героїн, проте він не угледів у цих матеріалах (рапорті оперативного працівника, який отримав повідомлення від особи, що перебувало в негласних конфіденційних відносинах з ним, а також матеріалах контролю за телефонними розмовами М. і Н.) достатніх підстав для проведення обшуку в квартирі Н. У результаті цього вже в ході досудового слідства частина наркотичної речовини була реалізована невстановленим особам, а частину героїну М. і Н. намагалися переховати в інше місце .

З огляду на подібні факти вважаємо за доцільне до проекту нового КПК України внести норму такого змісту: «Матеріали оперативно-розшукової діяльності використовуються як приводи та підстави для обгрунтування рішень про проведення слідчих дій.

У разі коли особа, у провадженні якої перебуває кримінальна справа, дійде висновку, що надані їй матеріали ОРД не можуть бути використані як приводи та підстави для проведення певної слідчої дії, вона виносить про це вмотивовану постанову, яка протягом трьох діб направляється оперативному підрозділу, з якого надійшли такі матеріали, а копія цієї постанови — прокурору».

Направлення прокурору копії вмотивованої постанови про відмову у використанні матеріалів ОРД як приводів та підстав для проведення

Кримінальна справа № 174 за фактом вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 17, ст. 186[i], ч. 3 ст. 148[8] і ч. 1 ст. 172 КК України (у ред. 1960 р.) // Архів Управління СБ України в Запорізькій області.

Кримінальна справа № 1-26/00 за обвинуваченням М. і Н. за ч. 3. ст. 229[i], ч. 3 ст. 70[i] КК України (у рєд. 1960 р.) // Архів Дергачівського районного суду Харківської області.

слідчих дій дасть змогу прокурору проконтролювати обґрунтованість рішення слідчого.

Введення запропонованої нами норми до Кримінального кодексу України запобігатиме безпідставному відмовленню слідчих у використанні матеріалів ОРД для проведення певних слідчих дій, сприятиме обґрунтованості процесуальних рішень у кримінальному процесі, ефективності застосування оперативно-розшукових та кримінально-процесуальних засобів у досудовому розслідуванні кримінальних справ та захисті прав людини від злочинних посягань, а також усуненню неправомірних дій органів, у провадженні яких перебуває кримінальна справа, щодо осіб, які притягуються до сфери кримінального процесу.

У теорії кримінального процесу щодо вирішення питання про визначення поняття підстав до проведення слідчих дій та змісту цих підстав висловлюються різні точки зору. Так, В. Я. Дорохов вважав такими підставами наявність фактичних даних, з якими закон пов'язує можливість і необхідність проведення слідчої (судової) дії для одержання доказів[1].

Слушною є точка зору щодо розрізнення підстав для проведення слідчих дій на правові та фактичні . Під правовими підставами розуміється «сукупність передбачених кримінально-процесуальним законом умов, що дають слідчому право здійснити ту чи іншу дію», а під фактичними — «конкретні відомості про можливість добування доказової інформації зі слідів певного виду»[3]. На наш погляд, потребує уточнення як зміст фактичних підстав, так і те, що є їх джерелом.

Слід звернути увагу на те, що слідча дія може проводитися не лише для «добування доказової інформації зі слідів певного виду», а й для перевірки доказів, які вже є у кримінальній справі, та інших джерел інформації, в тому числі й матеріалів ОРД.

Проаналізувавши висловлені науковцями погляди на поняття та сутність підстав для проведення слідчих дій, норми КПК, у яких визначаються такі підстави, а також матеріали практики, слід визначити сутнісні ознаки цих підстав, якими, на наш погляд, є: отримання їх

Див.: *Дорохов В. Я.* Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе.—М., 1981.—С. 319.

Див.: *Ратинов А.* О следственной интуиции// Соц. законность.— 1958.— № 4 . — С. 30-31; *Шейфер С. А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма. — М, 2001. — С. 60; *Кузьмічов В. С, Чорноус Ю. М.* Слідча діяльність: характеристика та напрямки удосконалення. — К., 2005. — С. 202-203; та ін.

[3] *Шейфер С. А.* Вказана праця. — С. 60-61.

уповноваженою особою; отримання їх у визначений законом спосіб; визначеність їх (як юридичних підстав) кримінально-процесуальним законом для кожної слідчої дії; здатність їх до формування внутрішнього переконання уповноваженої особи щодо необхідності проведення певної слідчої дії та можливості отримання доказової інформації зі слідів певного виду чи перевірки вже отриманих доказів (як фактичних підстав); єдність юридичних і фактичних аспектів цих підстав.

Наведені сутнісні ознаки підстав для проведення слідчих дій, а також виявлення змісту цих підстав дають можливість визначити матеріали ОРД як підстави для проведення слідчих дій, що отримані у передбачений законом спосіб у ході здійснення ОРД, залучені до кримінального процесу у визначеному законом порядку, містять фактичні дані, здатні до формування в уповноваженої особи внутрішнього переконання в можливості отримання доказів зі слідів певного виду чи перевірки наявних доказів у кримінальній справі й необхідності прийняття процесуального рішення для проведення з цією метою відповідних слідчих дій.

Дослідження матеріалів ОРД як підстав для проведення слідчих дій потребує також визначення змісту цих підстав. У теорії кримінального процесу деякі вчені, досліджуючи зміст підстав для проведення слідчих дій, доходять висновку, що процесуальне рішення про проведення слідчих дій повинно бути засноване лише на доказах, оскільки в іншому разі воно втрачає юридичну значущість і переконливість . У цьому контексті А. Я. Дубинський писав: «Ми вважаємо, що не можуть бути визнані правильними поширені в теорії кримінального процесу й у слідчій практиці погляди, в силу яких в основу таких процесуальних рішень, як рішення про проведення обшуку, про затримання підозрюваного, у певних випадках можуть бути покладені не докази, а дані, отримані в результаті оперативно-розшукової діяльності. Реалізація зазначених процесуальних рішень тягне за собою значне обмеження прав особи, що недопустиме за відсутності доказів необхідності

' Див.: *Лупинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве, их виды, содержание и формы. — М., 1976. — С. 49; *Кузнецов Н. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. — Воронеж, 1983. — С. 35; *Дубинский А. Я.* Исполнение процессуальных решений следователя: Правовые и организационные проблемы. — Киев, 1984. — С. 22-23; *Рахимов Ю.* К вопросу о соотношении действий и решений в советском уголовном процессе // Проблемы совершенствования мер борьбы с преступностью. — Ташкент, 1986. — С. 92; Курс советского уголовного процесса: Общая часть / Под ред. Бойкова А. Д., Карпеца И. И. — М., 1989. — С. 485; Советский уголовный процесс / Под ред. Н. С. Алексеева, В. 3. Лукашевича. — Л., 1989. — С. 123.

такого рішення» . Подібної думки дотримуються й окремі фахівці в галузі ОРД . При цьому деякі прибічники цієї точки зору вважають, що одні з таких рішень обов'язково потребують як підстав доказів, а інші — їх сукупності[3].

Окремі науковці, на наш погляд, висловлюють слушну думку про те, що в основі рішень, пов'язаних з підготовкою та проведенням окремих слідчих дій, матеріали ОРД не лише можуть, а й повинні бути використані . На підтвердження обґрунтованості цієї думки свідчать результати проведеного нами аналізу норм чинного КПК, які дають можливість зробити висновок про те, що у кримінально-процесуальному законі відсутня вимога щодо обґрунтування всіх слідчих дій лише вірогідними знаннями, що випливають із сукупності кримінально-процесуальних доказів. На обґрунтування рішень про проведення окремих слідчих дій можуть бути покладені відомості, які мають і ймовірний характер. Безперечно, у ході досудового розслідування орган дізнання та слідчий повинні прагнути, щоб необхідний обсяг фактичних даних формувався, насамперед, за рахунок кримінально-процесуальних доказів, правомірність використання яких як фактичної підстави до проведення слідчих дій не викликає сумніву. Проте аналіз як матеріалів практики, так і норм чинного КПК України, що регламентують підстави для проведення слідчих дій, свідчить про те, що правова природа фактичних даних, покладених в основу окремих із них, може бути й іншою, ніж у доказів, передбачених ст. 65 КПК України,

[1] *Дубинскиц А. Я.* Вказана праця. — С 22.

[2] Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел: Общая часть. Разделы I—VII: Учебник / Под ред. В. М. Атмажитова. — М., 1990. — С. 39.

Див.: *Чувилев А. А.* Об основаниях производства отдельных следственных действий // Процессуальные вопросы производства расследования на современном этапе: Сб. науч. тр. — Волгоград, 1988. — С. 49.

Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М., 1973. — С. 290; *Зажщкий В. И., Шумило Н. Е.* Актуальные вопросы обоснованности производства некоторых следственных действий при расследовании уголовных дел о государственных преступлениях// Труды ВКШ КГБ СССР.— 1985.— № 36. — С. 295-308; *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М., 1991. — С. 86; *Комлев Б. А.* О доказательственном значении информации, добытой в ходе оперативно-розыскной деятельности // Вопросы обеспечения законности в уголовном судопроизводстве: Сб. науч. тр. — Тверь, 1993. — С. 50-56; *Голубев В. В.* Использование оперативно-розыскных данных при расследовании преступлений, связанных с коррупцией должностных лиц: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук.— М., 1996.— С. 7; *Мешков В. М., Попов В. Л.* Оперативно-розыскная тактика и особенности легализации полученной информации в ходе предварительного следствия: Учеб.-практ. пособие. — М., 1999. — С. 66-87; та ін.

оскільки для ухвалення рішення про проведення певних слідчих дій допускається використання й обґрунтованих припущень. Обумовлено це насамперед тим, що на первісному етапі досудового розслідування слідчі дії здебільшого провадяться в умовах, коли обставини вчинення злочину та необхідність їх процесуального документування й прийняття інших процесуальних рішень, спрямованих на подальше просування кримінальної справи, не терплять зволікання. На цьому початковому етапі досудового слідства процес доказування лише почався й у кримінальній справі доказів, передбачених ст. 65 КПК України, як правило, або ще немає, або їх недостатньо (немає їх необхідної сукупності) для прийняття відповідних процесуальних рішень. Тому цілком виправданим і таким, що відповідає цій стороні кримінального процесу, є прийняття перших рішень на підставі імовірних знань.

Саме тому, на наш погляд, підставою для проведення окремих слідчих дій можуть бути не лише кримінально-процесуальні докази, передбачені ст. 65 КПК України, а й фактичні дані, що містяться в матеріалах ОРД.

Виходячи з класифікації процесуальних рішень, що приймаються слідчим у кримінальній справі, за таким критерієм, як ступінь переконливості знань, які формують підстави для їх прийняття, вони поділяються на такі, що:

а) потребують вірогідних знань, отриманих процесуальним шляхом, прийняття яких може здійснюватися виключно на підставі сукупності доказів;

б) допускають наявність імовірних знань, для прийняття яких мають бути наявні точні дані чи достатні підстави, сформульовані на основі як доказів, так і інших даних, у тому числі й матеріалів ОРД.

Таким чином, підставою для прийняття процесуальних рішень першої групи, що потребують вірогідних знань, може бути виключно сукупність доказів, передбачених ст. 65 КПК України, отриманих у визначеній процесуальним законом формі. Однак при цьому слід звернути увагу на те, що рішення цієї групи стосуються формування підстав не для проведення певних слідчих дій, а спрямування досудового слідства: про притягнення особи як обвинуваченого (ст. 131 КПК), про оголошення обвинуваченому про закінчення слідства і пред'явлення йому матеріалів справи (ст. 218 КПК) тощо. Для цих рішень матеріали ОРД не мають процесуального значення. У практичній діяльності при прийнятті таких рішень вони відіграють важливу роль лише у реалізації організаційно-тактичних заходів.

Що ж до прийняття процесуальних рішень про проведення слідчих дій, то у жодній статті чинного КПК України немає вимоги, щоб підставами для таких рішень були докази, передбачені ст. 65 КПК України, чи їх сукупність. Виходячи з аналізу підстав для проведення слідчих дій, що визначені у відповідних нормах КПК, можемо зробити висновок, що для всіх слідчих дій, які спрямовані на отримання доказів, підставами можуть бути не лише докази, а й фактичні дані, отримані в ході ОРД, проте лише за умови, що вони отримані в установленому законом порядку з джерел, які заслуговують на довіру, виключають їх розшифровку й формують у слідчого внутрішнє переконання в можливості й необхідності прийняття рішення на проведення певних слідчих дій.

Залежно від класифікації процесуальних рішень про проведення слідчих дій, що приймаються органом дізнання та слідчим у кримінальній справі, за таким критерієм, як підстави втручання до сфери прав та законних інтересів людини й громадянина, вони поділяються на ті, що:

а) фіксуються в постанові слідчого й потребують відповідного рішення суду (обшук, примусова виїмка з житла чи іншого володіння особи, накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку) чи санкції прокурора (виїмка документів, що становлять державну таємницю);

б) фіксуються в постанові слідчого й не потребують відповідного рішення суду чи санкції прокурора (виїмка (окрім примусової виїмки з житла чи іншого володіння особи та виїмки документів, що становлять державну таємницю), призначення експертизи, освідування, одержання зразків для експертного дослідження);

в) не фіксуються в постанові слідчого (допит, очна ставка, огляд, освідування, пред'явлення для впізнання).

Для прийняття процесуального рішення про проведення тієї чи іншої слідчої дії орган дізнання та слідчий повинні мати певні дані, які б з відповідним ступенем імовірності вказували на можливість отримання доказів у кримінальній справі. При обґрунтуванні кожної слідчої дії необхідно враховувати особливості джерела фактичних даних, підстав для її проведення, їх характер, наявність у справі доказів, передбачених ст. 65 КПК України, а також специфіку встановлюваних у справі фактів або обставин. Це дозволяє, виходячи із слідчої ситуації, обрати саме ту слідчу дію, яка найбільше відповідатиме цій меті, правильно визначити, які дані можуть бути підставами для їх проведення, — отримані процесуальним шляхом або в ході ОРД чи тим та

іншим у сукупності, а в кінцевому підсумку забезпечить ефективність слідчої дії й у цілому досягнення мети й виконання завдань кримінального судочинства.

Якщо кримінально-процесуальній діяльності передувала ОРД або ця діяльність відповідно до Закону про ОРД та відомчих нормативних актів супроводжує кримінальне судочинство, то одним із основних її завдань є виявлення підстав для прийняття у кримінальній справі законних та обґрунтованих рішень, у тому числі й проведення слідчих дій, що сприяє швидкому й повному розкриттю злочинів, забезпеченню законних інтересів, прав та свобод осіб, що беруть участь у кримінальному судочинстві, оскільки, як свідчить аналіз практики, на ранньому етапі розслідування кримінальної справи орган дізнання чи слідчий відчувають дефіцит будь-якої інформації про обставини злочину, враховуючи те, що слідчі дії (за винятком лише огляду місця події та накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку) як засоби виявлення фактичних даних та їх джерел для отримання доказів, передбачених ст. 65 КПК України, ще не проведені й для цього потрібні відповідні підстави.

Водночас у більшості випадків таким справам передує ОРД, із матеріалів якої можна з'ясувати низку питань, що мають суттєве значення для правильного й об'єктивного розслідування злочину, зокрема про способи вчинення злочину і приховування злочинних дій; про причетних до злочину осіб; про роль кожної з цих осіб у злочинній діяльності; про їх психологічні особливості; про їх місця знаходження; про місця знаходження предметів і документів, що мають значення для справи; про зв'язки осіб, що вчинили злочин, а також про коло інших питань, вирішення яких може допомогти органу дізнання та слідчому у правильній організації розслідування кримінальної справи (плануванні слідчих дій, обранні їх тактики тощо). Тому не скористатися такими матеріалами в ході досудового слідства було б нераціонально, зважаючи на те, що й дослідчі перевірочні дії, зазначені в ч. 4 ст. 97 КПК України (відібрання пояснень від окремих громадян чи посадових осіб або витребування необхідних документів), мають обмежені пізнавальні можливості.

Враховуючи зазначене, важливим як для підрозділів, що здійснюють ОРД, так і для органів досудового слідства є надання можливості слідчому якомога повніше скористатися матеріалами ОРД, з огляду на те, що слідчі дії на ранніх етапах розслідування можуть бути ефективними лише за умов попереднього ознайомлення з матеріалами ОРД слідчого, оскільки ОРД спрямована на фізичне виявлення

фактичних даних, першоджерел інформації про обставини злочину та осіб, до нього причетних, очевидців злочину тощо таємними засобами й методами, забезпечуючи тим самим не лише оперативність отримання таких даних, а й прихованість інтересу уповноважених осіб правоохоронних органів до злочинної діяльності, чим створює можливість своєчасного, об'єктивного й усебічного її документування (встановлення ознак злочину, злочинних зв'язків тощо), а також виявлення шляхів легалізації матеріалів ОРД, а при порушенні кримінальної справи — створення сприятливих умов для проведення слідчих дій, спрямованих на отримання доказів у кримінальній справі.

На нашу думку, саме тому законодавець або не вказує в нормах КПК України на джерела інформації, що лежать в основі рішень про проведення деяких слідчих дій, або взагалі не пов'язує їх здійснення з якимись конкретними підставами, надаючи уповноваженій особі право приймати рішення з даного питання самостійно, за своїм власним розсудом та з урахуванням конкретної слідчої ситуації, що склалася у кримінальній справі.

Виходячи із засад кримінального процесу, на момент прийняття рішення про проведення слідчих дій на підставі матеріалів ОРД ці підстави повинні міститися не лише в матеріалах оперативно-розшукової справи, як це помилково інколи вважають окремі оперативні працівники, а й у матеріалах кримінальної справи, з якої вбачалось би, що таке рішення слідчого чи органу дізнання логічно випливає з процесу досудового розслідування, що дає змогу контролювати процес формування доказів, законність і обґрунтованість процесуальних рішень всім учасникам процесу, а також суду.

Так, наприклад, рішення слідчого про проведення низки слідчих дій, а саме: обшуку (ст. 177 КПК України), виїмки (ст. 178 КПК України), накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187 КПК України), огляду житла чи іншого володіння особи (ч. 4 ст. 190 КПК України), проведення освідування (ст. 193 КПК України), призначення експертизи (статті 196, 203 КПК України) повинно бути відбито у відповідній постанові, яка згідно з вимогами ст. 130 КПК України має бути мотивованою. При цьому слід зазначити, що мотивування підстав для проведення слідчих дій входить до основного змісту цього процесуального документа. Тому воно повинно включати в себе посилання на відповідні матеріали ОРД, якщо вони є підставою для цих слідчих дій.

Для прийняття рішень органу дізнання чи слідчого про проведення таких слідчих дій, як допит обвинуваченого (ст. 143 КПК України), підозрюваного (ст. 107 КПК України), потерпілого (ст. 171 КПК України), свідка (статті 166-169 КПК України); очна ставка (ст. 172 КПК України); пред'явлення для впізнання (статті 174-175 КПК України); огляд (ст. 190 КПК України) (за винятком огляду житла чи іншого володіння особи), відтворення обстановки і обставин події (ст. 194 КПК України) чинний КПК України не вимагає вказівки на підстави у постанові слідчого чи органу дізнання. Однак рішення про проведення цих слідчих дій, у тому числі й на підставі матеріалів ОРД, повинні випливати з матеріалів кримінальної справи й відбиватися у процесуальних документах, що є важливим як для виникнення юридичних наслідків таких рішень, так і для контролю за їх законністю та своєчасністю їх реалізації.

КПК України не містить вимоги, щоб при формуванні таких підстав повністю розкривалося джерело оперативно-розшукової інформації. Проте матеріали ОРД, які містяться в матеріалах кримінальної справи, повинні бути легалізованими й не розкривати форм та методів ОРД, негласних джерел оперативної інформації. Тому для дотримання режиму таємності й принципу конфіденційності Закон про ОРД України та відповідні відомчі нормативні акти покладають на оперативного працівника обов'язок забезпечити нерозголошення даних про сили, засоби, форми й методи ОРД, що становлять державну таємницю, а також про осіб, які перебувають з підрозділом, що здійснює ОРД, у конфіденційних відносинах. Враховуючи зазначене, у рапорті оперативного працівника чи іншому документі, отриманому в ході проведення ОРЗ, що міститься в матеріалах ОРД, які надаються слідчому, може бути посилання на те, що така інформація отримана в ході ОРД, однак без розкриття її оперативного джерела, форм та методів ОРД.

Для кримінального процесу важливим є те, що такий рапорт чи інший документ, отриманий у ході ОРД й залучений до кримінальної справи, є підставою для прийняття рішення про проведення певної слідчої дії.

При цьому слід враховувати, що у разі виникнення необхідності дослідження джерела такої інформації в кримінальній справі (наприклад, при необхідності допиту особи, яка перебуває у конфіденційних відносинах з підрозділом, що здійснює ОРД, як свідка з питань отримання нею інформації чи надання її оперативному працівнику або необхідності допиту як свідка негласного оперативного працівника, що проводив відповідний ОРЗ, чи інших учасників цих заходів з питань

отримання матеріалів ОРД в ході проведення цих ОРЗ та залучення матеріалів ОРД до відповідної оперативно-розшукової справи) можливе розголошення конфіденційних чи інших даних, що становлять державну таємницю у встановленому Законом про ОРД та відомчими нормативними актами порядку.

З урахуванням зазначеного ці дані повинні або підлягати виключенню із кримінального процесу, або за умов отримання відповідної згоди негласних працівників і осіб, які перебувають у негласних конфіденційних відносинах з підрозділом, що здійснює ОРД, та керівників відповідних відомств чи їх заступників, слідчі дії здійснюються з дотриманням вимог як КПК України, так, і таємного діловодства. Розгляд такої кримінальної справи у суді здійснюється у закритому судовому засіданні з дотриманням усіх правил судочинства (частини 2 - 4 ст. 20 КПК України).

Виходячи з принципів сучасного кримінального процесу України, необгрунтованою, на наш погляд, є думка В. І. Зажицького, який вважає, що підстави для проведення окремих слідчих дій можуть і не міститися в матеріалах кримінальної справи[1]. На нашу думку, якщо підставами для проведення слідчих дій є матеріали ОРД, то на них слід посилатися в протоколах відповідних слідчих дій для обгрунтування таких підстав, однак розкривати такі матеріали немає потреби (хоча при порушенні норм КПК може виникнути необхідність їх розкриття). Якщо такі матеріали розкриті у суді не будуть за певних обставин (конфіденційності стосунків, розкриття форм та методів ОРД, необхідності забезпечення безпеки оперативних працівників та їх оперативних джерел тощо), то докази отримані в ході слідчих дій, проведених на підставі матеріалів ОРД, можуть бути виключені із кримінальної справи, що підтверджується й матеріалами судової практики. Так, наприклад, у кримінальній справі за обвинуваченням С. суд не визнав доказами протокол обшуку у квартирі С, протокол огляду документів (відбитків печатки на аркуші А-4) та висновок експерта щодо цих документів, які відповідно до протоколу обшуку у квартирі С. були отримані органом дізнання на підставі матеріалів ОРД.

У судовому засіданні С. категорично заперечував, що у його квартирі знаходилися занесені до протоколу обшуку документи як такі, що

Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / Отв. ред. и рук. авт. кол-ва А. Ю. Шумилов. — М, 1997. — С. 115.

[2] Кримінальна справа № 1-145/02 за обвинуваченням С. за статтями 70, 194 КК України (у ред. 1960 р.) // Архів Центрального районного суду м. Одеси.

були виявлені у ході цього обшуку. На його переконання, як він показав, зазначені документи йому «підкинув» сам оперативний працівник К. в ході обшуку у його квартирі.

Допитані в суді як свідки поняті М. і Ч. показали, що вони під час обшуку знаходилися в коридорі квартири й не бачили, де і у якій кімнаті були виявлені документи, що занесені оперативним працівником К. до протоколу обшуку. Протокол обшуку вони підписали на прохання К., не ознайомившись з його змістом. Допитаний як свідок оперативний працівник К. показав, що порушення норм КПК «було викликано оперативною ситуацією», «... підставами для проведення обшуку була оперативна інформація, отримана пізно вечері, від оперативного джерела, яке повідомило, що у квартирі С. є підроблені ним документи і він збирається уночі їх знищити. Тому обшук на квартирі С. був проведений у ночі». Чому поняті та С. дають такі показання, К. пояснити не зміг. У зв'язку з цим суд задовольнив клопотання захисника С. про допит «оперативного джерела» К., однак останній відмовився вказати його дані.

Вірогідність даних, що містяться в матеріалах ОРД і є підставами для проведення слідчих дій, на наш погляд, не можна ставити в залежність від того, оформляється відповідне рішення постановою чи відбивається в інших процесуальних документах. У всіх випадках слідчий не може керуватися беззвітним розсудом, інтуїцією чи матеріалами ОРД, які, на його думку, заслуговують на довіру, проте не залучені у встановленому порядку до кримінальної справи, а повинен мати такі достатні дані, які відображені в матеріалах кримінальної справи й у своїй сукупності формують у нього внутрішнє переконання в реальній можливості отримання модельованих ним результатів проведенням конкретної слідчої дії — доказів у кримінальній справі.

Слід зазначити, що на практиці в окремих постановах слідчого чи органу дізнання про проведення тих чи інших слідчих дій лише вказується на те, що в матеріалах кримінальної справи є підстави (достатні дані) для їх проведення, у тому числі й одержані з матеріалів ОРД. Самі ж ці дані, як правило, у постанові не наводяться. Вважаємо, що така практика не відповідає вимогам чинного КПК України щодо вмотивованості процесуальних рішень слідчого.

Аналіз вивчених нами кримінальних справ, а також анкетування слідчих та оперативних працівників свідчить про те, що допит свідка як слідча дія є найбільш розповсюдженим у діяльності органів дізнання та слідчих. Проте при її здійсненні в 56 % вивчених нами кримінальних справ відсутні дані про підстави виклику свідка на допит.

76 % опитаних оперативних працівників органів дізнання СБ України і 14 % слідчих СБ України вважають, що для виклику свідка на допит достатньо, щоб такі дані містилися лише в матеріалах ОРД без фіксації їх в матеріалах кримінальної справи. При цьому аналіз анкетування слідчих показав, що 9 % осіб, викликаних на допит як свідки на підставі матеріалів ОРД, не дали показань через те, що їм не були відомі обставини, які мали значення для справи.

Таким чином, у результаті необгрунтованого виклику осіб на допит як свідків не лише цим особам, а й суспільним інтересам завдається шкода через те, що вказані особи вимушено і безпідставно відриваються від суспільно-корисної праці й невиправдано піддаються моральним переживанням. У зв'язку з цим у ході оперативно-розшукового документування в оперативно-розшукових справах оперативним працівникам слід більше уваги звертати на встановлення тих осіб, яким відомі обставини, що мають значення для кримінальної справи, й своєчасно надавати такі дані слідчому. Останні можуть бути використані як приводи та підстави для проведення допиту цих осіб як свідків, а також для організації проведення цих слідчих дій. У матеріалах ОРД, що надаються слідчому для використання їх як приводів та підстав для проведення слідчих дій, а також для їх організаційно-тактичного забезпечення, повинна міститися інформація про особу свідка, його обізнаність на обставинах справи, характер його відносин з підозрюваними, обвинуваченими, потерпілими, наміри стосовно дачі показань, про характер джерела, з якого отримана інформація про особу допитуваного, тощо.

Отже, на нашу думку, підстави виклику свідка на допит можуть бути отримані як із доказів або інших даних кримінальної справи, так і з матеріалів ОРД, проте такі матеріали повинні бути легалізованими й зафіксованими в матеріалах кримінальної справи. Викладеними положеннями слід керуватися й при допиті потерпілого.

Проблемним є питання про використання матеріалів ОРД як підстав для допиту обвинуваченого та підозрюваного. С. А. Шейфер з цього питання пише, що підставою для проведення допиту обвинуваченого є юридичний факт притягнення особи як обвинуваченого . З такою точкою зору частково слід погодитися, оскільки притягнення особи як обвинуваченого (ст. 131 КПК України) одночасно є і підставою.

[1] *Шейфер С. А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма. — М., 2001. — С . 62.

і приводом для проведення його допиту. У частині I ст. 143 КПК України прямо вказується, що слідчий зобов'язаний допитати обвинуваченого негайно після його явки або приводу і в усякому разі не пізніше доби після пред'явлення йому обвинувачення.

Разом із цим на практиці виникає необхідність неодноразового допиту обвинуваченого протягом усього часу досудового слідства залежно від обставин справи та об'єму обвинувачення. Отже, закономірно постає питання про можливість використання матеріалів ОРД як приводів і підстав для подальших допитів обвинуваченого.

З цього приводу 62 % опитаних оперативних працівників органів дізнання СБ України та органів внутрішніх справ і 25 % слідчих СБ України та 14 % слідчих органів внутрішніх справ вважають, що такими підставами можуть бути не лише дані, отримані процесуальним шляхом й закріплені в матеріалах кримінальної справи, а й дані, що містяться в оперативно-розшукових справах, отриманих, наприклад, через особу, що знаходиться з оперативним підрозділом у негласних конфіденційних стосунках, чи за допомогою оперативно-технічних та інших заходів тощо.

Аналіз статей 73, 74, 143, 145, 146 чинного КПК України, присвячених правовому регулюванню допиту обвинуваченого, дозволяє зробити висновок, що матеріали ОРД можуть бути приводами та підставами для допиту цих учасників кримінального процесу, проте такі підстави повинні вбачатися з матеріалів кримінальної справи. Отже, дані, що містяться в матеріалах ОРД, повинні знайти своє відображення й у кримінальній справі.

Матеріали ОРД, якщо вони не легалізовані й не залучені до кримінального процесу у визначеному законом порядку, не можуть бути приводами й фактичними підставами для допиту підозрюваного й обвинуваченого. Такі матеріали ОРД слідчий може використовувати лише для обрання найбільш доцільних тактичних прийомів проведення цієї слідчої дії, особливо це стосується даних, отриманих від осіб,

Про використання матеріалів ОРД в організаційно-тактичних цілях при проведенні слідчих дій див.: *Клюйко О. Н.* Тактические приемы использования оперативно-розыскных данных при проведении отдельных следственных действий // Труды КВШ МВД СССР. — 1978. — № 12 ее. — С. 154-167; *Гевко В. В.* Використання непроцесуальної інформації під час доказування у стадії попереднього розслідування: Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1996. — *С.* 107-124; *Колесник В. А.* Правові, організаційні і тактичні аспекти використання оперативно-розшукових матеріалів у розслідуванні злочинів: Дис. ... канд. юрид наук. — К., 1998. — С 105-112; та ін.

що перебувають з оперативним підрозділом у негласних конфіденційних відносинах, чи отриманих у ході відповідного оперативно-технічного заходу, оскільки використання таких даних без їх попередньої легалізації може призвести до розшифрування форм та методів ОРД і завдати шкоди не лише розслідуванню певної кримінальної справи, а й створити загрозу небезпеки особам, що брали участь в ОРД, окремим учасникам кримінального процесу і в цілому ОРД як засобу боротьби зі злочинністю.

Одним із проблемних у теорії кримінального процесу та криміналістики є питання про використання в ході допитів обвинуваченого, підозрюваного свідка та потерпілого предметів, документів та вербальної інформації[1], отриманих у ході ОРД. З цього приводу вченими та практиками висловлюються різні точки зору.

На думку Д. І. Бєднякова, практика ознайомлення допитуваного з предметами і документами, отриманими в ході ОРД, без пояснення йому їх походження є допустимою й відповідає кримінально-процесуальному закону. При цьому вчений вважає, що відбиття факту такого ознайомлення в протоколі допиту є необов'язковим, оскільки кримінально-процесуальний закон вимагає зазначати в протоколі допиту лише факт пред'явлення доказів, а предмети й документи, отримані оперативним шляхом, такими не є до моменту залучення їх у кримінальний процес[2].

Протилежну точку зору з цього приводу висловлює В. В. Гевко. Вчений аргументовано доводить, що за загальною логікою доказування особа, яка веде розслідування, не вправі оперувати будь-якими даними, відсутніми в кримінальній справі, тому такі матеріали мають бути введені до кримінального процесу через визначені законом джерела й лише після цього використовуватися під час допитів[3].

На користь цієї точки зору слід додати й те, що в чинному КПК України насправді немає прямої вказівки, щоб допитуваному давалося пояснення походження предметів і документів, отриманих у ході ОРД, які йому пред'являються. Однак факт пред'явлення таких документів і предметів повинен заноситися до протоколу допиту, оскільки в ст. 85 КПК України зазначається, що в протоколі про кожну слідчу дію мають бути вказані її зміст і всі істотні для справи обставини, виявлені при виконанні даної слідчої дії. Окрім того, при пред'явленні таких матеріалів (предметів чи документів), виходячи із засад доказового права, допитувана особа чи її захисник можуть поставити питання про природу походження таких матеріалів, а також піддати сумніву законність їх походження та оскаржити правомірність пред'явлення обвинуваченому чи іншій допитуваній особі тих матеріалів, які не залучені до кримінального процесу або залучені не у визначений законом спосіб.

Не можна посилатися в ході допитів обвинуваченого, підозрюваного, свідка та потерпілого й на вербальну інформацію, отриману в ході ОРД від осіб, які перебувають з підрозділом, що здійснює ОРД, у негласних конфіденційних стосунках, а також на інформацію, отриману оперативним працівником у ході його особистої розвідувально-пошукової та розшукової діяльності, якщо такі особи попередньо не допитувалися як свідки і в матеріалах кримінальної справи відсутні протоколи їх допитів. Така інформація може бути використана лише в організаційно-тактичних цілях при проведенні допитів обвинуваченого, підозрюваного, свідка та потерпілого без розшифрування її джерел, а тим більше форм та методів її отримання.

Відповідно до ст. 177 КПК України обшук проводиться в тих випадках, коли є достатні підстави вважати, що знаряддя злочину, речі й цінності, здобуті злочинним шляхом, а також інші документи й предмети, які мають значення для встановлення істини в справі чи забезпечення цивільного позову, знаходяться у певному приміщенні або місці чи в якої-небудь особи. Обшук проводиться також у випадку, коли є достатні дані про те, що в певному приміщенні або місці знаходяться розшукувані особи, трупи чи тварини.

У статті 178 КПК вказується, що виїмка проводиться у випадках, коли є точні дані, що предмети чи документи, які мають значення для справи, знаходяться у певної особи чи в певному місці. При цьому законодавець не називає ні джерел, з яких можуть бути отримані такі дані, ні тих дій, що повинні бути здійснені для їх здобуття.

Враховуючи, що обшук і виїмка є примусовими заходами, пов'язаними із втручанням в особисте життя певних осіб, і їх проведенню передує складання письмового документа, де необхідність названих заходів повинна відповідно до ст. 130 КПК України мотивуватися, в теорії кримінального процесу висловлюються полярні думки щодо використання матеріалів ОРД як підстав для їх проведення.

[1] Докладно про отримання вербальної інформації див.: *Удалова Л. Д.* Теорія і практика отримання вербальної інформації у кримінальному процесі. — К., 2005.

[2] Див.: *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М., 1991. — С. 109.

[3] Див.: *Гевко В. В.* Використання непроцесуальної інформації під час доказування у стадії попереднього розслідування: Дис…. канд. юрид. наук. — К., 1996. — С. 116.

Так, С. А. Шейфер вказує, що кримінально-процесуальний закон щодо виїмки встановлює правило, згідно з яким вона здійснюється, якщо точно відомо, де й у кого перебувають предмети й документи, що підлягають вилученню. Це, на думку вченого, свідчить про необхідність наявності певної сукупності доказів як підстав для її проведення[1]. Така думка поділяється й іншими науковцями, які вважають, що підставами для проведення обшуку та виїмки можуть бути лише докази[7]. Однак вона зустрічає і справедливе заперечення[3].

З нашого погляду, вищезазначені вимоги закону до підстав проведення виїмки (ст. 178 КПК України) свідчать про те, що «точність» відомостей про перебування предметів у певної особи чи у певному місці характеризується ступенем імовірності інформації, яку має уповноважена особа як підставу для її проведення, а не джерелом їх одержання.

Отже, матеріали ОРД, отримані з декількох незалежних оперативних джерел, які заслуговують на довіру і дають можливість одержати об'єктивне знання про предмет дослідження, можуть бути підставою для прийняття рішення про проведення виїмки, проте за умови, що вони відображені належним чином у матеріалах кримінальної справи.

Прикладом цього є виїмка за місцем проживання підозрюваного М. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 307 КК України, психотропної речовини «екстезі»[4]. Ця слідча дія була проведена на підставі матеріалів ОРД — рапорту оперативного працівника, в якому вказувалося, що «в ході проведених ОРЗ отримана достовірна інформація про те, що в нижньому ящику кухонної шафи підозрюваного М. у двох целофанових пакетах містяться таблетки психотропної речовини «екстезі» в кількості 670 штук». Для формування переконання слідчого в достовірності підстав для проведення виїмки йому було надано для ознайомлення письмове повідомлення особи, що перебувала з оперативно-розшуковим підрозділом у негласних конфіденційних відносинах, про те, що в нижньому ящику кухонної шафи підозрюваного М. в двох целофанових пакетах містяться таблетки психотропної речовини «екстезі» в кількості 670 штук, яке підтверджувалося проведеними за місцем проживання підозрюваного М. негласним оглядом та фотографуванням цієї речовини і висновком фахівця. При пред'явленні постанови підозрюваному М. про проведення в нього виїмки таблеток психотропної речовини «екстезі» з вказівкою на їх кількість та місце знаходження він видав їх добровільно.

Відповідно до ст. 177 КПК України достатніми підставами для проведення обшуку, окрім доказів, можуть бути також і матеріали ОРД, якщо вони отримані із оперативних джерел, що заслуговують на довіру, і здатні до формування переконання в уповноваженої особи про необхідність проведення цієї слідчої дії.

Законність матеріалів ОРД як підстав для проведення обшуку забезпечується санкціонуванням прокурором ухваленої слідчим вмотивованої постанови на обшук, а в разі обшуку житла чи іншого володіння — наявністю вмотивованої постанови судді, ухваленої на підставі подання слідчого за попереднім погодженням з прокурором, які досліджують законність і обгрунтованість таких підстав, що забезпечує належний рівень правової захищеності особи, яка підлягає обшуку.

У цьому контексті Д. І. Бедняков і Б. А. Комлєв пропонують оцінювати достатність тієї чи іншої інформації як підстави для проведення обшуку залежно від процесуального положення особи, що підлягає обшуку. Якщо такою особою є підозрюваний чи обвинувачений, то, на їх думку, як підстави для проведення цієї слідчої дії достатньо оперативної інформації, оскільки зазначені особи вже обмежені в правах і ще один примусовий захід їх положення не погіршить. Крім того, їх винність, а отже, і можливість застосувати примус до них уже підтверджена. Якщо ж виріниється питання про необхідність обшуку у свідка, то тут, на погляд правників, бажана наявність доказів[1].

З нашої точки зору, така думка є необгрунтованою, оскільки правовий статус особи, що підлягає обшуку, згідно з кримінально-процесуальним законом не має правового значення для формування підстав

[1] Див.: *Шейфер С. А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма. — М, 2001. — С. 111-112.

• Див.: *Петрухин И. Л.* Личная жизнь: пределы вмешательства.— М, 1989.— С. 73; Учебник уголовного процесса. — М., 1995. — С. 193.

[3] Див.: *Чувшев А. А.* Использование следователем оперативно-розыскной информации в стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1985.— С. 53; *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М., 1991. — С. 104; *Комлев Б. А.* О доказательственном значении информации, добытой в ходе оперативно-розыскной деятельности // Вопросы обеспечения законности в уголовном судопроизводстве: Сб. науч. тр. — Тверь. — С. 52.

[4] Кримінальна Справа № 1-125/03 за обвинуваченням М. за ч. 3 ст. 307 КК України // Архів Солом'янського районного суду м. Киева.

[1] Див.: *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений.— М., 1991.— С. 104-107; *Комлев Б. А.* О доказательственном значении информации, добытой в ходе оперативно-розыскной деятельности // Вопросы обеспечения законности в уголовном судопроизводстве: Сб. науч. тр. — Тверь, 1993. — С. 55.

для проведення цієї слідчої дії. Виходячи з аналізу ст. 177 КПК України, достатні підстави на проведення обшуку можуть бути отримані як із доказів чи їх сукупності, так і з матеріалів ОРД чи із сукупності доказів і матеріалів ОРД незалежно від правового статусу особи, щодо якої проводиться ця слідча дія.

Підставою для проведення обшуку в офісі Л. було повідомлення особи, яка перебувала з оперативним підрозділом у негласних конфіденційних відносинах, про те, що Л. у своєму кабінеті зберігає підроблені ним митні декларації, знаряддя для підроблення митних документів, велику суму грошей, отриманих за контрабанду товару, адреси покупців товару, а також блокнот, у якому вказані номери телефонів його злочинних зв'язків у митних та інших правоохоронних органах[1].

Кримінально-процесуальний закон не перешкоджає проведенню обшуку в умовах невідкладності, коли рішення з даного питання особа, що веде кримінальний процес, приймає одноосібно без санкції прокурора чи вмотивованої постанови судді у складній слідчій ситуації на підставі матеріалів ОРД (частини 4, 6 ст. 177 КПК). Проте ці дані повинні формувати в уповноваженої особи переконання в тому, що вони є достатніми для прийняття рішення про проведення обшуку. Якщо ця слідча дія проводиться після порушення провадження у кримінальній справі, то, як правило, до її проведенням такі дані повинні відображатися в матеріалах кримінальної справи. Однак в окремих випадках це об'єктивно неможливо, оскільки і порушення провадження у кримінальній справі, і обшук можуть провадитися або одночасно, або з дуже незначним розривом у часі.

Так, наприклад, у ході проведення візуального спостереження за об'єктом оперативно-розшукової справи «Грачі» М. з використанням слухового контролю та негласної відео зйомки було встановлено, що він на власному автомобілі їде до себе на дачу, куди, з його слів, прибуде через 10 хвилин, для того, щоб взяти у схованці, що знаходиться в його лазні, 500 г. героїну та передати його наркокур'єру К., який також прямує до нього на дачу на автомобілі з території РФ, маючи при собі зброю. Героїн у цей же день планувалося переправити через кордон у місці, що знаходиться за 700 м від дачі М., до РФ. На підставі отриманих матеріалів ОРД оперативним підрозділом як органом

[1] Кримінальна справа № 1-116/03 за обвинуваченням Л. за ч. 1 ст. 201, ч. 1 ст. 369, ч. 2 ст. 358 КК України, С за ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 368 КК України // Архів Червонозаводського районного суду м. Харкова.

дізнання одночасно були прийняті рішення про порушення провадження у кримінальній справі за ознаками злочинів, передбачених ч. 3 ст. 307, ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 201 КК України, затримання М. і К. у момент передачі героїну і проведення їх особистого обшуку, обшуку їх транспортних засобів, а також обшуку на дачі М. із наступним повідомленням про це прокурора в порядку, передбаченому ч. 6 ст. 177 КПК України. У результаті проведення комплексу ОРЗ та слідчих дій була припинена низка злочинів, що вчинялися злочинною групою протягом двох років[1].

Враховуючи, що кримінально-процесуальний закон не вимагає сукупності доказів як підстав для проведення огляду (статті 190, 192 КПК), освідування (ст. 193 КПК), накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187 КПК), огляду і виїмки кореспонденції та дослідження інформації, знятої з каналів зв'язку (ст. 187[i] КПК), матеріали ОРД можуть бути використані як приводи та підстави й для проведення зазначених слідчих дій.

Слідчі дії, основною метою яких є перевірка отриманих у кримінальній справі доказів[2] (очна ставка (ст. 172 КПК), пред'явлення особи для впізнання (ст. 174 КПК), пред'явлення предметів для впізнання (ст. 175 КПК), відтворення обстановки й обставин події (ст. 194 КПК), проведення експертизи (статті 75, 196-205 КПК)), можуть мати як підстави проведення лише дані, отримані процесуальними способами, — відповідну сукупність доказів, оскільки без цього вони не мали б предмета перевірки. Прикладом цього є очна ставка, яка втрачає всякий сенс без попереднього допиту тих осіб, у чиїх показаннях передбачається усунути протиріччя. Немає сенсу й у пред'явленні особи чи предмета для впізнання без попереднього допиту особи, яка впізнає, про зовнішній вигляд і прикмети особи, що упізнається, а також про обставини, за яких особа, що впізнає, бачила цю особу, чи ознаки й обставини, за яких вона спостерігала цей предмет. Проте й при проведенні цих слідчих дій матеріали ОРД мають тактичне значення для організації їх проведення і в окремих випадках визначають їх спрямованість та результативність.

[1] Оперативно-розшукова справа «Грачі», арх. № 398 // Управління СБ України и Харківській області.

[2] Визначення цих слідчих дій як дій перевірочних є суто умовним, оскільки, як вже зазначалося у цій роботі, всі слідчі дії в кінцевому підсумку спрямовані як на тримання, так і на перевірку доказів у кримінальній справі.

Так, наприклад, у кримінальній справі за обвинуваченням С. за статтями 70 та 75 КК України (у ред. 1960 р.) свідок 3. дав показання про обставини перетинання незнайомою йому особою на завантаженому автомобілі КамАЗ державного кордону в об'їзд митного контролю, а також про те, що він може впізнати цю особу, докладно описавши її зовнішність, оскільки особисто з нею спілкувався і розповідав їй на її прохання про стан польової дороги, що проходить за прикордонною смугою на території РФ. У ході здійснення низки ОТЗ було отримано інформацію, що свідок 3. перед проведенням впізнання обвинуваченого С. вже мав контакт з його родичами, яким він за винагороду пообіцяв при проведенні цієї слідчої дії заявити, що С. не є тією особою, про яку він давав показання на допиті.

Вчасно отримані матеріали ОРД дали змогу слідчому відкласти проведення впізнання. З метою подолання протидії розслідуванню злочину провести низку слідчих дій та організаційно-тактичних заходів, у результаті чого впізнання було проведено на належному рівні й відобразило об'єктивні дані, що мали вирішальне значення для прийняття законного й обґрунтованого рішення у кримінальній справі[1].

Отже, на відміну від використання матеріалів ОРД як приводів та підстав для проведення певних слідчих дій, можливість їх використання в організаційно-тактичних цілях для підготовки й проведення будь-яких слідчих дій є загальновизнаною . Матеріали ОРД у цьому аспекті можуть активно використовуватися при визначенні основних

Кримінальна справа № 1-148/02 за обвинуваченням С за статтями 70 та 75 КК України (у ред. 1960 р.) // Архів Московського районного суду м. Харкова.

[2] Див.: *Дулов А. В., Нестеренко П. Д.* Тактика следственных действий. — Минск, 1971. — С. 8; *Величкын С. А.* Организация расследования преступлений. — Л., 1985. — С. 79; *Белкин Р. С.* Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. От теории — к практике.— М., 1988.— С. 113; *Болтенко С.* Источники информации о личности обвиняемого-рецидивиста // Теория и практика криминалистики и судебной экспертизы. — Саратов, 1989. — Вып. 8. — С. 44-50; *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М., 1991. — С. 106; *Коновалова В. Е.* Межнаучные связи криминалистической тактики // Проблемы законности. — Харьков, 1995. — Вып. 29. — С. 12-16; *Мешков В. М., Попов В. Л.* Оперативно-розыскная тактика и особенности легализации полученной информации в ходе предварительного следствия: Учебно-практическое пособие. — М, 1999. — С. 18-44; *Кореневский Ю. В., Токарева М. Н.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам: Метод, пособие. — М., 2000. — С. 32-61; *Бахин В. П.* Криминалистика. Проблемы и мнения (1962-2002).— Киев, 2002.— С. 110-175; *Шепитько В. Ю.* Теория криминалистической тактики: Монография. — Харьков, 2002. — С . 13-15; та ін.

напрямів розслідування, висуванні й обгрунтуванні слідчих версій, обранні найбільш доцільних у даній слідчій ситуації слідчих дій і оперативно-розшукових заходів, послідовності їх проведення, розробки заходів щодо організації протидії злочинності тощо. Із матеріалів ОРД слідчий може отримати інформацію про місцезнаходження предметів, документів, їх ознаки, індивідуальні особливості, відомості про допитувану особу, її фізичні можливості сприйняття відповідних подій злочину та їх відтворення, про характер відносин з обвинуваченими, потерпілими, свідками, про її заінтересованість у результатах справи, про готовність дати правдиві показання тощо.

Так, наприклад, оперативна інформація, вчасно отримана від особи, що перебувала у негласних конфіденційних відносинах з оперативним підрозділом, у кримінальній справі за обвинуваченням К. за ст. 70 КК України (у ред. 1960 р.), допомогла в ході повторного обшуку за місцем проживання К., а також за місцем проживання його тещі виявити у хліві під підлогою, де перебувала коза, місце сховища золотих зливків і дорогоцінних каменів, які обвинувачений контрабандним шляхом завіз із Туреччини[1].

Отримання таких даних, що містяться в матеріалах ОРД, дає можливість слідчому використати їх як при загальному плануванні слідчих дій і оперативно-розшукових заходів у розслідуваній кримінальній справі, так і при плануванні окремих слідчих дій для визначення часу, місця та послідовності їх проведення, кола учасників, необхідності застосування технічних засобів, оперативно-розшукового супроводження, моделювання можливих варіантів поведінки обвинуваченого, підозрюваного, свідка, потерпілого та інших її учасників, визначення ступеню їх поінформованості щодо обставин справи і розробити на цій підставі відповідні організаційно-тактичні заходи з використання найбільш доцільних тактичних прийомів психологічного впливу на зазначених осіб для створення умов дачі ними правдивих показань і максимального відтворення отриманої ними інформації в ході сприйняття обставин злочину.

Отримана слідчим інформація, що міститься в матеріалах ОРД, дає йому можливість використати такі тактичні прийоми для створення в допитуваної особи перебільшеного уявлення про його поінформованість щодо обставин розслідуваного злочину, про наявність

[1] Кримінальна справа № 1-124/00 за обвинуваченням К. за ст. 70 КК України (у ред. 1960 р.) // Архів Центрального районного суду м. Одеси.

у нього значних технічних можливостей для виявлення тих обставин, які допитувана особа намагається приховати, формування у допитуваного враження, що його викриття відбулося через власну недбалість або через зраду співучасників злочину, про необхідність сприяння слідству у розкритті злочину тощо.

При використанні матеріалів ОРД в організаційно-тактичних цілях під час прийняття процесуальних рішень про проведення слідчих дій важливою є зашифровка негласних джерел їх отримання, на що прямо вказується у відповідних відомчих нормативних актах СБ України, МВС України, ДПА України.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що чинне кримінально-процесуальне законодавство допускає можливість використання матеріалів ОРД як юридичних і фактичних підстав для прийняття рішення про проведення слідчих дій, спрямованих на отримання доказів. Матеріали ОРД можуть також використовуватися для проведення всіх слідчих дій в організаційно-тактичних цілях. Прийняте на підставі матеріалів ОРД рішення про проведення певної слідчої дії повинне бути вмотивованим і випливати із матеріалів кримінальної справи, не розкриваючи при цьому форм та методів отримання таких матеріалів.

§ 2. **Використання матеріалів оперативно-розшукової** діяльності для **застосування примусових заходів**

Сучасна вітчизняна кримінально-процесуальна доктрина, сприйнявши міжнародні стандарти у сфері захисту прав людини, ґрунтується на положенні про те, що прийняття у кримінальних справах законних і обґрунтованих рішень, у тому числі й про застосування запобіжних заходів, є запорукою досягнення мети кримінального процесу, який, особливо у справах про організовану злочинність, здійснюється у складних соціально-правових умовах, викликаних полярними інтересами його учасників.

У таких справах окремі суб'єкти кримінального процесу нерідко активно протидіють органам досудового розслідуванням та суду у встановленні істини у справі та прийнятті в ній законного й обґрунтованого рішення з метою уникнення відповідальності за вчинені злочини чи досягнення іншої незаконної мети або законної мети у незаконний спосіб, реалізовують її із застосуванням протизаконних насильницьких кримінально караних діянь, створюють реальну загрозу життю, здоров'ю, житлу і майну інших учасників процесу та членів їх сімей

і близьким родичам, перешкоджають виконанню процесуальних рішень у справі, а інколи продовжують іншу організовану злочинну діяльність. Тому для забезпечення ефективного просування кримінальної справи у бік встановлення істини та вирішення соціального конфлікту, спричиненого злочином, процесуальним законом встановлені примусові заходи та заходи безпеки щодо осіб, які беруть участь у кримінальному процесі, членів їх сімей і близьких родичів.

У прийнятті процесуальних рішень про застосування цих заходів певну роль відіграє ОРД, що забезпечує прийняття своєчасних, законних та обґрунтованих рішень у кримінальному процесі й справедливе вирішення кримінальної справи та забезпечення прав і свобод людини.

Питання про можливість використання матеріалів ОРД для ухвалення рішення про застосування примусових заходів до певних учасників кримінального процесу пов'язане із визначенням поняття і системи цих заходів, тлумаченням змісту приводів та підстав для їх застосування та визначення ролі матеріалів ОРД у формуванні таких приводів та підстав.

Слід зазначити, що чинний КПК України окремо не визначає поняття та систему примусових заходів. У теорії кримінального процесу це питання дискусійне і є предметом окремого наукового дослідження[1], тому, не вдаючись до його докладного висвітлення, виходимо з того, що примусові заходи — це заходи, передбачені кримінально-процесуальним законом, які застосовуються у визначеному ним порядку уповноваженими на це державними органами та їх посадовими особами за наявності встановлених законом приводів та підстав щодо підозрюваного, обвинуваченого та інших учасників кримінального процесу, спрямовані на попередження й припинення з боку зазначених осіб неправомірних дій, що перешкоджають чи можуть перешкодити

[1] Див.: *Лившиц Ю. Д.* Меры пресечения в советском уголовном процессе. — М., 1964; *Коврига З. Ф.* Уголовно-процессуальное принуждение.— Воронеж, 1975; *Чистякова В. С.* Законность и обоснованность применения мер уголовно-процессуального принуждения. — М., 1978; *Зинатуллин З. З.* Уголовно-процессуальное принуждение него эффективность.— Казань, 1981; *Михайлов В. А.* Меры пресечения в советском уголовном судопроизводстве. — М., 1991: *Рыжаков А. П.* Меры пресечения. — М., 1996; *Григорьев В. Н.* Задержание подозреваемого.— М., 1999; *Трунов И. Л., Трунова Л. К.* Меры пресечения в уголовном процессе. — СПб., 2003; Меры процессуального принуждения в досудебном производстве по уголовным делам / Под ред. М. Е. Токаревой. — М., 2005; Проблеми затримання та взяття під варту на досудовому провадженні по кримінальній справі / В. І. Борисов, Н. В. Глинська, В. С Зеленецький, О. Г. Шило. — Х., 2005; та ін.

належному вирішенню кримінальної справи органами досудового розслідування й суду.

На підставі аналізу норм чинного КПК України, результатів наукових досліджень у цій сфері та матеріалів практики примусові заходи нами поділяються на запобіжні заходи, що передбачені ст. 49 КПК, та інші заходи процесуального примусу.

Як запобіжні заходи в ст. .149 КПК України визначаються: 1) підписка про невиїзд; 2) особиста порука; 3) порука громадської організації або трудового колективу; 4) застава; 5) взяття під варту; 6) нагляд командування військової частини. Іншими заходами примусу є: запобіжне обмеження щодо особи, відносно якої порушено провадження у кримінальній справі (ст. 98[i] КПК); затримання підозрюваного у вчиненні злочину (ст. 106 КПК); накладення арешту на майно (ст. 126 КПК); привід обвинуваченого (статті 135, 136 КПК), привід свідка (ч. 2 ст. 70, ст. 292 КПК), привід потерпілого (ч. 3 ст. 72, ст. 290 КПК); відсторонення обвинуваченого від посади (ст. 147 КПК); зобов'язання про явку підозрюваного, обвинуваченого або підсудного (ч. 3 ст. 148 КПК).

Роль матеріалів ОРД у прийнятті рішення про застосування примусових заходів у кримінальному процесі обумовлюється тим, що прийняття такого рішення допускається лише в тих випадках, за тими приводами та підставами й у тому порядку, які прямо передбачені законом, що викликано необхідністю створення відповідних гарантій від довільного використання уповноваженими особами своїх процесуальних повноважень по застосуванню примусових заходів у кримінальному судочинстві, забезпечення законності й ефективності просування кримінальної справи та її вирішення.

Незважаючи на те, що проблема примусових заходів була предметом дослідження в багатьох наукових працях, у тому числі й монографічного характеру, така правова категорія, як привід для їх застосування, в теорії кримінального процесу всебічно не досліджувалася, хоча вона має юридичне значення як спонука для застосування окремих із них. Для предмета нашого дослідження її значення обумовлюється вирішенням питання про те, чи може акт отримання матеріалів ОРД уповноваженою особою бути приводом для застосування Примусових заходів, яких конкретно і якими є правові наслідки отримання таких матеріалів уповноваженою особою.

Порівняльний аналіз процесуальних норм свідчить про те, що привід для застосування примусових заходів визначається в них порізному. Конструкція окремих норм КПК вказує на те, що привід та підстави для застосування примусових заходів не мають у них чіткого визначення, і в цьому, на наш погляд, для окремих із них є сенс, оскільки привід та підстава мають правове значення для прийняття рішення для застосування примусових заходів лише у своїй єдності. За відсутності одного з цих елементів, що утворюють органічну єдність, рішення про застосування будь-якого примусового заходу не може бути прийняте.

Залежно від законодавчого формування приводів для застосування примусових заходів їх можна розділити на дві групи. До першої групи приводів належать ті з них, які мають імперативний характер, на що прямо вказує закон, формулюючи їх у такий спосіб: «слідчий зобов'язаний» (статті 98, 147 КПК України) та ін. Ці приводи пов'язані з виникненням конкретних юридичних фактів, якими, наприклад, є: порушення провадження у кримінальній справі — для застосування запобіжного обмеження щодо особи, відносно якої порушено кримінальну справу (ст. 98[i] КПК України); отримання даних уповноваженою особою про те, що обвинувачений чи підозрюваний несуть матеріальну відповідальність за вчинені ними дії, — для забезпечення цивільного позову і можливої конфіскації майна обвинуваченого, підозрюваного шляхом накладення на нього арешту (ч. 1 ст. 126 КПК України); притягнення особи до кримінальної відповідальності за посадовий злочин — для відсторонення обвинуваченого від посади (ч. 1 ст. 147 КПК України); неявка без поважних причин обвинуваченого (статті 135, 136 КПК України), свідка (ч. 2 ст. 70, ст. 292 КПК України), потерпілого (ч. 3 ст. 72, ст. 290 КПК України) — для їх приводу. Цілком очевидно, що отримання уповноваженими особами матеріалів ОРД не може бути приводом для прийняття рішень цієї групи, оскільки вони для них не мають юридичного значення. Проте велика роль при прийнятті таких рішень відводиться матеріалам ОРД в інформаційному забезпеченні розробки тактики з їх реалізації.

До другої групи приводів належать ті, які не мають імперативного характеру. Прийняття рішення про їх застосування з настанням певних юридичних фактів залежить від власного розсуду особи, в провадженні якої перебуває кримінальна справа, на що вказується в окремих нормах чинного КПК України, де повноваження цих осіб по застосуванню примусових заходів формулюються у такий спосіб: «вправі затримати особу» (ст. 106 КПК України) тощо. До цієї групи рішень входять і рішення по застосуванню запобіжних заходів (ст. 148 КПК України), що випливає з аналізу підстав для їх застосування, де вони формулюються у такий спосіб: «за наявності достатніх підстав».

Отже, приводом для застосування примусових заходів уповноваженим суб'єктом кримінального процесу є юридичні факти, настання яких, залежно від встановлених законом умов, зобов'язує чи надає право зазначеному суб'єкту прийняти рішення про їх застосування до певної особи з метою забезпечення ефективного просування кримінальної справи у бік встановлення істини й прийняття на цій основі законного й справедливого рішення для вирішення соціального конфлікту, спричиненого злочином.

Отримання матеріалів ОРД органом досудового розслідування як привід для застосування певних примусових заходів — це акт надання цьому органу матеріалів ОРД чи витребування їх цим органом із оперативно-розшукового підрозділу, що є юридичним фактом, настання якого, залежно від встановлених законом умов, зобов'язує чи надає право зазначеному суб'єкту прийняти рішення про їх застосування до певної особи з метою забезпечення ефективного просування кримінальної справи у бік встановлення істини й прийняття на цій основі законного й справедливого рішення для вирішення соціального конфлікту, спричиненого злочином.

Приводом для застосування запобіжних заходів до підозрюваного чи обвинуваченого уповноваженим суб'єктом кримінально процесу є юридичний факт, настання якого, залежно від встановлених законом умов, зобов'язує чи надає право зазначеному суб'єкту прийняти рішення про їх застосування до підозрюваного чи обвинуваченого з метою запобігти спробам ухилитися від дізнання, слідства і суду, перешкодити встановленню істини у кримінальній справі або продовжити злочинну діяльність, а також для забезпечення ефективного просування кримінальної справи й прийняття у ній законного й справедливого рішення для вирішення соціального конфлікту, спричиненого злочином.

Використання матеріалів ОРД як приводу для застосування запобіжних заходів до підозрюваного чи обвинуваченого — це акт надання органу досудового розслідування матеріалів ОРД чи витребування їх цим органом із оперативно-розшукового підрозділу, що є юридичним фактом, який породжує правові відносини, а також тим спонукальним чинником, що формулює в уповноваженої особи органу досудового розслідування переконання в необхідності застосування до підозрюваного чи обвинуваченого відповідного запобіжного заходу з метою запобігти спробам ухилитися від дізнання, слідства і суду, перешкодити встановленню істини у кримінальній справі або продовжити злочинну

діяльність, а також для забезпечення ефективного просування кримінальної справи й прийняття у ній законного й справедливого рішення для вирішення соціального конфлікту, спричиненого злочином.

Привід для застосування відповідних примусових заходів має значення лише в єдності з підставами, які можна поділити на юридичні (правові) й фактичні. Під правовими підставами для застосування відповідних примусових заходів слід розуміти сукупність передбачених кримінально-процесуальним законом умов, що дають можливість уповноваженому суб'єкту кримінального процесу прийняти рішення про їх застосування, а під фактичними підставами — конкретні відомості про можливість та необхідність прийняття такого рішення.

Одним із проблемних є питання щодо визначення змісту підстав для прийняття рішень про застосування відповідних примусових заходів, а також ролі матеріалів ОРД у його виявленні та формуванні.

Слід зазначити, що в жодній із норм КПК України, а також Закону про ОРД немає вказівки на те, що матеріали ОРД можуть бути використані як приводи та підстави для прийняття рішення про застосування примусових заходів. Разом із цим у п. 3 ст. 10 Закону про ОРД зазначається, що вони можуть бути використані для попередження, припинення і розслідування злочинів. Це положення Закону про ОРД дає його коментаторам підстави для правомірного висновку про те, що в ОРД способами припинення злочинів у тому числі є: затримання злочинця на місці події і застосування до певних осіб кримінально-процесуальних запобіжних заходів[1].

Враховуючи, що зміст підстав для застосування примусових заходів у нормах кримінально-процесуального законодавства не розкривається, у теорії кримінального процесу щодо цього питання висловлюються різні точки зору, які можна умовно звести до двох груп. В основі цього поділу лежить ставлення вчених до проблеми визначення змісту підстав для обґрунтування рішень у кримінальному процесі.

Див.: Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / Отв. ред. и рук. авт. кол-ва А. Ю. Шумилов. — М., 1997. — С. 22; Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Научно-практический комментарий / Под ред. В. В. Николюка и доц. В. В. Кальницкого, А. Е. Чечетина. — М., 1998.— С. 11; *Сервецький І. В.* Науково-практичний коментар Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» / За ред. канд. юрид. наук проф. Я. Ю. Кондратьева. — К., 2002. — С. 21; Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С постатейным приложением нормативных правовых актов и документов /Авт.-сост. А. Ю. Шумилов. — М., 2004. — С. 18; та ін.

Дослідники першої групи, поділяючи думку тих вчених, які вважають, що змістом підстав для прийняття будь-яких процесуальних рішень повинна бути лише сукупність доказів, яка забезпечує їх вірогідність[1], виходять із того, що змістом підстав для застосування запобіжних та інших заходів примусу є сукупність доказів . Отже, вони відкидають можливість використання матеріалів ОРД як підстав для застосування примусових заходів.

З цього приводу В. В. Смирнов пише: «Хоч яким би високим був ступінь імовірності того чи іншого факту, його не можна абсолютизувати. Навіть найвищий ступінь ймовірності не може виключити можливість помилок. До моменту ухвалення рішення про обрання запобіжного заходу повинна бути встановлена сукупність обставин, що свідчать про неналежну поведінку в процесі розслідування. Якщо в основу рішення про обрання запобіжного заходу будуть покладені вірогідні фактичні дані неналежної поведінки обвинуваченого, а не суб'єктивна думка про його ймовірну поведінку, то й саме рішення буде вірогідним»3.

На обґрунтування такої позиції І. Л. Петрухін зазначає, що обґрунтованість арешту— це достатність доказів, які є в кримінальній

' *Лупшская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве, их виды, содержание и формы. — М., 1976. — С. 49; *Кузнецовы. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. — Воронеж, 1983. — С. 35; *Рахимов Ю. К* вопросу о соотношении действий и решений в советском уголовном процессе // Проблемы совершенствования мер борьбы с преступностью. — Ташкент, 1986. — С. 92; Курс советского уголовного процесса: Общая часть / Под ред. Бойкова А. Д., Карпеца И. И . — М., 1989.— С. 485; Советский уголовный процесс / Под ред. Н. С. Алексеева, В. 3. Лукашевича. — Л., 1989. — С . 123.

[2] Див.: *Чистякова В. С.* Законность и обоснованность применения мер уголовно-процессуального принуждения.— М., 1978.— С. 33; *Булатов Б. Б.* Эффективность мер пресечения, не связанных с содержанием под стражей.— Омск, 1984.— С. 24; *Смирнов В. В.* Арест как мера пресечения, применяемая следователем органов внутренних дел. — Хабаровск, 1987. — С. 24; *Петрухин И, Л.* Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. — М., 1989. — С. 170-171; *Михайлов В. А.* Меры пресечения в советском уголовном судопроизводстве.— М., 1991. —— С. 27; *Бущенко А: П.* К концепции заключения под стражу // Право і безпека. — 2002. — № 1. — С. 34-37; *Тищенко О. І.* Предмет доказування при обранні запобіжного заходу тримання під вартою // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права.— 2004.— № 3 .— С 215-219; *Буланова Н. В.* Заключение под стражу при предварительном расследовании преступлений: Научно-методическое пособие / Под ред. М. Е. Токаревой. — М., 2005; та ін.

[3] *Смирнов В. В.* Арест как мера пресечения, применяемая следователем органов внутренних дел. — Хабаровск, 1987. — С. 24.

справі, що вказують на наявність встановлених законом підстав для застосування цього запобіжного заходу. Якщо таких доказів у справі немає або їх неможливо перевірити, то арешт слід вважити необгрунтованим, за винятком випадків, коли закон допускає його застосування з мотивів лише небезпеки злочину[1].

У цьому контексті В. А. Михайлов доводить, що, коли у слідчого, особи, що провадить дізнання, прокурора, суддів немає впевненості, підкріпленої вірогідними доказами, що обвинувачений сховається від слідства й суду або буде займатися злочинною діяльністю, або перешкодить встановленню в справі істини чи забезпеченню виконання вироку, то застосовувати запобіжний захід вони не вправі, у таких випадках в обвинуваченого відбирається зобов'язання з'являтися за викликом й повідомляти про зміну місця проживання. Підсилюючи свою позицію в цьому контексті, вчений наголошує на тому, що ставити вирішення питання про застосування запобіжного заходу в залежність не від вірогідних, а від імовірних суджень органів кримінального судочинства про протидію обвинуваченого розслідуванню й судовому розгляду кримінальної справи — значить найгрубішим чином порушувати конституційні гарантії прав особи[2].

На думку вчених другої групи (які вважають, що для прийняття у справі деяких «допоміжних» рішень можуть бути використані не лише докази, а й інші дані), матеріали ОРД можуть використовуватися для застосування окремих заходів примусу[3].

Аргументуючи свою точку зору, її прибічники зазначають, що «вимога мотивування застосування запобіжного заходу зовсім не передбачає вказівки на конкретні джерела доказів», а отже, у постанові

Петрухин И. Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. — М . , 1989. — С . 171.

Михайлов В. А. Меры пресечения в советском уголовном судопроизводстве. — М., 1991. — С . 27.

Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М., 1973. — С. 290; *Чувилев А. А.* Об основаниях производства отдельных следственных действий// Процессуальные вопросы производства расследования на современном этапе: Сб. науч. тр. — Волгоград, 1988. — С. 50; *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений.— М., 1991.— С. 86; *Голубев В. В.* Использование оперативно-розыскных данных при расследовании преступлений, связанных с коррупцией должностных лиц: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1996. — С. 5, 7; *Поляков М. П., Попов А. П., Попов Н. М.* Уголовно-процессуальное использование результатов оперативно-розыскной деятельности: проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. Т. Томина. — Пятигорск, 1998. — С. 84.

можна наводити дані, що стали відомими з оперативних джерел, не посилаючись при цьому на їхнє походження[1].

Така позиція була піддана критиці Б. Б. Булатовим, який писав: «Навряд чи цей довід можна визнати переконливим. З відсутності у законі вимоги вказувати в постанові про застосування запобіжного заходу джерела доказів, що становлять підстави рішення, не можна зробити висновок, не вступивши у протиріччя з логікою, що цими підставами можуть бути й оперативно-розшукові дані»[2].

Досліджуючи питання використання матеріалів ОРД для прийняття рішення про застосування запобіжних заходів, М. П. Поляков, О. П. Попов і М. М. Попов зазначають, що матеріали ОРД повинні «служити підказкою внутрішньому переконанню суб'єкта, який приймає таке рішення. Дані ОРД повинні виконувати (а десь і замінювати) інтуїцію слідчого та особи, що проводить дізнання»[3]. Підсумовуючи свої розмірковування з цього питання, автори дійшли, з нашого погляду, суперечливих висновків: «оперативно-розшукова інформація при прийнятті рішення про застосування запобіжних заходів має, в першу чергу, орієнтуючий характер. У разі можливості вибору пріоритет має кримінально-процесуальна інформація; оперативно-розшукова інформація може розглядатися як додаткова. У сукупності з даними, що містяться в матеріалах кримінальної справи, вона може створювати достатні дані для застосування запобіжних заходів; оперативно-розшукова інформація у чистому вигляді не може розглядатися як підстава для застосування запобіжних заходів; окремі заходи процесуального примусу можуть застосовуватися на підставі оперативно-розшукової інформації, яка знайшла своє відображення в матеріалах кримінальної справи або оперативно-розшукової справи»[4]. На наш погляд, такі висновки не дають можливості чітко визначити правову позицію вчених з приводу того, чи можуть матеріали ОРД, з їх точки зору, бути юридичними підставами для застосування примусових заходів, і якщо так, то яких.

[1] *Манаев Ю. В., Постник В. С, Смирнов В. В.* Применение мер пресечения следователем. — Волгоград, 1976. — С. 8.

[2] *Булатов Б. Б.* Эффективность мер пресечения, не связанных с содержанием под стражей. — Омск, 1984. — С. 24.

[3] *Поляков М. П., Попов А. П., Попов Н. М.* Уголовно-процессуальное использование результатов оперативно-розыскной деятельности: проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. Т. Томина. — Пятигорск, 1998. — С. 82.

[4] Там само.

Виходячи з аналізу норм чинного КПК України, що регулюють питання застосування запобіжних заходів, засад доказового права, статусу осіб, щодо яких застосовуються запобіжні заходи, а також сутності ОРД, нам здається непереконливою думка тих правників, які допускають можливість при обранні запобіжних заходів використовувати як підстави або лише матеріали ОРД, або лише сукупність доказів, передбачених ст. 65 КПК України.

З нашого погляду, у вирішенні питання щодо підстав для застосування запобіжних заходів слід виходити з того, що ОРД і кримінальний процес мають комплексний динамічний характер. При виявленні й розслідуванні окремих злочинів ОРД або передує кримінальному процесу, будучи в окремих випадках його передумовою, або супроводжує кримінальний процес, виконуючи інформаційно-забезпечувальну роль. Підрозділи, що здійснюють ОРД, і органи досудового слідства виконують функцію обвинувачення, кримінального переслідування, їх спільні дії, спрямовані на виконання цієї функції, являють собою систему взаємозалежних оперативно-розшукових і кримінально-процесуальних заходів, які, як правило, пов'язані між собою єдиною кінцевою метою — встановлення істини у справі і прийняття в ній законного й обґрунтованого рішення, а тому ці заходи не можна розглядати як безсистемні одиничні акти, зводити «ОРД лише до підказки внутрішньому переконанню суб'єкта», який приймає відповідне процесуальне рішення, чи лише до «заміни інтуїції слідчого та особи, що проводить дізнання».

У прийнятті рішення про застосування запобіжних заходів ОРД, на наш погляд, відіграє більш вагому роль, ніж та, яка їй відводиться окремими науковцями, в тому числі й тими, які необґрунтовано вважають, що матеріали ОРД можуть бути самостійними підставами для застосування запобіжних заходів.

Визначаючи значення матеріалів ОРД у застосуванні запобіжних заходів, слід виходити з того, що згідно із ст. 149 КПК України запобіжні заходи застосовуються за наявності достатніх підстав вважати, що підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений буде намагатися ухилитися від слідства і суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або продовжувати злочинну діяльність. При цьому слід враховувати, що ні ця норма КПК України, ні інші його норми, які визначають порядок застосування кожного із запобіжних заходів (статті 151, 152, 154, 154[i], 155 КПК), не розкривають змісту «достатніх підстав» для їх застосування та ролі

ОРД у виявленні таких підстав, що є однією з причин, яка породжує дискусії правників з цього питання.

Враховуючи, що найсуворішим запобіжним заходом, що обмежує права людини, є взяття під варту (ст. 155 КПК України), докладніше зупинимося на підставах для його застосування та ролі ОРД у виявленні таких підстав.

Так, відповідно до загальних принципів міжнародного права стосовно обмеження волі осіб, які потрапили до сфери кримінального судочинства, що закріплені у низці міжнародно-правових актів[1], таке обмеження волі завжди повинно бути об'єктивно виправданим і може продовжуватися лише до того часу, поки можна довести його обґрунтованість. Для кожного випадку позбавлення волі певної особи повинні бути конкретні підстави. На ці положення звертає увагу і ЄСПЛ, вказавши у своєму рішенні у справі «Куїн проти Франції» (Case of Quinn v. France), що пункт 1 ст. 5 Конвенції обмежує обставини, за яких людина може бути позбавлена волі на законних підставах, проте ці підстави не можна тлумачити розширено, оскільки вони є винятком із цього правила[2].

При цьому будь-яке позбавлення волі, зазначає ЄСПЛ у рішенні у справі «Чахла проти Сполученого Королівства» (Case of Chahal v. the United Kingdom), має здійснюватись не лише відповідно до основних процесуальних норм національного права, а й відповідати меті ст. 5 Конвенції, тобто захищати людину від свавільного позбавлення волі[3].

Визначаючи зміст підстав для обрання запобіжного заходу у вигляді взяття від варту, слід звернути увагу на те, що в жодній нормі міжнародних правових актів немає вказівки на те, що такими підставами може бути лише сукупність доказів[4].

[1] Загальна Декларація ООН прав людини від 10 грудня 1948 р. // Международная защита прав человека. Документы и комментарии / Сост. и автор комментариев М. В. Буроменский. — Харьков, 1998. — С. 8-16; Конвенція про захист прав і основоположних свобод людини від 4 листопада 1950 р. // Там само. — С. 66-126; Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 19 грудня 1966 р. // Там само. — С. 16-41; та ін.

[2] Case of Quinn v. France (Application no. 18580/91) Judgment Strasbourg 22 March 1995. The European Court of Human Rights < http://cmiskp.echr.coe.int/tkpl97/viewhbkm.>, станом на 8.02.2007 р.

[3] Case of Chahal v. the United Kingdom (Application No. 22414/93) Judgment Strasbourg 15 November 1996. The European Court of Human Rights <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp 197/viewhbkm.>, станом на 8.02.2007 р.

При цьому слід звернути увагу на те, що коли йде мова про поняття доказу у кримінальному процесі України, то окремі правники під такими розуміють лише ті докази, які визначені у ст. 65 КПК України.

Так, наприклад, в п. 1с ст. 5 Конвенції вказується, що застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (законний арешт чи затримання) можливе лише у випадку обґрунтованої підозри конкретної особи у вчиненні злочину.

Обґрунтованість підозри, як зазначається у судовій практиці ЄСПЛ, передбачає «наявність фактів або інформації, які переконують об'єктивного спостерігача, що, можливо, відповідна особа вчинила правопорушення» (Case of Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom)'.

Виходячи із порівняльного аналізу норм зазначених міжнародних актів, можна зробити висновок, що спільним для них є те, що вони містять положення, відповідно до яких при розгляді подання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту суд у кожному випадку повинен принципово і критично ставитись до доводів органів кримінального переслідування, якими обґрунтовується необхідність застосування саме цього запобіжного заходу, об'єктивно оцінюючи їх переконливість. Забезпечення вмотивованості судових рішень про обрання запобіжного заходу у вигляді взяття під варту є неможливим без конкретизації законних підстав з посиланням на обставини справи, в яких викладені конкретні фактичні дані.

Розглядаючи питання про можливість використання матеріалів ОРД як підстав для обґрунтування рішень про застосування такого запобіжного заходу як взяття під варту (ст. 155 КПК України), слід виходити із конституційного положення, заснованого на основоположних принципах низки міжнародно-правових актів, ратифікованих Україною, про те, що кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність. Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом (ст. 29 Конституції України).

Враховуючи наведені конституційні положення, засади сучасного доказового права України, правовий статус суб'єктів, щодо яких застосовуються запобіжні заходи, вважаємо, що змістом підстав для їх застосування, в тому числі і взяття під варту, якими можна обґрунтувати відповідне процесуальне рішення уповноваженої особи, може бути не лише сукупність доказів, передбачених ст. 65 КПК України, а й матеріали ОРД та інші дані в сукупності з такими доказами.

[1] Case of Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom (Application no. 12244/86; 12245/86; 12383/86) Judgment Strasbourg 27 March 1991. The European Court of Human Rights <http://cmiskp.echr.coe.int/tkpl97/viewhbkm. >, станом на 8.02.2007 р.

Така думка підтверджується і судовою практикою. Так, наприклад, Пленум Верховного Суду України у п. 10 своєї постанови від 25 квітня 2003 р. № 4 (зі змінами, внесеними постановою від 11 червня 2004 р. № 10) «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства»[1] звернув увагу судів на те, що «під час судового розгляду подання органу дізнання, слідчого чи прокурора про взяття під варту предметом дослідження є ті обставини, з якими закон пов'язує можливість обрання цього запобіжного заходу (ст. 148 і ч. 1 ст. 155 КПК України).

Розглядаючи подання, суддя з'ясовує, чи є підозра у вчиненні особою злочину або обвинувачення останньої обгрунтованими, тобто чи є в розпорядженні органу дізнання, слідчого встановлені у визначеному законом порядку достатні дані, що свідчать про наявність ознак злочину, вчиненого саме цією особою (ними можуть бути заяви й повідомлення про злочин, явка з повинною, документи, складені за результатами оперативно-розшукової діяльності, протоколи слідчих дій, висновки експертиз тощо)».

Водночас у цьому ж пункті постанови зазначається, що «у разі, коли подання стосується особи, щодо якої порушено провадження у кримінальній справі, суд має дослідити, чи наявні передбачені ст. 94 КПК України приводи й підстави до його порушення і чи зазначено в постанові кримінальний закон, за ознаками якого порушено провадження у справі.

Коли питання про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту вирішується щодо обвинуваченого, необхідно також перевірити, чи є у справі докази, що вказують на вчинення злочину саме цією особою, чи відповідає постанова про притягнення її як обвинуваченого вимогам ст. 132 КПК, чи було пред'явлено обвинувачення з додержанням вимог ст. 140 КПК.

При розгляді подання про взяття під варту суддя не вправі досліджувати докази, давати їм оцінку, в інший спосіб перевіряти доведеність вини підозрюваного, обвинуваченого, розглядати й вирішувати ті питання, які повинен вирішувати суд під час розгляду кримінальної справи по суті».

[1] Постанова Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 р. № 4 «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства» // Вісник Верховного Суду України. — 2003. — № 3 (37). — С. 6-Ю.

Отже, виходячи із аналізу змісту статей 148-155, 163, 165, 165 , 165^2, 165^3, КПК України, судово-слідчої практики, можна зробити висновок, що матеріали ОРД, якщо вони не залучені у визначеному процесуальним законом порядку до кримінальної справи, не можуть бути покладені в обгрунтування рішення про застосування запобіжних заходів. Однак, якщо такі матеріали відповідно до встановленої процесуальної форми залучені до кримінальної справи та набули статусу доказів, вони можуть бути покладені в обґрунтування рішення про застосування будь-якого запобіжного заходу, в тому числі і взяття під варту.

Якщо ж такі матеріали за певних причин не набули статусу доказу, однак у визначеному процесуальним законом порядку залучені до кримінальної справи, вони також можуть бути покладені в обгрунтування рішення про застосування будь-якого запобіжного заходу, в тому числі і взяття під варту, проте лише в сукупності з доказами, які є у кримінальній справі.

На наш погляд, необгрунтованим є положення, яке відстоюється окремими правниками, про те, що в постанові про обрання запобіжного заходу можна наводити дані, отримані в ході ОРД, не посилаючись на їх джерела. Керуючись таким теоретичним положення, на практиці в окремих постановах про обрання запобіжного заходу робиться посилання лише на такі «дані» без будь-якої вказівки на джерела їх походження.

Така практика не відповідає загальним засадам кримінального процесу щодо обґрунтування процесуальних рішень, оскільки, з урахуванням розширення змагальних засад досудового розслідування, при розгляді цього питання у суді нерідко виникає питання про походження таких даних, і якщо їх природа невідома, стороною захисту обґрунтовано ставиться питання про її з'ясування. При цьому, якщо сторона обвинувачення не може викласти походження таких даних, суди правомірно не беруть їх до уваги.

Тому у постанові про обрання певного запобіжного заходу слід робити посилання на будь-які джерела походження даних, що використовуються при обґрунтуванні рішення про застосування цього заходу, в тому числі й отриманих за матеріалами ОРД. При цьому посилання на матеріали ОРД можна робити і в загальній формі, вказуючи, наприклад, що такі дані «отримані в ході оперативно-розшукової діяльності», «за повідомленням оперативного підрозділу», «в ході проведення

оперативно-розшукових заходів» тощо, не допускаючи розкриття форм та методів ОРД, які становлять державну таємницю .

Для того щоб запобігти розголошенню форм та методів ОРД при використанні матеріалів ОРД при обґрунтуванні рішень про застосування запобіжного заходу, матеріали ОРД, які не підлягають розкриттю, повинні бути легалізованими і придатними, у разі необхідності, для їх перевірки процесуальним шляхом. В іншому разі такі матеріали не можуть бути використані для обґрунтування будь-якого рішення в кримінальному процесі, в тому числі й про обрання запобіжного заходу.

Разом із тим у практиці зустрічаються випадки, коли слідчий, ознайомившись у повному обсязі з матеріалами оперативно-розшукової справи й враховуючи таємність та конфіденційність окремих матеріалів ОРД й неможливість їх легалізувати з тих чи інших причин, не може використати їх як приводи та підстави для застосування відповідних примусових заходів. Однак і такі матеріали не втрачають цінність для кримінального процесу, в тому числі й для прийняття рішення про застосування певних примусових заходів. їх можна використати як приводи та підстави для прийняття рішення Про проведення відповідних слідчих дій, у результаті яких можуть бути отримані певні докази, передбачені ст. 65 КПК України, які можуть бути покладені в обґрунтування рішень про застосування відповідних примусових заходів, у тому числі й взяття під варту.

Такі дані, що містяться в матеріалах ОРД, виходячи з вимог кримінально-процесуального закону про необхідність обґрунтування процесуальних рішень, можуть вказати слідчому на напрями, способи та форми отримання фактичних даних, які можуть бути використані як докази при обґрунтуванні ним рішень про застосування запобіжних заходів, а також впливати на його внутрішнє переконання при використанні інших даних, включаючи й докази, передбачені ст. 65 КПК України.

Прикладом цього є кримінальна справа за обвинуваченням 3. і К. за ч. 2 ст. 17, ч. 2 ст. 19, ст. 70, ст. 194 КК України (у ред. 1960 р.). 2 травня 2001 р. на автомобілі «КамАЗ» при намаганні незаконно перетнути кордон у невстановленому місті поблизу с Станіславка

[1] Пункти 4.4.1, 4.4.4 Наказу Служби безпеки України № 440 від 12.08.2005 р. «Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю» / Нормативні акти міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, зареєстровані міністерством юстиції України. — Ст. 2089 // Офіційний вісник України. — 2005. —№ 34

Котовського району був затриманий прикордонним нарядом громадянин України 3., уродженець м. Гайворона Кіровоградської обл., який проживав у с Любашівка Одеської області і працював водієм на місцевій агрофірмі. У ході огляду машини було виявлено, що вона завантажена 480 ящиками сигарет «Marlboro». 3. був затриманий і доставлений до слідчого відділу Управління СБ України в Одеській області. У ході допиту 3. показав, що товар намагався перемістити через кордон за винагороду в 300 доларів США на прохання жителя м. Кишинева Т., який мав його зустріти на території Молдови у заздалегідь визначеному місці. За місцем роботи та проживання 3. характеризувався позитивно, мав жінку й малолітню доньку. Будь-яких підстав, що 3. буде намагатися ухилитися від слідства й суду або від виконання процесуальних рішень, перешкоджати встановленню істини у справі або Продовжувати злочинну діяльність, слідством встановлено не було, у зв'язку із чим йому було обрано як запобіжний захід підписку про невиїзд. Разом із цим проведеними в ході ведення оперативно-розшукової справи було встановлено, що 3. протягом п'яти років проживав у с Любашівка за підробленим паспортом, куди приїхав з РФ, переховуючись від кримінального переслідування за вчинення тяжкого злочину, будучи насправді громадянином РФ Г., уродженцем і жителем м. Тамбова. Протягом останнього року він спільно з працівником Ананівського відділу ГУМВС України в Одеській області К. в районі с Станіславка Котовського району багаторазового вчиняли контрабанду. Повернувшись до с Любашівка після обрання до нього як запобіжного заходу підписки про невиїзд, він разом з К. почали вживати заходів по знищенню слідів своїх злочинів. Проведеними ОРЗ було також встановлено, що Г. (3.) за участю К. і невстановленого громадянина Молдови Б. придбав собі паспорт на ім'я громадянина Молдови В. і готувався до втечі. На підставі матеріалів ОРД його було затримано за пунктами 1, 3 ст. 106 КПК України. Враховуючи те, що він відмовився давати показання, матеріали ОРД були використані також як підстави для проведення обшуків за місцем його проживання, а також місцем проживання та роботи К., у ході яких були отримані фактичні дані, використані як докази для встановлення обставин злочинної діяльності Г. (3.) і К. На підставі матеріалів ОРД та доказів, отриманих за матеріалами ОРД, було проведено допит К. та його затримання за п. 3 ст. 106 КПК України, а також допити інших осіб як свідків. Докази, отримані за матеріалами ОРД, були підставою для обрання щодо Г. (3.) і К. як запобіжного заходу взяття під варту та прийняття інших

процесуальних рішень у цій справі. Матеріали ОРД були також використані органами слідства в організаційно-тактичних цілях при проведенні слідчих дій та прийнятті інших процесуальних рішень у справі[1].

Отже, з урахуванням викладеного вважаємо необгрунтованою й такою, що не відповідає потребам практики, тезу про те, що ознайомлення слідчого з матеріалами оперативно-розшукової справи спричиняє незаконне злиття ОРД і кримінального процесу, яке може призвести до грубого порушення прав людини. Така позиція, на нашу думку, є рудиментом радянського кримінального процесу, за яким слідчий необгрунтовано наділявся окрім функції обвинувачення ще й невластивою йому за його правовим статусом функцією захисту .

Відповідно до доктрини сучасного кримінального процесу України і органи досудового розслідування, і підрозділи, що здійснюють ОРД, виконують ту саму функцію — обвинувачення, кримінальне переслідування, а тому ознайомлення як працівника органу дізнання, так і слідчого з матеріалами оперативно-розшукової справи в повному обсязі розширює пізнавальні можливості цих процесуальних осіб, у тому числі й при прийнятті рішення про обрання заходів примусу, що забезпечує в цілому ефективність досудового провадження і відповідає меті та завданням кримінального судочинства.

У кримінальному процесі одним із дискусійних є питання щодо можливості використання матеріалів ОРД для прийняття рішення про затримання підозрюваного (ст. 106 КПК України), яке обумовлюється низкою чинників, пов'язаних з правовою природою цієї процесуальної дії, щодо змісту підстав для її проведення та ролі матеріалів ОРД у їх формуванні.

У міжнародному праві затримання характеризується як «стан особи, яка позбавлена особистої свободи не в результаті засудження за вчинення правопорушення»[3].

Досліджуючи процесуальну природу затримання підозрюваного, одні правники вважають цей акт слідчою дією, вбачаючи суть його

[1] Кримінальна справа № 1-132/02 за обвинуваченням 3. і К. за ч. 2 ст. 17, ч. 2 ст. 19, ст. 70, ст. 194 КК України (у ред. 1960 р.) // Архів Центрального районного суду м. Одеси.

Див.: *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса: В 2 т. — М., 1968.— Т. 1. Основные положения науки советского уголовного процесса.— С. 224-223.

[3] Див.: пункти b, d Зводу принципів захисту всіх осіб, які піддаються затриманню чи ув'язненню в будь-якій формі, прийнятого Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 09.12.88 № 43/173 // <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.>

в тому, що підстави затримання, маючи важливе доказове значення, відповідно до вимог кримінально-процесуального закону підлягають відбиттю в протоколі, який є джерелом доказів у кримінальній справі. Зафіксовані в такій формі відомості про обставини затримання підозрюваного набувають статусу доказу[1].

Інші вважають затримання запобіжним заходом, оскільки йому властивий посилений правообмежувальний характер .

Існує думка, що затримання — це невідкладний захід процесуального примусу, аналогічний за своїми завданнями запобіжним заходам, і одночасно — невідкладна слідча дія, в ході якої можуть бути зібрані докази. При цьому зазначається, що в ході затримання можуть бути проведені особистий обшук, огляд одягу та предметів, що є при затриманому, освідування. Хід та результати цих слідчих дій, які повинні проводитися за загальними правилами про них, відбиваються або в протоколі затримання, або в окремих проколах .

Висловлюючи свою точку зору з цього приводу І. М. Гуткін, зазначає, що конкретний виклад у протоколі підстав затримання пов'язаний не з доказовим значенням цього протоколу, а з необхідністю обґрунтування рішення про взяття під варту підозрюваної у вчиненні злочину особи[4].

Не вдаючись до докладного висвітлення цього питання, яке є предметом самостійного дослідження, та виходячи з аналізу норм міжнародних правових актів, кримінально-процесуальних законів зарубіжних країн та ст. 106 КПК України, відповідно до яких основною метою затримання є недопущення втечі запідозреної у вчиненні злочину особи, припинення й попередження приховування або знищення доказів, що забезпечує подальше з'ясування причетності цієї особи до вчинення злочину та вирішення питання про застосування до неї як запобіжного заходу взяття під варту, можна констатувати, що затримання на первісному етапі більшою мірою має не пошуковий, пізнавальний і посвідчувальний характер, властивий слідчим діям, а припинювальний,

[1] Советский уголовный процесе / Под ред. М. И. Бажанова и Ю. М. Грошевого. — Киев, 1983.— С. 194-196, 203; *Рыжаков А. П.* Уголовный процесс— М., 1999. — С. 322; *Григорьев В. Н.* Задержание подозреваемого. — М., 1999. — С. 67.

[2] Див.: *Михайлов В. А.* Меры пресечения в советском уголовном судопроизводстве. — М., 1999. — С. 322.

[3] Руководство для следователей / Отв. ред. В. В. Найденов, П. А. Олейник. — Ч. 1. — М, 1981. — С. 33.

[4] *Гуткин И. М.* Актуальные вопросы уголовно-процессуального задержания: Учеб. пособие. — М, 1980. — С. 50.

що забезпечує розслідування та вирішення кримінальної справи. А отже, воно має недостатньо ознак, щоб розглядати його як різновид слідчих дій. Затримання є заходом процесуального примусу, що являє собою короткочасну (не більше ніж на 72 год.) ізоляцію особи, яка підозрюється у вчиненні злочину, має припинювальний характер — недопущення втечі підозрюваної у вчиненні злочину особи, припинення, попередження приховування або знищення слідів злочину, що можуть бути використані для отримання доказів у кримінальній справі; цей захід забезпечує подальше з'ясування причетності цієї особи до вчинення злочину та вирішення питання про застосування до неї як запобіжного заходу взяття під варту і застосовується лише до особи, обґрунтовано підозрюваної у вчиненні злочину, за який може бути призначене покарання у вигляді позбавлення волі.

У цьому зв'язку критичної оцінки заслуговує позиція українського законодавця, який відносить затримання до запобіжних заходів (ч. 2 ст. 106 КПК), оскільки воно відрізняється від останніх за метою, підставами та строками застосування, ситуативним і невідкладним характером, а тому обґрунтовано визнано заходом процесуального примусу в прийнятому останнім часом кримінально-процесуальному законодавстві країн — колишніх республік СРСР[1]. У цьому контексті заслуговує на підтримку і позиція розробників проекту нового КПК України, які також пропонують правову регламентацію затримання як заходу процесуального примусу .

Однією з причин дискусії у процесуальній літературі щодо змісту підстав для прийняття процесуального рішення про затримання підозрюваного, ролі матеріалів ОРД у їх виявленні та формуванні є, на наш погляд, недосконале законодавче формулювання цих підстав у чинній редакції ст. 106 КПК України, яке допускає їх неоднозначне тлумачення науковими коментаторами та практиками.

[1] Див.: Ст. 91 КПК Російської Федерації// Комментарий к уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. А. В. Смирнова — СПб., 2003; ст. 107 КПК Республіки Білорусь//http://pravo.by/, станом на 23 січня 2007 р.; ст. 132 КПК Республіки Казахстан//http://lawlib.freenet.uz/laws/kazah/kazlaws.html, станом на 23 січня 2007 р.; ст. 169 КПК Республіки Молдова //www.agentura.ru, станом на 27 лютого 2007 р.; ст. 242 Кримінально-процесуального закону Республіки Латвії// ВІВ «Bizneza informacijas birojs». — Рига, 2006; та ін.

[2] Кримінально-процесуальний кодекс України: проект, підготовлений робочою групою Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності ВР України, станом на 15 червня 2005 р., реєстраційний № 3456-1.

Сутність дискусії про можливість використання матеріалів ОРД для прийняття рішень про затримання підозрюваного полягає в різних підходах правників до можливості формування таких підстав: кримінально-процесуальними доказами або іншою інформацією, отриманою поза процесуальним шляхом, у тому числі й за матеріалами ОРД, а також у ході кримінального процесу, проте такою, що не має статусу доказів, передбачених ст. 65 КПК України (з отриманих до порушення провадження у кримінальній справі пояснень, документів тощо).

Так, одні вчені вважають, що фактичними підставами для затримання підозрюваного можуть бути лише докази, аргументуючи свою точку зору головним чином тим, що цей примусовий захід спрямований на позбавлення волі і його підставами повинні бути лише докази, закріплені й досліджені у межах кримінального процесу, оскільки матеріали ОРД не можуть бути перевірені й оцінені з погляду вірогідності[1].

Висловлюється думка, що кримінально-процесуальний закон допускає проведення затримання й за матеріалами ОРД[2].

Критично оцінюючи викладені точки зору щодо змісту підстав для прийняття рішення про затримання підозрюваного, слід зазначити, що чинний КПК України не встановлює вимог, щоб таке рішення ґрунтувалося виключно на процесуальних доказах, передбачених ст. 65 КПК України.

Не є обґрунтованою точка зору і тих вчених, які вважають, що «не можна здійснювати затримання без попереднього вирішення питання

Див.: *Звирбуль В. К, Жуков А. И.* Некоторые вопросы прокурорского надзора за точным исполнением закона в деятельности по борьбе с уголовной преступностью // Вопросы криминалистики. — 1961. — № 1-2. — С. 88-89; *Михашенко А. Р.* Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе / Под ред. проф. А. Л. Цыпкина. — Саратов, 1975. — С. 126-127; *Корнуков В. М.* Меры процессуального принуждения в уголовном судопроизводстве. — Саратов, 1978. — С. 88; *Гуткин И. М.* Актуальные вопросы уголовно-процессуального задержания: Учеб. пособие.— М., 1980.— С. 31-36; *Денежкин Б. А.* Подозреваемый в советском уголовном процессе / Под ред. проф. В. А. Познанского.— Саратов, 1982.— С. 65; *Гуляев А. П., Комаров Б. В., Малиновкин С. М.* Комментарий к Положению о порядке кратковременного задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления / Отв. ред. С. В. Мурашов. — М., 1982. — С. 9; *Петрухин И. Л.* Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. — М., 1989. — С. 30.

Див.: *Лившиц Ю. Д.* Меры пресечения в советском уголовном процессе. — М., 1964. — С. 34; *Галкин И. С. Кочетов В. Г.* Процессуальное положение подозреваемого. — М., 1968 — С. 22; *Бекешко С. П. Матвиенко Е. А.* Подозреваемый в советском уголовном процессе. — Минск, 1969 — С. 89-90.

про наявність у діях особи конкретного складу злочину»', оскільки ст. 106 КПК України не вимагає встановлення конкретного складу злочину для затримання підозрюваного. Як свідчить аналіз практики, на цьому етапі досудового провадження мова може йти лише про встановлення окремих ознак складу злочину, тобто про знання щодо причетності певної особи до злочину лише з високим ступенем імовірності, чим і відрізняються підстави для затримання підозрюваного в порядку ст. 106 КПК України як тимчасового запобіжного заходу від обрання щодо цієї ж особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (ст. 155 КПК України), які потребують вищого ступеню імовірності.

У цьому контексті слід звернути увагу на те, що в низці норм міжнародних актів та кримінально-процесуальних законах зарубіжних країн прямо вказано на те, що рішення про затримання підозрюваного можуть прийматися на підставі імовірних знань. Так, наприклад, у п. 1с ст. 5 Конвенції вказується, що підставою для затримання особи є «обґрунтована підозра» , у ч. 2 ст. 127 КПК ФРН — «якщо є передумови» , у ч. 3 ст. 264 Кримінально-процесуального закону Литви — «є підстави для припущення»[4], у ч. 2 ст. 166 КПК Молдови — «розумні підстави для підозри»[5].

При цьому слід зазначити, що ЄСПЛ, як вже зазначалося, «обґрунтованою підозрою» вважає «існування фактів або інформації, що задовольняють об'єктивного спостерігача стосовно того, що певна особа могла вчинити правопорушення» (Case of Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom)[6].

Для з'ясування питання про зміст фактичних підстав для затримання підозрюваного слід, на наш погляд, зробити докладний аналіз

[1] Проблеми затримання та взяття під варту на досудовому провадженні по кримінальній справі / В. І. Борисов, Н. В. Глинська, В. С Зеленецький, О. Г. Шило. — Х., 2005. — С 30.

Конвенція про захист прав і основоположних свобод людини від 4 листопада 1950 р. // Сост. и автор комментариев М. В. Буроменский. — Харьков, 1998.- С. 66-126.

Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ. Рабочий перевод Германского Фонда международного сотрудничества и Организации безопасности и сотрудничества в Европе. — Stand: Dezember 2003; Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ // http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltext/vstgblruss.pdf, станом на 4.02.2007 р.

[4] LR baudziamojo proceso komentaras. — Vilnius, 2003.

[5] Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова // www.agentura.ru, станом на 27 лютого 2007 р.

[6] Case of Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom (Application no. 12244/86; 12245/86; 12383/86) Judgment Strasbourg 27 March 1991. The European Court of Human Rights http://cmiskp.echr.coe.int/tkpl97/viewhbkm. . станом на8.02.2007 р.

ст. 106 КПК України, в якій визначаються такі підстави, з урахуванням правового статусу підозрюваного (ст. 43[1] КПК України).

Так, відповідно до ч. 1 ст. 106 КПК України орган дізнання вправі затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який може бути призначено покарання у вигляді позбавлення волі, лише при наявності однієї з таких підстав: 1) коли цю особу застали при вчиненні злочину або безпосередньо після його вчинення; 2) коли очевидці, в тому числі й потерпілі, прямо вкажуть на дану особу, що саме вона вчинила злочин; 3) коли на підозрюваному або на його одягу, при ньому або в його житлі буде виявлено явні сліди злочину.

У частині 2 ст. 106 КПК України вказується така підстава, як наявність інших даних, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні злочину, проте не розкривається зміст «інших даних» і не вказується, в який спосіб вони можуть бути отримані. При цьому кримінально-процесуальним законом чітко встановлені випадки (умови), за яких така особа може бути затримана: а) коли ця особа намагалася втекти; б) коли вона не має постійного місця проживання; в) коли не встановлено особу підозрюваного.

Таким чином, законодавець по-різному дає визначення підстав для затримання підозрюваного. В одних випадках ці підстави мають чітке визначення (пункти 1-3 ч. 1 ст. 106 КПК), в іншому — вони викладені лише в загальному вигляді (ч. 2 ст. 106 КПК).

Разом із цим, незважаючи на конкретне визначення підстав у пунктах 1-3 ч. 1 ст. 106 КПК України, в практичній діяльності їх застосування має певні труднощі, особливо при використанні матеріалів ОРД для прийняття рішення про затримання підозрюваної особи. Так, з п. 3 ч. 1 ст. 106 КПК незрозуміло, хто й у який спосіб на підозрюваному або на його одязі, при ньому або в його житлі повинен виявити явні сліди злочину, і чи можна такі сліди виявити ОРЗ, і якщо так, то чи можуть результати таких заходів стати підставами для затримання підозрюваного.

Ще більші труднощі мають місце на практиці при застосуванні ч. 2 ст. 106 КПК України, у якій вказано, що підставами до затримання підозрюваної у вчиненні злочину особи можуть бути й «інші дані», оскільки із змісту статті незрозуміло, що саме законодавець вкладає в поняття «інші дані», яким чином, ким і з яких джерел вони можуть бути отримані, яка роль матеріалів ОРД у виявленні чи формуванні цих підстав.

Така нечіткість правових дефініцій закономірно породжує їх неоднозначне тлумачення науковцями та практиками й нерідко призводить до порушення закону. Інколи затримання підозрюваного здійснюється без достатніх підстав з метою незаконного впливу на нього[1].

Враховуючи відсутність правового визначення «інших підстав», одні науковці виходять з'того, що як «інші дані» можуть бути лише докази, аргументуючи свою позицію визначеною законом необхідністю відображення підстав затримання в протоколі затримання, що дає можливість контролю з боку всіх заінтересованих осіб за джерелами отримання цих даних, а тому матеріали ОРД із зазначеної причини, на їх погляд, для прийняття рішення про затримання підозрюваного використовуватися не можуть. Виходячи з цього, під «іншими даними» вони розуміють будь-які фактичні дані, крім перелічених у ч. 1 ст. 106 КПК України: показання співучасників особи, підозрюваної у вчиненні злочину, а також показання самого підозрюваного; фактичні дані, повідомлені свідками й потерпілими, які не були очевидцями злочину; результати ревізій і експертиз; результати огляду місця події, в ході якого виявлені предмети й документи, а також інші обставини, що вказують на вчинення злочину конкретною особою (результати обшуку, виїмки або відтворення обстановки й обставин події тощо); збіг прикмет підозрюваного з тими, які вказані в орієнтуванні про розшук запідозреної особи, тощо[2].

Висловлюється думка, що «інші дані» — це підстави для затримання підозрюваного, отримані поза процесуальними діями, які можуть міститися в поясненнях, рапортах тощо .

Визнаючи, що в основі рішень про проведення затримання завжди повинні лежати лише докази, Д.-1. Бедняков водночас уточнює, що

[1] Див.: *Карпачова Н. І.* Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні: Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. — К., 2000; Проти катувань. Огляд повідомлень про жорстоке поводження і застосування катувань / Харківська правозахисна група. — Х., 2001. — № 23 (64); та ін.

[2] Див.: *Михеєнко М. М., Шибіко В. П., Дубинський А. Я.* Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України: за станом законодавства та постанов Пленуму Верховного Суду України на 15 серпня 1997 р. / Відп. редактори В. Ф. Бойко, В. Г. Гончаренко.— К., 1997.— С 171; Руководство по расследованию преступлений: Науч.-практ. пособ. / А. В. Гриненко, Т. В. Каткова, Г. К. Кожевников и др. — Харьков, 2001. — С. 99.

[3] Комментарий к уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. А. В. Смирнова — СПб., 2003. — С. 261.

«інші дані» — це непрямі докази, зауважуючи при цьому, що при безпосередньому виявленні ознак злочину в ході ОРД підстави для затримання можуть міститися в рапорті оперативного працівника, який безпосередньо спостерігав злочинні дії[1].

На нашу думку, позиція Д. І. Бєднякова з цього приводу є недостатньо аргументованою, оскільки рапорт оперативного працівника — це не джерело доказів, передбачених ст. 65 КПК України, а оперативний документ (матеріали ОРД), в якому можуть бути зафіксовані лише фактичні дані, що можуть стати доказом лише в установленому кримінально-процесуальним законом порядку. Однак, виходячи з логіки вченого, саме матеріали ОРД стають підставою для затримання підозрюваного.

Передбачені ч. 2 ст. 106 КПК «інші дані» В. В. Гевко поділяє на ті, що вказують на причетність особи до вчинення злочину, й ті, які підтверджують наявність умов, за яких можливе затримання. До першої групи вчений відносить ті, що мають бути отримані лише з процесуальних джерел, а до другої — ті, що можуть бути отримані як з процесуальних, так і з непроцесуальних джерел[2]. Аналіз наведеного положення дає підстави для висновку, що В. В. Гевко допускає можливість використання матеріалів ОРД як підстав для затримання підозрюваного, проте лише для підтвердження наявності умов, за яких можливе прийняття такого рішення.

Проблема використання матеріалів ОРД як підстав для затримання підозрюваного пов'язана, на наш погляд, у тому числі із неоднозначністю розуміння в теорії та на практиці терміна «затримання».

На підставі аналізу наукових джерел[3] та практики застосування цього заходу можна зробити висновок, що затримання є фактом-дією, який включає в себе фактичне затримання (фізичне захоплення, доставляння) та процесуальне затримання особи.

[1] *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М., 1991. — С. 103.

[2] Теория государства и права: Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М., 1997. — С. 107-108.

Див.: *Облаков А. Ф.* Некоторые вопросы теории и практики задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления // Проблемы предварительного следствия и раскрытия преступлений в деятельности органов внутренних дел: Сб. науч. тр. — Хабаровск, 1969. — С. 69; *Григорьев В. Н.* Задержание подозреваемого. — М., 1999. — С. 39-117; Проблеми затримання та взяття під варту на досудовому провадженні по кримінальній справі / В. І. Борисов, Н. В. Глинська, В. С Зеленецькйй, О. Г. Шило. — Х., 2005; та ін.

При цьому затримання в кримінально-процесуальному порядку, що передбачене статтями 106, 115, 165[2]КПК України, слід відмежувати від затримання, що передбачене законодавством України про адміністративні правопорушення. Ці види затримання особи за змістом підстав, характером, процесуальною формою та строком суттєво відрізняються між собою.

За загальними правилами адміністративне затримання застосовується на строк не більше трьох годин (ч. 1 ст. 262 Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП), ст. 374 Митного кодексу України).

Однак у передбачених законом випадках строк адміністративного затримання може бути й більшим. Наприклад, осіб, які порушили прикордонний режим або режим у пунктах пропуску через державний кордон України, в необхідних випадках для встановлення особи і з'ясування обставин правопорушення може бути затримано на строк до трьох діб з повідомленням про це письмово прокурора протягом 24 годин з моменту затримання або на строк до 10 діб із санкції прокурора, якщо правопорушники не мають документів, що посвідчують їхню особу (ч. 2 ст. 262 КУпАП).

Осіб, які порушили правила обігу наркотичних засобів і психотропних речовин, може бути затримано на строк до трьох годин для складання протоколу, а в необхідних випадках для встановлення особи, проведення медичного огляду, з'ясування обставин придбання вилучених наркотичних засобів і психотропних речовин та їхнього дослідження — до трьох діб із повідомленням про це письмово прокурора протягом 24 годин з моменту затримання або на строк до 10 діб з санкції прокурора, якщо правопорушники не мають документів, що посвідчують їхню особу (ч. 3 ст. 262 КУпАП).

Адміністративне затримання оперативно-розшукові підрозділи нерідко використовують для легалізації матеріалів ОРД, у ході його встановлюються приводи та підстави для порушення провадження у кримінальній справі або проведення певних слідчих дій та подальшого кримінально-процесуального затримання.

У практичній діяльності правоохоронних органів процесуальному затриманню, що здійснюється відповідно до ст. 106 КПК, нерідко передує фактичне затримання (фізичне захоплення, доставления) підозрюваного в момент вчинення ним злочину чи безпосередньо після його вчинення, як результат реалізації оперативно-розшукової справи, через те, що у справах про окремі види злочинів (наприклад, шпигунство, тероризм, бандитизм, контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів, створення злочинної організації, створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань, масові заворушення та ін.) неможливо застосувати процесуальне затримання без фактичного затримання, оскільки особи, що підлягають процесуальному затриманню, можуть вчиняти збройний опір, у тому числі із застосуванням вибухових пристроїв.

Фактичне захоплення підозрюваного чи його доставления до відповідного правоохоронного органу в окремих випадках у разі непередбачених ситуацій може бути здійснено при проведенні, наприклад, візуального спостереження за його об'єктами змінним нарядом підрозділів оперативного документування, оскільки цей наряд нерідко в ході здійснення цього заходу може стати безпосереднім очевидцем тяжкого злочину, фіксуючи як саму подію цього злочину, так і його очевидців, а також намагання особи, що вчиняє чи вже вчинила цей злочин, втекти з місця події, знищити його сліди, що можуть бути також зафіксовані на підозрюваному або на його одязі, при ньому або в його житлі.

Враховуючи законодавчу неврегульованість цього питання та окрему неузгодженість ст. 106 КПК України та низки норм відомчих нормативно-правових актів, у практичній діяльності постають питання: як, наприклад, повинен діяти цей наряд візуального спостереження, коли він у ході здійснення цього ОРЗ стане очевидцем злочину, чи можна наряду візуального спостереження використати отримані ним матеріали ОРД як підстави для затримання підозрюваного і якщо так, то у який спосіб і за яким пунктом ст. 106 КПК України.

На наш погляд, у таких випадках змінному наряду візуального спостереження слід вживати необхідних заходів як для документування за допомогою фото-, відеоапаратури та з використанням в установленому порядку інших технічних засобів дій об'єкта спостереження (підозрюваної особи), що вказують на підготовку або вчинення нею злочину, та виявлення й установлення очевидців цих дій, так і при необхідності застосовувати щодо неї засоби фізичного впливу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю на підставах та в порядку, визначеному законом, а у разі фактичного затримання особи, за якою здійснюється спостереження, на місці вчинення злочину негайно інформувати про це керівництво відповідного підрозділу оперативного документування та ініціатора завдання, а також інші правоохоронні органи відповідно до їх компетенції. При необхідності оперативні працівники,

що здійснювали візуальне спостереження, повинні надавати допомогу зазначеним правоохоронним органам у пошуку та залученні очевидців злочину з метою процесуального оформлення факту затримання підозрюваної особи відповідно до вимог ст. 106 КПК України.

Підставами для затримання у цьому випадку можуть, залежно від ситуації, бути: фактичне затримання підозрюваної особи змінним нарядом візуального спостереження (п. 1 ч. 1 ст. 106 КПК України), вказівка встановлених цим нарядом очевидців, які вкажуть на підозрювану особу як таку, що вчинила злочин (п. 2 ч. 1 ст. 106 КПК України), виявлення на підставі матеріалів ОРД, отриманих у ході візуального спостереження, явних слідів злочину на підозрюваному або його одязі, при ньому або в його житлі (п. 3 ч. 1 ст. 106 КПК України).

Незважаючи на докладну регламентацію у відомчих нормативно-правових актах проведення інших ОРЗ з точки зору організаційно-тактичних аспектів, повноти отримання інформації, дотримання правил конспірації тощо у них не регламентується питання щодо реагування оперативних працівників на злочин, який вони спостерігають у ході проведення ними цих ОРЗ, наприклад, у ході негласного проникнення в приміщення чи транспортні засоби та інші місця з метою виявлення та фіксації слідів і ознак злочину, створення умов для проведення інших ОРЗ, наприклад, негласного огляду предметів, матеріалів і документів чи негласного контролю в приміщеннях та інших місцях.

Цими нормативними актами не встановлено, як повинен діяти оперативний працівник, якщо при проведенні ним відповідного ОРЗ він стане очевидцем того, що певна особа вчиняє тяжкий злочин: чи повинен він при цьому затримувати таку особу і якщо так, то що буде в цьому випадку підставою для її затримання відповідно до ст. 106 КПК України.

На нашу думку, у ході негласного проникнення в приміщення чи транспортні засоби та інші місця з метою виявлення та фіксації слідів і ознак злочину, створення умов для проведення інших ОРЗ, наприклад, негласного огляду предметів, матеріалів і документів чи негласного контролю в приміщеннях та інших місцях, при виявленні факту вчинення певною особою, в тому числі й об'єктом оперативно-розшукової справи, тяжкого злочину оперативні працівники повинні також вживати необхідних заходів для документування за допомогою фото-, відеоапаратури та з використанням в установленому порядку інших технічних засобів діянь з ознаками злочину, виявлення й установлення очевидців цих діянь, а також застосовувати щодо осіб, які

вчиняють або вчинили злочин, якщо неможливо йому запобігти іншими способами, засоби фізичного впливу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю на підставах та в порядку, визначеному законом, а у разі фактичного затримання таких осіб на місці вчинення злочину — негайно інформувати про це керівництво відповідного підрозділу та ініціатора завдання, а також інші правоохоронні органи відповідно до їх компетенції. При необхідності зазначені оперативні працівники повинні надавати допомогу відповідним правоохоронним органам у пошуку та залученні очевидців злочину з метою процесуального оформлення факту затримання підозрюваної особи відповідно до вимог ст. 106 КПК України.

Підставами для затримання у цьому випадку можуть, залежно від ситуації, також бути: фактичне затримання зазначеними оперативними працівниками підозрюваної особи (п. 1 ч. 1 ст. 106 КПК України), вказівка встановлених зазначеними оперативними працівниками очевидців, які вкажуть на підозрювану особу як таку, що вчинила злочин (п. 2 ч. 1 ст. 106 КПК України), виявлення на підставі матеріалів ОРД, отриманих у ході ОРЗ, явних слідів злочину на підозрюваному або його одязі, при ньому або в його житлі (п. 3 ч. 1 ст. 106 КПК України).

Матеріали ОРД, отримані в ході вказаних ОРЗ, можуть бути також приводами й підставами для порушення провадження у кримінальній справі, в тому числі й ініціаторами цих ОРЗ як органу дізнання за п. 5 ст. 94 КПК України (безпосереднє виявлення ознак злочину) та проведення слідчих дій, на підставі яких можуть бути отримані докази, покладені в обґрунтування процесуального затримання підозрюваного.

Отже, виявлення особи під час вчинення злочину працівниками оперативно-розшукового підрозділу при виконанні ними службових повноважень, як правило, може мати місце в двох випадках: при реалізації матеріалів оперативно-розшукової справи, коли цій особі штучно створюються перепони для доведення її умислу на вчинення злочину до кінця з подальшим її фізичним захопленням, порушенням провадження у кримінальній справі та процесуальним затриманням при посяганні на злочин на підставі п. 1 ч. 1 ст. 106 КПК України, а також у непередбачених ситуаціях, наприклад, при здійсненні відповідних ОРЗ, коли оперативні працівники, які здійснюють ці ОРЗ, випадково стали очевидцями злочину.

Враховуючи, що підрозділи оперативного документування та оперативно-технічні підрозділи не віднесені законом та відомчими нормативними актами до органу дізнання, однак оперативні працівники

цих підрозділів як представники правоохоронного органу зобов'язані реагувати на злочин, в останньому випадку вони зобов'язані здійснити фактичне затримання особи, що вчиняє чи вчинила злочин, на місці його вчинення, повідомивши про це своє керівництво, ініціатора оперативно-розшукового завдання, а також інші правоохоронні органи відповідно до їх компетенції. -.

Підставою для процесуального затримання підозрюваного уповноваженою особою в такому разі буде, на наш погляд, безпосереднє виявлення особи в момент вчинення злочину або ж одразу після його вчинення (п. 1 ч. 1 ст. 106 КПК України).

Сформульоване в ч. 2 ст. 106 КПК України положення: «інші дані, що дають підстави підозрювати особу у вчинені злочину» — не конкретизує джерела поінформованості, проте, на нашу думку, матеріали ОРД, в яких містяться фактичні дані, що вказують на ознаки злочину, можуть бути змістом «інших даних». Такими даними вони можуть стати як у сукупності з доказами, що вже є у кримінальній справі, так і після перевірки їх процесуальним шляхом, набувши статусу відповідних доказів, передбачених ст. 65 КПК України, та будучи покладеними в обґрунтування рішення про застосування певного запобіжного заходу, за умов, визначених у ч. 2 ст. 106 КПК України, а саме: а) коли ця особа намагалася втекти; б) коли вона не має постійного місця проживання; в) коли не встановлено особу підозрюваного,

Отримання матеріалів ОРД як привід для процесуального затримання особи, що підозрюється у вчиненні злочину, має значення лише в єдністю з визначеними для цього процесуальним законом підставами. За своєю суттю цей привід для затримання такої особи має лише допоміжний (факультативний) характер, оскільки в першу чергу він є приводом для порушення провадження у кримінальній справі та проведення невідкладних слідчих дій, у ході яких отримуються докази, передбачені ст. 65 КПК України, які використовуються для обґрунтування рішення про процесуальне затримання.

Отже, лише сукупність доказів, передбачених ст. 65 КПК України, може бути вірогідними даними, які підтверджують законність і обґрунтованість прийняття процесуального рішення про затримання підозрюваної особи. Однак, враховуючи, що у практичній діяльності на цьому етапі досудового розслідування у більшості кримінальних справ немає можливості отримати лише вірогідні знання, для прийняття такого процесуального рішення доводиться використовувати й імовірні знання, що можуть міститися і в матеріалах ОРД, і в їх сукупності з відповідними доказами, передбаченими ст. 65 КПК України, що цілком

відповідає міжнародно-правовим стандартам у галузі забезпечення прав людини та вимогам ст. 106 КПК України.

Водночас для усунення неузгодженості між частинами 1 та 2 ст. 106 КПК України, що призводить до різного тлумачення в теорії та на практиці змісту підстав для затримання підозрюваного, на наш погляд, слід знайти єдину форму визначення змісту таких підстав. Таким загальним змістом підстав для цих двох частин зазначеної статті, що охоплювало б і докази, які є змістом пунктів 1-3 ч. 1 ст. 106 КПК, і інші дані, про які йдеться в ч. 2 ст. 106 КПК України, могли б стати фактичні дані, отримані процесуальним шляхом.

З огляду на викладене вважаємо доцільним доповнити ст. 106 частиною 1 такого змісту: «Орган дізнання, слідчий та прокурор вправі затримати особу за підозрою у вчиненні злочину, за який може бути призначене покарання у вигляді позбавлення волі, за наявності підстав— достатніх фактичних даних, отриманих із процесуальних та інших джерел, у тому числі й у ході ОРД, якщо останні залучені до кримінального процесу у визначеному цим Кодексом порядку і перевірені процесуальним шляхом».

У зв'язку із цим ч. 1 ст. 106 КПК України слід вважати ч. 2 і відповідно змінити нумерацію інших частин цієї статті.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що матеріали ОРД можуть бути за певних умов використані як приводи та підстави для застосування деяких запобіжних заходів у сукупності з доказами, передбаченими ст. 65 КПК України.

Для застосування інших заходів примусу (привід обвинуваченого (статті 135, 136 КПК), привід свідка (ч. 2 ст. 70, ст. 292 КПК), привід потерпілого (ч. 3 ст. 72, ст. 290 КПК); відсторонення обвинуваченого від посади (ст. 147 КПК); накладення арешту на майно (ст. 126 КПК); зобов'язання про явку обвинуваченого (ч. 3 ст. 148 КПК)) матеріали ОРД можуть бути використані лише в організаційно-тактичних цілях.

Використовуючи матеріали ОРД для обґрунтування рішення про обрання будь-якого примусового заходу, слід враховувати, що в умовах розширення змагальних засад на досудовому слідстві, де сторона захисту (потерпілий, його захисник та ін.) наділяється окремими правами по збору фактичних даних, які можуть бути використані як докази в суді, впровадження інституту судового контролю за застосуванням заходів, що обмежують конституційні права людини, обґрунтованість будь-якого рішення за матеріалами ОРД, у тому числі й про застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту (ст. 155 КПК України) може бути перевірена в суді за участю цієї сторони.

§ 3. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для застосування заходів безпеки до учасників кримінального судочинства

Втілення ідеї правової держави в Україні, в якій людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю, передбачає створення також належних гарантій безпеки осіб, які залучаються до сфери боротьби зі злочинністю, що сприяє забезпеченню реалізації кримінально-правової політики держави.

Зважаючи на зазначене, держава покладає на громадянина залежно від його кримінально-процесуального статусу обов'язок сприяти вирішенню соціально-правового конфлікту, що виник у результаті вчинення або підготовки чи посягання на вчинення злочину, який забезпечується відповідними адміністративними та кримінально-правовими заходами. У разі виникнення небезпеки для його життя, здоров'я, житла чи майна держава повинна створювати належні гарантії його безпеки як учасника кримінального судочинства, а також безпеки членів його сім'ї та близьких родичів, що є одним із принципів кримінального процесу.

На створення таких гарантій в Україні прийнято закони № 3782-12 від 23 грудня 1993 р. «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві»[1] та №3781-12 від 23 грудня 1993 р. «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів»[2], після прийняття яких до чинного КПК України та Закону про ОРД були внесені відповідні зміни і доповнення[3]. На реалізацію положень цих законів прийняті відповідні відомчі нормативні акти, які докладно регламентують повноваження спеціальних підрозділів по забезпеченню безпеки судців, працівників суду, правоохоронних органів, учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів по застосуванню заходів безпеки щодо вказаних осіб та інші питання у цій сфері.

На підставі аналізу практики застосування законодавства про державний захист суддів, працівників суду і правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у судочинстві, членів їх сімей та близьких

[1] Відомості Верховної Ради. — 1994. — №11. — Ст. 51.

[2] Там само. — Ст. 50.

[3] Там само. — 2000. — № 10. — Ст. 79; Офіційний вісник України. — 2002. — №14, —Ст. 710.

родичів Пленум Верховного Суду України у своїй постанові від 18 червня 1999 р. № 10 «Про застосування законодавства, що передбачає державний захист суддів, працівників суду і правоохоронних Органів та осіб, які беруть участь у судочинстві» обґрунтовано зазначив, що ситуація щодо забезпечення безпеки цих осіб, яка склалася в країні, є незадовільною і не гарантує неупередженого розгляду справ, захисту прав і свобод громадян .

Проведений аналіз матеріалів практики за останні 10 років показує, що у понад 80 % кримінальних справ про тяжкі злочини, в тому числі й вчинених організованими групами, з боку заінтересованих осіб здійснюються різні форми незаконного впливу на учасників кримінального процесу з метою схилення їх до відмови від показань, дачі завідомо неправдивих показань тощо'.

Так, наприклад, у ході оперативно-розшукового супроводу кримінальної справи за обвинуваченням Я., В., У. по ч. 4 ст. 187 КК України була отримана інформація, що родичі В. установили свідків злочину Н. і Ш. і за винагороду намагалися схилити їх до неправдивих показань. Коли Н. і Ш. відмовилися від пропозиції родичів В., останні стали погрожувати їм та їх родичам фізичною розправою та знищенням їх майна. Отримані своєчасно матеріали ОРД про наявність реальної загрози здоров'ю та майну свідкам Н. і ПІ. стали приводом та підставою для застосування щодо них заходів безпеки, передбачених Законом України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» .

Водночас організація діяльності спеціально створених підрозділів на підставі ст. З Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», взаємодія цих підрозділів із забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів з іншими оперативно-розшуковими підрозділами та уповноваженими органами (органом дізнання, слідчим та судом), у провадженні яких перебуває кримінальна справа, є неефективною. Кримінально-процесуальним законом України та іншими законодавчими і відомчими нормативними актами не створено належних гарантій для забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів.

[1] Вісник Верховного Суду. — 1999. — № 3. — С 23-24.

[2] Кримінальна справа № 1-143/03 за обвинуваченням Я., В., У. за ч. 4 ст. 187 КК України // Архів Центрального районного суду м. Одеси.

З цього приводу у процесуальній літературі справедливо зазначається, що в умовах відсутності відповідних гарантій з боку держави можна дійти висновку, що особа свідчить фактично проти себе, погіршуючи своє становище. Тому така відмова від дачі показань може розглядатися як реалізація цією особою свого права на свободу від самовикриття . '.

Виходячи із викладеного, виникає необхідність подальшої розробки наукових засад забезпечення безпеки суддів, працівників суду і правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів з урахуванням постійної якісної зміни злочинності, використовуючи досвід зарубіжних країн, практику Європейського Суду з прав людини, яка серед інших базових умов, що повинні бути досліджені слідством перед прийняттям рішення про конфіденційність даних про свідка, передбачає, що його життя та свобода піддається значному ризику (загрозі)[2]. Зазначене повною мірою стосується й інших учасників кримінального процесу.

Зважаючи на актуальність проблем забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, вони були предметом дослідження низки наукових, у тому числі й монографічних, праць вчених країн — членів СНД[3], проте проблема використання матеріалів ОРД для прийняття таких процесуальних рішень не знайшла в них належного вирішення.

Враховуючи зазначене, предмет та обсяг параграфу цієї роботи, робиться спроба вирішення деяких спірних та недостатньо досліджених питань поставленої проблеми, оскільки законодавча їх неврегульованість негативно позначається на ефективності досудового розслідування й судового розгляду кримінальних справ та забезпеченні прав людини в кримінальному процесі.

[1] Див.: *Бояров В. І.* Актуальні питання захисту учасників кримінального судочинства в законодавстві України // Вісник Академії адвокатури України. — 2005. — №3(4). — С. 104.

[2] Див.: *Van Mechelen* and Others v. the Netherlands, judgment of 23 April 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III. <http://www.echr.coe.int/ECHR/SiteMap.aspx>

[3] Див.: *Зайцев О. А.* Теоретические и правовые основы государственной защиты участников уголовного процесса. — М., 1997; *Зеленецкий В. С, Куркин Н. В.* Обеспечение безопасности субъектов уголовного процесса. — Харьков, 2000; *Зайцев О. А.* Государственная защита участников уголовного процесса.— М., 2001; *Брусницын Л. В.* Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование). — М., 2001; *Епихин А. Ю.* Обеспечение безопасности личности в уголовном судопроизводстве. — СПб. — 2004.

Проведене узагальнення практики розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів, у тому числі вчинених організованими групами, свідчить про те, що у більшості випадків лише оперативно-розшуковими заходами можна своєчасно отримати інформацію про підготовку чи здійснення незаконного впливу з боку заінтересованих осіб на учасників кримінального процесу, належним чином її задокументувати та використати для прийняття своєчасного процесуального рішення про застосування відповідних заходів забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів, оскільки ОРД, як правило, у таких категоріях злочинів, віднесених до компетенції СБ України, є передумовою кримінального процесу. Такий висновок підтверджується результатами аналізу практики і засвідчить, що провадження у кримінальних справах, підслідних слідчим СБ України, у понад 90 % випадків є результатом реалізації оперативно-розшукових справ підрозділів СБ України, що здійснюють ОРД. Причому цей відсоток протягом останніх десяти років має тенденцію до зростання.

У той же час провадження у кримінальних справах, віднесених до компетенції органів МВС України та прокуратури, у більшості випадків порушуються за заявами або повідомленнями про злочини чи безпосереднім їх виявленням уповноваженими суб'єктами кримінального процесу. Таким кримінальним справам, як правило, не передує ОРД, за винятком перевірки заяви чи повідомлення про злочин до порушення провадження у кримінальній справі шляхом проведення оперативно-розшукових заходів у порядку, визначеному ч. 5 ст. 97 КПК України та законодавством про ОРД, що у практичній діяльності цих органів використовується вкрай рідко. Тому у зазначених кримінальних справах, які в більшості випадків порушуються та розслідуються без належного оперативно-розшукового супроводу, виявити незаконний влив на учасників кримінального судочинства з боку заінтересованих осіб й своєчасно запобігти йому є достатньо проблематичним.

У зв'язку з недосконалістю правового регулювання використання можливостей ОРД при застосуванні заходів безпеки щодо учасників кримінального судочинства при проведенні перевірки заяв (повідомлень) про злочини й безпосередньому їх виявленню уповноваженими органами та досудовому розслідуванні й судовому розгляді кримінальних справ цієї категорії виникає низка проблемних питань, що потребують свого організаційно-правового вирішення.

Одним із таких питань є визначення компетенції спеціальних підрозділів органів СБ України та внутрішніх справ по забезпеченню безпеки учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів, яка на сьогодні фактично не відповідає чинному законодавству й потребам практики. Так, ст. 5 Закону про ОРД уповноважує підрозділи забезпечення безпеки працівників суду, правоохоронних органів і учасників кримінального судочинства МВ С України і СБ України на здійснення ОРД. Разом з цим відомчими нормативними актами ці підрозділи правом на здійснення ОРД не наділені. Фактично цими підрозділами здійснюється лише фізичний захист зазначених осіб, у тому числі із застосуванням відповідних технічних засобів. Проведення ОРД у таких випадках здійснюється іншими уповноваженими підрозділами. Така роздільність функцій нерідко призводить до того, що в окремих випадках своєчасне виявлення незаконного впливу на учасників кримінального судочинства, їх документування оперативно-розшуковими заходами та адекватне прийняття процесуальних рішень про застосування до них заходів безпеки в ході досудового провадження та судового розгляду кримінальних справ ускладнюється. Вирішення цього питання, на наш погляд, можливе шляхом приведення відомчих нормативних актів у відповідність з чинним законодавством або створенням незалежного від органів переслідування самостійного органу забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства з наділенням його функціями ОРД та фізичного захисту зазначених осіб, якому доручався б такий захист після направлення кримінальної справи до суду. Реалізація останньої пропозиції, хоча й потребує матеріальних витрат та внесення відповідних змін до законодавчих і відомчих нормативних актів та організаційних заходів, проте є більш раціональною й ефективною, оскільки створює надійніші гарантії проти незаконного впливу на учасників кримінального судочинства, і не лише з боку осіб, причетних до вчинення злочину, та їх близьких, а й з боку правоохоронних органів, що останнім часом в практиці також нерідко має місце.

Наділення спеціальних підрозділів, що здійснюють захист учасників кримінального судочинства, одночасно функціями ОРД та фізичного захисту цих осіб сприятиме своєчасному виявленню незаконного впливу на учасників кримінального процесу та його запобіганню, створенню належних умов для неупередженого розгляду кримінальних справ, захисту прав людини у кримінальному судочинстві, прийняттю законних та обґрунтованих рішень у кримінальних справах.

Проблемним питанням на практиці є використання матеріалів ОРД як приводів та підстав для застосування заходів забезпечення безпеки щодо учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів. За чинним законодавством рішення про застосування заходів забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів може бути прийняте лише за наявності сукупності приводів та підстав органом, у провадженні якого перебуває кримінальна справа. Проте використання матеріалів ОРД як приводів та підстав для застосування зазначених заходів викликає певні труднощі у правозастосовному процесі через недосконале правове врегулювання цього питання.

Так, наводячи у ч. 3 ст. 52[i] КПК України, ч. 2 ст. 3 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» вичерпний перелік суб'єктів, що приймають рішення про застосування заходів забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства (особа, яка заявила про злочин або в іншій формі брала участь у виявленні, запобіганні і розкритті злочину чи сприяла цьому; потерпілий або його представник у кримінальній справі; підозрюваний, обвинувачений, захисник і законний представник; цивільний позивач, цивільний відповідач та їх представники у справі про відшкодування шкоди, завданої злочином; свідок; експерт, спеціаліст, перекладач і понятий; члени сімей та близькі родичі всіх перелічених осіб), однозначно чітко не визначають приводи та підстави для застосування таких заходів.

У частині 2 ст. 20 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» зазначається, що приводом для вжиття заходів забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів може бути поряд із заявою учасника кримінального судочинства, члена його сім'ї або близького родича (п. «а»), звернення керівника відповідного державного органу (п. «б») й отримання оперативної й іншої інформації про наявність загрози життю, здоров'ю, житлу і майну зазначених осіб (п. «в»).

У той же час у ч. 3 ст. 52[i] КПК України привід для застосування заходів безпеки до учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів визначається у такий спосіб: «Орган дізнання, слідчий, прокурор або суд, одержавши заяву чи повідомлення про загрозу безпеці особи...».

Через неоднаковість викладення приводів для застосування заходів безпеки до учасників кримінального судочинства, членів їх сімей

та близьких родичів у наведених нормах зазначених законодавчих актів на практиці постає питання: чи передбачає кримінально-процесуальний закон, на відміну від Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», застосування заходів безпеки до учасників кримінального судочинства через такий привід, як отримання оперативно-розшукової інформації про наявність загрози життю, здоров'ю, житлу і майну осіб, зазначених у ч. 2 ст. 52 КПК, і чи може бути приводом для застосування заходів безпеки до цих осіб отримання уповноваженими органами, у провадженні яких перебуває кримінальна справа, оперативно-розшукової інформації та матеріалів ОРД, враховуючи те, що це різні за смисловим значенням поняття.

У теорії права термін «інформація» розглядається як синонім «повідомлення» (дані), проте з урахуванням того, що процесуальна форма заяви і повідомлення про злочини, а також суб'єкти їх подання встановлені статтями 95-97 КПК України, оперативно-розшукова інформація, отримана у встановленому порядку уповноваженими на це підрозділами, що здійснюють ОРД (ст. 5 Закону про ОРД), та їх службовими особами, на наш погляд, не може бути віднесена до повідомлення про злочин у визначенні його ч. 3 ст. 52[i] КПК України. Таку думку висловлюють і 76 % опитаних нами слідчих та 82 % оперативних працівників.

У статті 10 Закону про ОРД зазначається, що матеріали ОРД використовуються для забезпечення безпеки працівників суду, правоохоронних органів та осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів (п. 4) й оперативно-розшукова інформація є змістом матеріалів ОРД як різновиду матеріально-фіксованих джерел, що виникають у процесі здійснення оперативно-розшукових заходів і містять відомості (інформацію) про ознаки злочину, осіб, які до нього причетні, а також інші дані, що сприяють його розкриттю та можуть бути використані для прийняття рішень у кримінальному процесі. Враховуючи це, у п. «в» ч. 2 ст. 20 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» слова «отримання оперативної та іншої інформації...» слід замінити словами «отримання матеріалів оперативно-розшукової діяльності та інших даних».

Виходячи з того, що у чинному КПК України приводи для застосування заходів безпеки до учасників кримінального судочинства не вказані, для узгодженості ст. 52[i] КПК України та ч. 2 ст. 20 Закону

України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» доцільно ст. 52[i] КПК України доповнити ч. 2 такого змісту: «Приводом для вжиття заходів забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів може бути: а) заява учасника кримінального судочинства, члена його сім'ї або близького родича; б) звернення керівника відповідного державного органу; в) отримання матеріалів оперативно-розшукової діяльності та інших даних». Частина 2 ст. 52[i] КПК України при цьому стає частиною 3, а інші — в порядку зростання.

Аналіз ст. 52[i] КПК України та ст. 20 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» свідчить про те, що підставами для прийняття заходів забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів є дані, які свідчать про наявність реальної загрози їх життю, здоров'ю, житлу й майну, що може здійснюватися з метою: а) перешкоджання їх сприянню правосуддю; б) примушення цих осіб до припинення сприяння; в) помсти за вчинене сприяння. Про реальність такої загрози може свідчити сам факт існування злочинної організації, яка вчиняє злочин, чи готується до його вчинення й здатна до незаконного впливу на учасників кримінального судочинства шляхом вчинення щодо них та членів їх сімей і близьких родичів насильницьких дій.

Матеріали ОРД можуть бути використані як приводи для застосування заходів безпеки до учасників кримінального судочинства лише в тому випадку, коли в них містяться зазначені підстави — дані про наявність реальної загрози життю, здоров'ю, житлу чи майну осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів.

У цьому зв'язку критичного зауваження потребує конструкція ст. 20 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», в ч. 1 якої визначено зміст підстав для прийняття рішення для вжиття заходів забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства та членів їх сімей і близьких родичів.

Виходячи з чинної редакції ч. 1 і п. «в» ч. 2 ст. 20 зазначеного закону, на наш погляд, можна зробити помилковий висновок про те, що, коли у заяві учасника кримінального судочинства, члена його сім'ї або близького родича чи зверненні керівника відповідного державного органу повинні міститися дані про реальну загрозу життю, здоров'ю,

житлу і майну осіб, зазначених у ч. 2 ст. 52[i] КПК України, то в оперативній та іншій інформації наявності даних щодо існування реальної загрози життю, здоров'ю, житлу і майну осіб непотрібно, оскільки п. «в» ч. 2 ст. 20 зазначеного закону сформульований у такий спосіб: «отримання оперативної та іншої інформації про наявність загрози життю, здоров'ю, житлу і майну зазначених осіб».

Оскільки до уповноважених суб'єктів для прийняття процесуальних рішень в інтересах кримінального судочинства відповідно до Закону про ОРД (ст. 10) повинна надходити не оперативна інформація, а матеріали ОРД, тобто формалізована й легалізована оперативно-розшукова інформація, то п. «в» ч. 2 ст. 20 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» доцільно викласти у такій редакції: «отримання матеріалів оперативно-розшукової інформації чи інших даних».

Словосполучення «іншої інформації» слід замінити на словосполучення «інші дані». З п. «в» ч. 2 ст. 20 цього закону слід виключити слова «про наявність загрози життю, здоров'ю житлу і майну зазначених осіб», оскільки вони є змістом не приводу для застосування заходів забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів, а підстав.

Окрім того, п. «в» ч. 2 ст. 20 суперечить ч. 1 цієї статті, де як підстава для вжиття заходів забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства визначені «дані, що свідчать про наявність реальної загрози життю, здоров'ю житлу і майну» зазначених осіб.

Таким чином, реалізація запропонованих змін та доповнень до ст. 20 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» та ст. 52[i] КПК України, на наш погляд, відповідатиме одному із завдань законодавчої техніки — уніфікації норм права, усуне неоднозначність розуміння зазначених норм у правозастосовному процесі та сприятиме більш оперативному й ефективному застосуванню заходів безпеки до учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів при прийнятті таких ріщень на підставі матеріалів ОРД.

У світовій практиці використання матеріалів ОРД для забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, здійснюється у такі способи як: невказування в заявах про злочин, поясненнях і протоколах слідчих та інших процесуальних дій демографічних даних про осіб, які підлягають захисту; пред'явлення для впізнання не самого обвинуваченого, а його фотографії чи відеозйомки; проведення очної ставки з аудіо- та відеоперешкодами; виключення з матеріалів справи перед ознайомленням з ними обвинуваченого та його захисника відомостей про осіб, які підлягають захисту; надання права потерпілому на участь у кримінальному судочинстві на будь-якій стадії процесу, в тому числі й з моменту прийняття судом рішення про звільнення засудженого на відповідних умовах від покарання; обладнання залу суду таким чином, щоб потерпілі та свідки були огороджені від підсудного та присутніх у залі громадян, і в той же час відкриті для суду, прокурора та захисника підсудного; допит особи, яка підлягає захисту, поза залом судового засідання з використанням відеотехнічних засобів; демонстрація в залі суду відеозапису чи оголошення показань особи, яка підлягає захисту, в стадії розслідування без виклику її на судове засідання; допит особи, яка підлягає захисту, суддями за відсутності не лише підсудного, а й інших учасників судового розгляду кримінальної справи з подальшим наданням підсудному та його захиснику письмових показань особи, яка підлягає захисту, для можливої постановки останній запитань; допит особи, яка підлягає захисту, одним із суддів поза залом суду з подальшим оголошенням отриманих показань у суді; допит особи, яка підлягає захисту, за судовим дорученням суддею того суду, де проживає зазначена особа; участь особи, яка підлягає захисту, у судовому засіданні під псевдонімом, у тому числі й з використанням псевдоніму у вироку суду; допит службових осіб правоохоронних органів, яким стала відома доказова інформація від осіб, що співробітничають з ними на конфіденційних засадах, без виклику останніх до суду та розголошення даних про них тощо[1]. Проте це питання тісно пов'язане з розробкою проблеми допустимості визнання отриманих у такий спосіб фактичних даних доказами у кримінальній справі, яка є дискусійною не лише у вітчизняному

[1] Див.: *Зайцев О. А.* Теоретические и правовые основы государственной защиты участников уголовного процесса. — М., 1997; *Зеленецкий В. С, Куркин Н. В.* Обеспечение безопасности субъектов уголовного процесса. — Харьков, 2000; *Зайцев О. А.* Государственная защита участников уголовного процесса. — М., 2001; *Бруснщын Л. В.* Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование). — М., 2001; *Бояров В. L, Руденко М. В.* Анонімність свідків: «за» і «проти»// Адвокат.— 2001.— №4-5.— С. 13-15; *В. 1. Епихин А. Ю.* Обеспечение безопасности личности в уголовном судопроизводстве. — СПб., 2004; *Бояров В. І.* Актуальні питання захисту учасників кримінального судочинства в законодавстві України // Вісник Академії адвокатури України. — 2005. — № 3 (4). — С 104-109.

кримінальному процесі, а й у кримінальному процесі зарубіжних країни різних правових систем, що буде розглянуто нами у наступному розділі роботи.

У ході реалізації заходів безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному процесі, членів їх сімей та близьких родичів матеріали ОРД можуть бути використані також і в організаційно-тактичних цілях.

У статті 52^4 КПК України визначені підстави та порядок скасування заходів безпеки зазначених осіб. Такими підставами є закінчення строку конкретного заходу безпеки; усунення загрози життю, здоров'ю, житлу і майну осіб, взятих під захист; систематичне невиконання особою, взятою під захист, законних вимог органів, що здійснюють заходи безпеки, якщо ця особа письмово була попереджена про можливість такого скасування.

Приводами для скасування заходів безпеки є як заява учасника кримінального судочинства, члена його сім'ї або близького родича, щодо яких були застосовані заходи безпеки, так і отримання достовірної інформації про усунення загрози життю, здоров'ю, житлу і майну зазначених осіб.

Така достовірна інформація може міститися і в матеріалах ОРД, які в установленому порядку повинні бути надані слідчому й залучені до кримінальної справи.

Отримання слідчим матеріалів ОРД є приводом для скасування заходів безпеки учасника кримінального судочинства, члена його сім'ї або близького родича лише у разі, якщо в них міститься достовірна інформація щодо усунення загрози життю, здоров'ю, житлу і майну осіб, взятих під захист, чи систематичного невиконання особою, взятою під захист, законних вимог органів, що здійснюють заходи безпеки, якщо ця особа письмово була попереджена про можливість такого скасування.

Зважаючи на те, що зазначені дані можуть бути використані слідчим у відповідній постанові при обгрунтуванні рішення про скасування заходів безпеки, вони повинні бути не лише легалізованими, а й достовірними, оскільки таке рішення, у разі його оскарження, може бути предметом розгляду у суді за участю сторін обвинувачення та захисту.

Так, наприклад, у процесі оперативно-розшукового супроводу досудового розслідування кримінальної справи за обвинуваченням К. за ст. 187 КК України була отримана інформація від оперативного джерела, що К., який зрозумів безперспективність протидії досудовому слідству і дав правдиві показання щодо обставин вчинення ним злочину, відмовився від наміру фізичної розправи з потерпілим С, який подав заяву про вчинення ним злочину. Зазначена інформація підтвердилася оперативно-технічними заходами. Відповідно до ст. 52^4 КПК України вказані матеріали ОРД стали приводом та підставою для скасування щодо потерпілого С. заходів безпеки[1].

* * * * *

Матеріали ОРД можуть бути приводами та підставами для проведення певних слідчих дій, а також застосування певних примусових заходів та заходів безпеки до учасників кримінального судочинства, членів їх сімей та близьких родичів за умов, що вони отримані уповноваженою особою в установлений законом спосіб і залучені до матеріалів кримінальної справи.

У нових КПК України та Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» процедура їх використання повинна бути удосконалена.

[1] Кримінальна справа № 1-97/03 за обвинуваченням К. за ст. 187 КК України// Архів Центрального районного суду м. Одеси.

РОЗДІЛ 7

ВИКОРИСТАННЯ МАТЕРІАЛІВ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ДОКАЗУВАННІ

§ 1. Теорія доказів як методологічна основа використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі

Теорія доказів[1], за справедливим твердженням відомого правознавця В. Д. Спасовича, «становить центральний вузол усієї системи судочинства, душу всього кримінального процесу, начало, що його рухає, утворює його сутність, яка обумовлює і судоустрій, і всі головні форми судочинства» . Вона має методологічне, теоретичне і практичне значення для використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі, оскільки розкриває поняття доказів, види доказів, предмет, межу, процес та структуру доказування, співвідношення доказування і пізнання, засоби пізнання і доказування, правовий статус суб'єктів доказування, що дозволяє визначити роль та місце ОРД в отриманні певних видів доказів у кримінальній справі та у кримінально-процесуальному доказуванні, предмет оперативно-розшукового документування та шляхи й засоби використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства.

Попри важливе значення теорії доказів для кримінального процесу, те, що за майже півтора століття вона поповнилася новими знаннями завдяки застосуванню філософських, інформаційних, логічних та інших, у тому числі й нетрадиційних методів пізнання, значна кількість її проблем залишається невирішеною. До цього часу, як справедливо пише В. С Зел енецький, не з'ясована з достатньою повнотою природа доказування в кримінальному процесі, не досліджені форми

[1] А. Р. Бєлкін виловив думку, що предметом традиційної теорії доказів є лише докази та їх види, а все інше, що в ній розглядається, є оперуванням доказами (доказуванням), тому вона повинна називатися теорією доказування, одним із елементів якої є концепція доказів, що відіграють роль засобів доказування. — Див.: *Белкин А. Р.* Теория доказывания: Науч.-метод. пособие. — М., 1999. — С. VI).

[2] *Спасович В. Д.* О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством. — СПб, 1861. — С. 7.

й методи пізнання у різних стадіях процесу[1]. Як слушно з цього приводу зазначає А. А. Давлетов, сучасна теорія доказів не являє собою єдиної цілісної системи, усі частини якої були б взаємопов'язаними і взаємозалежними, тобто вона не відповідає повною мірою вимогам, що ставляться до теорії[2]. У ній, вказує і Л. М. Карнєєва, відсутня необхідна стрункість і ясність навіть у відображенні основних її понять, тому такий стан розвитку теорії доказів не лише не сприяє вдосконаленню законодавства, а й негативно позначається на практиці його застосування[3].

На сьогодні у теорії доказів немає єдності думок щодо поняття доказів та їх видів, поняття доказування та його структури і співвідношення з кримінально-процесуальним пізнанням. Досліджуючи докази та доказування, одні правознавці вважають, що це категорії, властиві лише стадіям досудового розслідування та судовим стадіям[4], на думку інших, доказування відбувається й на стадії порушення провадження у кримінальній справі[5]. Така розбіжність думок у принципових питаннях доказового права призводить до неоднозначності закріплення

Зеленецький В. С. Пізнання в кримінальному процесі // Радянське право. — 1977. — № 4. — С 72.

"" *Давлетов А. А.* Основы уголовно-процессуального познания: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1993. — С. 3.

Карнєєва Л. М. Правильное определение основных понятий теории доказаісльств — важнейшая гарантия достижения истины при производстве по уголовному делу // Гарантии прав личности в социалистическом уголовном праве и процессе. — Ярославль, 1981. — С . 15-16.

Див.: *Дорохов В. Я.* Понятие доказательств в советском уголовном процессе // Сов. гос-во и право. — 1965. — № 9. — С. 108-117; *Фаткуллин Ф. Н.* Общие проблемы процессуального доказывания— Казань, 1976; *Зажицкий В. И.* Уголовно-процессуальное доказывание и другие способы познавательной деятельности в уголовном судопроизводстве // Труды ВКШ КГБ СССР. — 1987. — № 41-42. — С. 342-355; *Сибилева Н. В.* Допустимость доказательств в советском уголовном процессе. — Киев, 1990; *Зажицкий В.* Вопросы доказательственного права// Советская юстиция.— 1992. — № 19-20. — С. *Ъ-А; Доля Е. А.* Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. — М., 1996. — С. 27-63.

Див.: *Карнєєва Л. М.* Доказывание при отказе в возбуждении уголовного дела // Советское Государство и право.— 1975.— № 2 . — С. 96-98; *Вона же.* Правильное определение основных понятий теории доказательств — важнейшая гарантия достижения истины при производстве по уголовному делу // Гарантии прав личности в социалистическом уголовном праве и процессе. — Ярославль, 1981. — С. 96-98; *Кузнецов Н. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела.— Воронеж, 1983; *Він же.* Доказывание и его особенности на стадиях уголовного процесса России: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук:. — Воронеж, 1998. — С. 23-26; *Стахівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. — К., 2005. — С. 126-127.

окремих його категорій у законодавстві, до неоднакового їх розуміння правозастосовниками і як наслідок — до неефективності кримінальної юстиції та судово-слідчих помилок, що порушують права людини.

Останнім часом на пострадянському просторі в ході дискусій при розробці нового кримінально-процесуального законодавства висуваються ідеї щодо необхідності відмовитися від нормативно-правового визначення поняття доказу на стадіях досудового розслідування та судового розгляду кримінальних справ, від вичерпного переліку видів доказів та розширення власного слідчого та судового розсуду при прийнятті процесуальних рішень у кримінальній справі[1] з посиланням на досвід окремих західних країн .

У цьому контексті Н. В. Сібільова пише: «Проект КПК України, нормативно регулюючи поняття доказів, залишається, на наш погляд, у полоні безперспективного підходу, визначаючи доказами фактичні дані, чітко виділяючи джерела доказів»[3]. Вчена вбачає необхідність на сучасному етапі розвитку суспільства «в переосмисленні усталених догм на засадах нового праворозуміння та нової ролі суду в правозастосуванні, що потребує від науковців пильної прискіпливої уваги до таких питань, як розширення суддівського угляду (власного розсуду. — *М.* 77.) в оцінці допустимості судових доказів і пов'язаної з цим проблеми їх відкритого переліку» .

На наш погляд, реалізація такої концепції, яка має ґрунтуватися на гуманістичних принципах поваги до людини, поваги до закону, високої моральності та совісті, є перспективною, проте її впровадження в Україні на початковому етапі розбудови правової демократичної держави, за існуючого правового нігілізму, який довгий час поширювався у суспільстві, відсутності усталеної високої правосвідомості правозастосовників (оперативних працівників, слідчих, прокурорів, суддів, адвокатів), а також пересічних громадян є передчасним. Нам здається, що сьогодні правозастосовникі України ще не готові повною мірою до розширення застосування власного слідчого і судового розсуду при оцінці доказів та при прийнятті процесуальних рішень у кримінальній справі, про що свідчать численні порушення останніми законодавства й прав людини при вирішенні кримінальних справ, а також рівень довіри суспільства до органів досудового розслідування, прокуратури та суду .

[1] Див.: *Гмирко В.* Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристики, класифікація. Конспект проблемної лекції. — Д., 2002. — С. 13-15.

[2] Див.: *Гуценко К. Ф., Головко Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесе западных государств. — М, 2002. — С. 87-90, 220, 230,275, 314, 317-319,417,424.

[3] *Сібільова Н. В.* Сучасні проблеми організації та функціонування в Україні судової влади // Питання боротьби зі злочинністю: 36. наук праць. — Х., 2005. — Вип. 10. —С 88-89.

[4] *Сібільова Н. В.* Вказана праця. — Х., 2005. — С 89.

На наше переконання, в умовах сучасного розвитку українського суспільства та держави ми не повинні відступити від теоретичного надбання видатних прогресивних процесуалістів «хрущовської відлиги» В. Я. Дорохова, В. 3. Лукашевича, Л. Т. Ульянової та ін., що знайшло свій прояв у науковій розробці й нормативно-правовому закріпленні в процесуальному законодавстві поняття доказів у кримінальній справі та встановленні вичерпного переліку їх видів (джерел), необхідність яких була викликана масовими грубими порушеннями прав людини й терором держави в особі її каральних органів проти власного народу в умовах репресій 30-50-х років XX ст. у нашій тодішній державі й об'єктивною потребою створення в подальшому надійних правових гарантій від сваволі правоохоронних органів та суду. Дослідження майже піввікової слідчо-судової практики переконливо доводить обґрунтованість, життєвість, придатність та необхідність цієї концепції для сучасного розвитку України.

Слід зазначити, що розширення застосування власного суддівського розсуду при оцінці доказів та прийнятті процесуальних рішень у кримінальних справах, незважаючи на те, що він ґрунтується на високій правосвідомості, глибокій моральності, в основу яких покладені багатовікові цінності справедливості, людяності, поваги до закону та права, не сприймається однозначно й у західних країнах, які визнаються світовою спільнотою за зразок справжньої демократії та цивілізованості. Окремі західні правники вбачають у цьому відступ від правової процедури, що може призводити до суддівського свавілля та порушення прав людини, й розробляють науково обґрунтовані пропозиції щодо обмеження власного суддівського розсуду при вирішенні кримінальних справ[2].

При розробці нового КПК України слід враховувати й те, що у новому кримінально-процесуальному законодавстві Молдови (ст. 93 КПК 2003 р.) та Латвії (ст. 123 Кримінально-процесуального закону

[1] Див.: *Карпачова Н. І.* Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні: Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. — К., 2000; Проти катувань. Огляд повідомлень про жорстоке поводження і застосування катувань / Харківська правозахисна група. — Х., 2001. — № 23 (64).; http://suddi.narod.ru/vb/html; http://www.zerkalo-nedeli.com/ie, станом на 2.02.2007 р.; та ін.

[2] Див.: *Папкова О. А.* Усмотрение суда. — М., 2005. — С. 31.

2005 р.), яке високо оцінено експертами Ради Європи, закріплені нормативно-правові визначення поняття процесуального доказу у кримінальній справі, змістом якого вказані відповідно фактичні дані та відомості про факти, а також встановлений вичерпний перелік видів (джерел) доказів[1].

З огляду на зазначене, дослідження проблем теорії доказів загалом та окремих її інститутів, у тому числі й використання матеріалів ОРД для отримання доказів у кримінальній справі, залишається актуальним. Розробка цього інституту потребує подальшого удосконалення нормативно-правового визначення поняття доказу та його змісту у кримінальному процесі, оскільки доказ як фундаментальна категорія є наріжним каменем цієї теорії.

З цього приводу М. М. Гродзинський обгрунтовано вказував, що основне завдання кримінального процесу полягає у вирішенні таких питань: чи вчинено злочин, ким він був вчинений, який ступінь соціальної небезпечності злочинця, чи необхідне застосування заходів соціального захисту і яких саме. Але відповісти на них можна лише після того, як у суді будуть всебічно розглянуті всі наявні у справі дані. Тому діяльність судді в основному і полягає в пошуку та розгляді відповідного матеріалу з метою одержання з нього необхідних відомостей, іншими словами— у відшуканні та розгляді доказів[2], оскільки доказ, як переконливо доводить В. Т. Нор, це «одна з необхідних умов досягнення істини, а отже— і забезпечення законності в розгляді кримінальних справ»[3], й у кінцевому підсумку, як справедливо вказує М. М. Михеєнко, «в кримінальному процесі як науці, навчальній дисципліні, галузі права і практичній діяльності все зводиться до доказування і доказів, бо вони є основним змістом кримінального процесу»[4].

Незважаючи на значення доказу у кримінальній справі як фундаментальної категорії кримінального процесу та його нормативно-правове визначення у ст. 65 КПК України, поняття та зміст цієї категорії продовжують залишатися дискусійними в теорії, що негативно

[1] Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова. Закон Республіки Молдова № 122-XV от 14.03.2003 г. С изменениями и дополнениями на 19 февраля 2007 г. // www.agentura.ru, станом на 8.02.07 р.; Уголовно-процессуальный закон Латвии. — BIB «Bizneza informacijas birojs». — Рига, 2006.

[2] *Гродзинский М. М.* Учение о доказательствах и его эволюция. — Харьков, 1925.

[3] *Нор В. Т.* Проблеми теорії і практики судових доказів. — Л., 1978. — С. 34.

[4] *Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П.* Кримінальний процес України: Підручник. — К., 1999. — С. 115.

позначається на практиці, в тому числі й при використанні матеріалів ОРД у доказуванні, оскільки, неправильно й неоднозначно розуміючи поняття та зміст доказів, практичні працівники зустрічають певні труднощі при використанні матеріалів ОРД для отримання фактичних даних, що можуть бути окремими доказами у кримінальній справі. Це є однією з причин недостатньої ефективності використання матеріалів ОРД у доказуванні у кримінальній справі та порушення чинного законодавства при їх використанні.

Так, аналіз результатів практики свідчить, що 28 % оперативних працівників, 32 % слідчих, 33 % прокурорів, 30,3 % слідчих прокуратури та 38 % суддів вважають, що доказами є єдність фактичних даних та їх джерел; 16% оперативних працівників, 18% слідчих, 22,8% прокурорів, 18,2 % слідчих прокуратури та 16 % суддів вважають такими лише фактичні дані (відомості про факти); 31,9% оперативних працівників, 36 % слідчих, 35 % прокурорів, 38 % слідчих прокуратури та 31 % суддів — і фактичні дані, і їх джерела; 10 % оперативних працівників, 2,8 % слідчих, 3,9 % прокурорів, 3 % слідчих прокуратури та 2,7 % суддів вважають доказами будь-які факти; 14,1 % оперативних працівників, 11,2 % слідчих, 5,3 % прокурорів, 10,5 % слідчих прокуратури та 12,3 % суддів вважають, що доказами є те, що визначено у ч. 2 ст. 65 КПК України. При цьому 32 % оперативних працівників, 58 % слідчих, 72,8 % прокурорів, 57,6 % слідчих прокуратури та 62,2 % суддів вважають, що в ч. 2 ст. 65 КПК визначені джерела доказів; 38 % оперативних працівників, 42 % слідчих, 27,2 % прокурорів, 42,4 % слідчих прокуратури та 37,8 % суддів — види доказів; а 30 % оперативних працівників взагалі не змогли визначитися з цього питання.

Неоднозначне розуміння поняття та змісту доказів у кримінальній справі практичними працівниками обумовлюється в тому числі й неоднозначним їх трактуванням у науковій, навчальній літературі, зокрема в науково-практичних коментарях кримінально-процесуального законодавства.

Деякі науковці висловили думку, що судовими доказами у кримінальній справі можуть бути лише факти, обставини, за допомогою яких встановлюються злочин і особа, яка його вчинила[1]. З цього приводу слід зауважити, що «судові докази», на наш погляд, є доказами, які визнані судом і використані ним в обгрунтування судових рішень.

Див.: *Лупинская П. А.* О понятии судебных доказательств// Ученые записки ВЮЗИ. — М., 1958. —Вып. VI. —С. 98-115.

Вони є видовим поняттям щодо родового поняття «процесуальні докази», якими є докази, що отримуються на стадії порушення провадження у кримінальній справі, докази, що отримуються на стадії досудового розслідування кримінальної справи. Всі зазначені докази мають однакову гносеологічну природу, проте різний правовий характер, що визначає їх сутність. У цьому параграфі роботи в основному аналізуються процесуальні докази стадій досудового розслідування кримінальної справи та її судового розгляду.

Розвиваючи думку про те, що у кримінальному процесі доказами можуть бути лише факти, обставини, за допомогою яких встановлюються злочин і особа, яка його вчинила, М. А. Чельцов писав: «Факти, з яких виводиться існування доказуваного факту, мають назву доказових фактів чи доказів... Доказами є факти, обставини» .

Прихильники іншої точки зору вважають, що доказами є лише відомості про факти (фактичні дані), джерела ж доказів, зазначені в кримінально-процесуальному законі, до поняття доказів не входять, а мають самостійне значення .

В юридичній літературі пропонується відмовитися від термінів «відомості про факти», «фактичні дані» і сформулювати зміст судових доказів через науковий термін «інформація», поняттям якого поєднуються відомості (повідомлення) як продукція свідомості й ознаки, властивості, особливості матеріальних об'єктів (систем), оскільки поняття фактичних даних і інформації є тотожними[3]. Виходячи з цього, В. В. Гевко стверджує, що докази — це просто інформація , а М. В. Салтєвський пропонує використати це положення в новому КПК України як таке, що відповідає сучасному розвитку кібернетики,

[1] *Чельцов М. А.* Советский уголовный процесе. — М., 1962. — С. 135-143.

[2] *Белкин Р. С.* Собирание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы. — М., 1966. — С. 10; *Фаткуллин Ф. Н.* Общие проблемы процессуального доказывания — Казань, 1976. — С. 99, 102; *Стахівський С. М.* Показання свідка як джерело доказів у кримінальному процесі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук.— К., 1996.— С 6; *Михеєнко М. М.* Поняття доказів та їх джерел у радянському кримінальному процесі // *М. М. Михеєнко* Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні: Вибрані твори. — К., 1999. — С І П ; *Сівочек С* Аналіз поняття доказу в кримінальному процесі України // Право України. — 2001. — № 9. — С 77.

[3] Див.: *Ларин А.* М, *Мельникова Э. Б., Савицкий В. М.* Уголовный процесе России: Лекции-очерки / Под ред. В. М. Савицкого. — М., 1997. — С. 87.

[4] *Гевко В. В.* Використання непроцесуальної інформації під час доказування у стадії попереднього розслідування: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1996. — С 10.

інформатики та інформатизації всієї соціальної діяльності, в тому числі й правоохоронної, виклавши його таким чином: «Доказами у кримінальних справах є всяка (будь-яка) інформація, яка міститься (відображена) в матеріальних джерелах, що знаходяться у причинно-наслідковому зв'язку з обставинами, які є об'єктом доказування і які зібрані у порядку, що регламентується чинним Кодексом»[1].

Існує думка, що поняття «доказ» має два значення. Ця концепція отримала в науковій літературі назву «подвійного розуміння доказу». Доказами вважаються, по-перше, ті факти, на основі яких встановлюється злочин або його відсутність, винуватість або невинуватість тієї чи іншої особи в його вчиненні та інші обставини справи, від яких залежить ступінь відповідальності цієї особи. По-друге, доказами є ті передбачені законом джерела, з яких слідство й суд отримують відомості про факти, що мають значення для справи й за допомогою яких вони ці факти встановлюють[2].

Значного поширення набула концепція розуміння доказу як єдності фактичних даних та їх процесуального джерела[3], яка, на наш погляд, найбільш чітко відображає сутність доказу у кримінальному процесі. У цьому контексті П. А. Лупинська пише: «доказ у кримінальній справі виступає в єдності свого змісту («фактичні дані») і процесуальної форми («джерело одержання фактичних даних»), тобто діалектичній

Салтєвський М. Ще раз про поняття доказів у проекті КПК України // Право України. — 2000. — № 11. — С 64-66.

Див.: *Гродзинский М. М.* Улики в советском уголовном процессе // Ученые труды ВИЮН. — Вып. VII. — М., 1944. — С. 3-4; *Строгович М. С.* Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе.— М., 1958.— С. 160; *Арсеньев В. Д.* Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. — М., 1964. — С. 85-86; *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса: В 2 т. — М., 1968. — Т. І. Основные положения науки советского уголовного процесса. — С. 288-289; *Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П.* Уголовный процесс: доказательства и доказывание. — Воронеж, 1995. — С. 108-121; та ін.

Див.: *Дорохов В. Я.* Понятие доказательств в советском уголовном процессе // Сов. гос-во и право,. — 1965. — № 9. — С. 110; *Нор В. Т.* Проблеми теорії і практики судових доказів. — Львів, 1978. — С. 36; *Гончаренко В. И.* Использование данных естественных и технических наук в уголовном судопроизводстве. — К., 1980. — С. 52; *Дорохов В. Я.* Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе. — М., 1981. — С. 31, 61; *Сибшева Н. В.* Допустимость доказательств в советском уголовном процессе. — Киев, 1990. — С. 20-21; *Грошевий Ю. М.* Поняття і класифікація засобів доказування в кримінальному процесі// Вісник Академії правових наук.— 1997.— № 3 (10). — С 71; *Шумило М. Є.* Реабілітація в кримінальному процесі України. — Х., 2001. —С 124-125; та ін.

єдності форми й змісту»[1]. З цього, на нашу думку, випливає, що фактичні дані в будь-якому з названих у кримінально-процесуальному законі джерел можуть існувати, зберігатись, передаватись та досліджуватися виключно в їх нерозривній єдності з останніми. За відсутності такої єдності доказ втрачає свою сутність.

Проте серед прибічників цієї точки зору є принципові розбіжності щодо змісту окремих елементів такої діяльності, і насамперед щодо джерел доказів, джерел фактичних даних та їх співвідношення. Аналіз висловлених точок зору дає підстави для висновку, що основною причиною розбіжностей поглядів на поняття доказів у сучасному кримінальному процесі є відсутність єдності думок щодо їх гносеологічної та правової природи.

На наш погляд, для правильного розуміння доказу у кримінальній справі, як нами вже зазначалося, слід виходити з того, що будь-яка злочинна подія за законами відображення утворює сліди на матеріальних об'єктах речового походження та в пам'яті людей як результат злочину. І сама подія, і її сліди є фактами об'єктивної дійсності [2]. Утворені злочином сліди є одночасно носіями і джерелами інформації про злочин. Сліди як джерела інформації про злочин у теорії кримінального процесу називаються ще й фактичними даними (даними про факти, відомостями про факти), які відповідно до ч. 1 ст. 65 КПК України (де зазначається, що доказами в кримінальній справі є «всякі фактичні дані»), утворюють зміст доказів.

У процесуальній літературі не склалося єдності думок щодо змісту фактичних даних. Одні вчені вважають, що фактичні дані — це лише факти[3]. На думку інших, це лише відомості про факти, а не самі факти . Висловлюється думка, що це як відомості про факти, так і доказові факти .

' Уголовный процесе: Учебник для вузов / Под общ. ред. П. А. Лупинской. — М., 1995. — С . 136.

[2] Під фактами у філософії розуміють і подію, і результат, а у логіці факт — це форма емпіричного знання, яка протиставляється теорії або гіпотезі. — Див.: Философский энциклопедический словарь / Редкол. С. С. Аверинцев, Э. А. Ораб-Оглы, Л. Ф. Ильичев и др. — М., 1989. — С. 681).

[3] Див.: *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса: В 2 т.— М., 1968. — Т. I. Основные положения науки советского уголовного процесса. — С. 290; *Колдин В. А., Громов Н. А., Галкин В. А.* О соотношении понятий «доказательства» и «фактические данные» // Российский судья. — 2001. — № 12. — С. 31.

[4] *Фаткуллин Ф. Н.* Общие проблемы процессуального доказывания — Казань, 1976. — С . 99, 102.

[5] *Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькинд П. С.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. — Воронеж, 1978. — С. 102.

Так, Р. Д. Рахунов пише: «Говорячи про «фактичні дані», законодавець мав на увазі не відомості про факти, а власне факти»[1]. Розглядаючи «фактичні дані» як «фактично дане», тобто об'єктивно наявне, він резюмує: «мова йде про факти». На його думку, розуміння доказів як відомостей про факти не враховує слідчої та судової практики[2] й суперечить законодавству, яке вимагає, щоб винність особи підтверджувалася реальними фактами[3].

Спираючись на здобутки теорії інформації, Ф. Н. Фаткуллін тлумачить «фактичні дані» як «фактичну інформацію». Інформаційну природу відомостей він визнає очевидною та беззаперечною, проте додатково зазначає, що поняттям «інформація» охоплюються не лише повідомлення, за допомогою яких люди передають знання одне одному, а й будь-які матеріальні об'єкти, що свідчать про певні аспекти буття, тому матеріальні сліди злочину та інші доказові факти можуть і мають розглядатися як фактична інформація про обставини справи. З урахуванням наведеного Ф. Н. Фаткуллін при науковому тлумаченні поняття «фактичні дані» вважає за доцільне говорити і про відомості, і про доказові факти[4].

П. С Елькінд з цього приводу зазначає, що факти, які відшукуються, пізнаються й опосередковано: через відомості про факти й обставини минулого, які не збереглись, і безпосередньо — через факти й обставини теперішнього, причинно пов'язані з минулим, наприклад речові докази, дані, що характеризують особу суб'єкта злочину після його вчинення . «Фактичні дані» — це й відомості про факти, й самі факти (встановлені, ті, що є засобом пізнання інших обставин і фактів, які ще не встановлені, але підлягають пізнанню)[6].

На нашу думку, в ході прийняття рішення у кримінальній справі при обгрунтуванні достовірності набутого знання про об'єктивну реальність, яка є об'єктом кримінально-процесуального пізнання, орган дізнання, слідчий і суд оперують як відомостями про факти, так і самими «фактами» («обставинами»), проте визнання доказами як фактичних даних (відомостей), так і самих фактів суперечить не лише гносеології,

Рахунов Р. О понятии доказательства и главном факте доказывания // Советское государство и право. — 1965.—№12. — С. 97.

[2] Там само. — С. 99.

[3] Там само. — С. 96.

[4] *Фаткуллин Ф. Н.* Вказана праця. — С. 72.

Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькинд П. С. Вказана праця. — С. 101 -102.

[6] Там само. — С. 102.

а й закону, оскільки у кримінальному судочинстві важливо точно розрізняти «обставини» («факти»), що підлягають доказуванню у кримінальній справі, й відомості (дані про ці факти, фактичні дані), на підставі яких ці факти (обставини) встановлюються. Факти безвідносно до доказування — це об'єктивна реальність, яка існує незалежно від людини. Однак для того, щоб відомості про цей факт могли бути використані в доказуванні, він повинен бути пізнаний кримінально-процесуальними засобами, включений до сфери кримінально-процесуального доказування уповноваженою на це особою (органом дізнання, слідчим, судом).

Тому слід погодитися з В. Я. Дороховим, що фактичними даними є набуті із законних джерел відомості про факти, а не власне факти й обставини .

Таким чином, фактичні дані як відомості (інформація) про факти (обставини злочину) являють собою основу для одержання доказів. Однак вони стають доказами не автоматично, навіть за умови отримання їх із встановлених законом джерел, відповідно до визначеної кримінально-процесуальним законом для кожного з їх видів форми, а лише після визнання їх доказами особою, у провадженні якої перебуває кримінальна справа. Саме з цього моменту сукупність фактичних даних та їх джерел набуває статусу доказу у кримінальній справі.

Виходячи з цього, необгрунтованим є твердження вчених, з погляду яких, «докази виникають безпосередньо з моменту вчинення злочину, оскільки після його вчинення залишаються різного роду відображення, за якими можна судити про подію злочину» , або лише після проведення слідчих і судових дій[3], або лише після винесення постанови про закриття справи, складання обвинувального висновку чи винесення вироку суду[4].

Якщо злочинна подія і утворені нею сліди є об'єктивними категоріями, які не залежать від суб'єкта їх пізнання, то фактичні дані (інформація про них), на наш погляд, є категорією суб'єктивною, оскільки

[1] *Дорохов В. Я.* Понятие доказательств в советском уголовном процессе // Сов. гос-во и право. — 1965. — № 9. — С. 115.

[2] *Белкин Р. С.* Курс советской криминалистики: В 3 т. — М., 1977. — Т. 1: Общая теория советской криминалистики. — Т. 1. — С. 37.

[3] *Шейфер С. А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма. — М., 1981. — С. 4.

[4] *Домбровский Р. Г.* Факты как средства доказывания в уголовном процессе // Теория и практика установления истины в правоприменительной деятельности. Сб. науч. тр. — Иркутск, 1985. — С. 38-39

ці дані (інформація, дані про злочин) сприймаються конкретною особою (суб'єктом). Якщо це вербальна інформація, то її сприймає особа, яка бачила чи чула як сама, так і від інших осіб про обставини злочину. Якщо це сліди речового походження, то їх сприймає орган дізнання, слідчий, поняті, суд. Отже, сприйняття будь-якою особою (суб'єктом) об'єктивних обставин (фактичних даних про злочин) завжди має суб'єктивний характер. Суб'єктивний характер мають і докази у кримінальній справі, змістом яких є фактичні дані, що сприйняті через їх джерела суб'єктом, який веде кримінальний процес, на що справедливо вказував В. Я. Дорохов[1]. Суб'єктивний характер сприйняття фактичних даних та визнання їх доказами уповноваженим суб'єктом кримінального процесу є однією з причин судово-слідчих помилок.

У цьому аспекті вважаємо непереконливою думку тих науковців, які стверджують, що фактичні дані є об'єктивними за своєю природою, тобто є «відповідним відбиттям окремих сторін злочину, які існують незалежно від органів та методів, за допомогою яких здійснюється їх виявлення та збір»[2], оскільки вона не відповідає гносеологічній і правовій природі цієї категорії.

У частині 1 ст. 74 нового КПК РФ (відповідає ч. 1 ст. 65 КПК України в ред. 1960 р. — *М. П.)* термін «фактичні дані» замінений на термін «відомості». Окремі українські правознавці пропонують сприйняти цей термін для визначення доказів у КПК України[3]. Обґрунтованість такого підходу, на наш погляд, викликає сумнів, оскільки термін «фактичні дані» дає підставу вважати, що йдеться про відомості, вірогідність яких встановлена в ході доказування. І це цілком вірно, адже в іншому разі немає підстав для надання цим відомостям статусу доказів на стадіях досудового розслідування та судового розгляду кримінальних справ. Невипадково у ч. 2 ст. 94 КПК України як підстави для порушення провадження у кримінальній справі визначаються не фактичні дані -відомості, що вказані у ч. 1 ст. 65 КПК України, вірогідність яких встановлена, а лише «достатні дані» — відомості, що є імовірними (докази, які повинні мати лише високий ступінь імовірності).

[1] *Дорохов В. Я.* Вказана праця. — С 113.

Птщын А. Г. Основные вопросы теории и практики координации следственных действий и оперативно-розыскных мер при расследовании хищений, совершенных должностными лицами: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Харьков, 1969. — С. 10.

[3] Див.: *Сівочек С.* Аналіз поняття доказу в кримінальному процесі України // Право України. — 2001. — № 9. — С 76-77; *Сібільова Н. В.* Сучасні проблеми організації та функціонування в Україні судової влади // Питання боротьби зі злочинністю: 36. наук праць. — Х., 2005. — Вип. 10. — С 88-89.

Окрім того, слово «відомості» як у російській, так і в українській мовах тлумачиться як деякі результати почуттєвого сприйняття[1]. Це відповідає антропогенним даним, тобто даним (інформації), що виходять від людини, яку російський законодавець невдало, на наш погляд, визнає доказами у кримінальній справі.

Дані (відомості), що виходять від людини, виражені у знаковій формі — словами, цифрами, умовними та іншими знаками передачі інформації (відомостей). Поняттю «відомості» не повною мірою відповідають докази іншого роду, що виникають поза свідомістю людини, яка їх сприймала, а саме докази речового походження: предмети, які в силу особливих фізичних властивостей, стану, ознак, місця знаходження тощо можуть бути використані для встановлення обставин кримінальної справи; речовини, які стали результатом відбиття слідів злочину. Наприклад, поняттям «відомості» не охоплюється пістолет, яким застрелений потерпілий, одяг потерпілого, сліди взуття обвинуваченого, виявлені на місці події, документ з грифом таємності, що виявлений у неналежному місці, тощо. Ці фактичні дані сприймаються безпосередньо особами, які ведуть кримінальний процес, і лише за певних умов набувають статусу доказів у кримінальній справі.

У цьому аспекті заслуговує критичної оцінки позиція П. А. Лупинської, на думку якої визначення у ст. 69 КПК РФ (у ред. 1960 р.) доказів як «будь-яких фактичних даних» давало підстави вважати, що мова йде про відомості, достовірність яких встановлена. Заміна «фактичних даних» на «відомості» в новому КПК РФ (ст. 74 КПК РФ), з її погляду, означає, що доказами є не лише відомості, достовірність (вірогідність) яких встановлена, а й ті, які збираються, перевіряються й оцінюються як на досудовому провадженні, так і в суді[2]. На нашу думку, така позиція автора не відповідає гносеологічній і правовій сутності доказів на стадіях досудового розслідування та судового розгляду кримінальних справ. «Відомості», про які йде мова у ст. 74 КПК РФ, за своєю гносеологічною і правовою сутністю можуть мати статус доказів лише на стадії порушення провадження у кримінальній справі.

Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. — М., 1999. — С. 699; Великий тлумачний словник сучасної української мови / Упоряд. і голов, ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь, 2001. — С. 135.

Лупинская П. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе // Российская юстиция. — 2002. — № 7. — С. 5.

Слід зазначити, що категорія «достовірність» у кримінальному процесі є суб'єктивною, на що вказує Л. М. Карнєєва, яка справедливо зазначає: «Інколи вважають, що фактичні дані, отримані із вказаних джерел і в законний спосіб, завжди достовірні. Так можна було б розмірковувати в той час, коли доказ ототожнювався з фактом, який завжди достовірний, оскільки він — реальність»[1]. Виходячи із зазначеного, вірогідність — це суб'єктивна впевненість особи, яка оцінює докази, в існуванні чи відсутності певних фактів, а тому й будь-які процесуальні рішення у кримінальній справі мають суб'єктивний характер, оскільки обгрунтовані доказами як суб'єктивною категорією. Це означає, що, коли для слідчого чи органу дізнання отриманий ними доказ є достовірною категорією, то для суду він може мати лише ймовірний характер. Кримінально-процесуальні докази, визнані судом першої інстанції достовірними знаннями, можуть такими не бути для суду другої інстанції.

З цього приводу у ч. 2 ст. 67 КПК України вказується, що ніякі докази для суду, прокурора, слідчого, особи, яка провадить дізнання, не мають наперед встановленої сили. Таке правило щодо оцінки доказів встановлено і в кримінально-процесуальних законах інших країн .

Проте визнання доказами на стадії досудового розслідування і в судових стадіях не «будь-яких фактичних даних» (даних про факти), а лише «відомостей» невиправдано ставить їх на рівень «достатніх даних» (ч. 2 ст. 94 КПК) як доказів, які використовуються для обґрунтування процесуальних рішень на стадії порушення провадження у кримінальній справі, що не відповідає завданням цих стадій кримінального процесу, оскільки кримінальна справа, навіть за умови розширення змагальності та диспозитивності кримінального процесу, повинна вирішуватися на підставі достовірних доказів, а не умовних припущень, походження яких викликає сумнів в учасників процесу і суду, що знижує довіру громадськості до діяльності правоохоронних органів та суду.

[1] *Карнеева Л. М.* Доказательства в советском уголовном процессе: Учеб. пособие. — Волгоград, 1988. — С. 47.

[2] Див., наприклад: ч. 2 ст. 19 КПК Білорусі // http://pravo.by/, станом на 23 січня 2007 р.; ч. 2 ст. 25 КПК Казахстану // http://lawlib.freenet.uz/laws/kazah/kazlaws.html, станом на 23.01.2007 р.; ч. 2 ст. 51 Кримінально-процесуального закону Латвії// Уголовно-процессуальный закон Латвии. — ВІВ «Bizneza informacijas birojs». — Рига, 2006; ч. 2 ст. 27 КПК Молдови // www.agentura.ru, станом на 8.02.2007 р.; ч. 2 ст. 17 КПК РФ // http://www.hro.org/docs/rlex/upk2002/index_1 .php, станом на 23.01.2007 р.

Виходячи з зазначеного, вважаємо, що в новому КПК України при визначенні поняття доказів у кримінальній справі має бути залишений термін «всякі фактичні дані», який відповідає змісту всіх видів доказів у кримінальній справі, а також збережено нормативно-правове визначення поняття доказу на стадіях досудового розслідування та судового розгляду кримінальної справи.

При аналізі законодавства, що регулює питання використання матеріалів ОРД у кримінально-процесуальному доказуванні, звертає на себе увагу те, що поряд із ч. 1 ст. 65 КПК України, в якій йдеться про фактичні дані, що встановлюються через засоби, зазначені в ч. 2 цієї статті (показання свідка, показання потерпілого та ін.), на фактичні дані вказується й у ч. 3 ст. 66 КПК України, в якій зазначається, що «у передбачених законом випадках особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор і суд у справах, які перебувають в їх провадженні, вправі доручити підрозділам, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, провести оперативно-розшукові заходи чи використати засоби отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі». Термін «фактичні дані», що використовують для отримання доказів, вживається і в п. 2 ч. 1 ст. 10 Закону України про ОРД, у якому вказується, що матеріали ОРД використовуються для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, й у ч. 3 ст. 15 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», де зазначається, що «фактичні дані, одержані та зафіксовані співробітниками спеціальних підрозділів із застосуванням технічних засобів, можуть бути використані як докази в судочинстві».

Виходячи з цього, постає питання про співвідношення фактичних даних, які викладені в зазначених нормах КПК, Закону про ОРД і Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю». Аналіз норм зазначених законодавчих актів дає підстави для висновку, що гносеологічна природа цих фактичних даних є однаковою, проте вони відрізняються між собою за низкою правових чинників. Одним із таких чинників є їх джерела, оскільки фактичні дані, що використовуються для отримання доказів у кримінальній справі, незалежно від свого походження (одержані вони в ході ОРД чи уповноваженою особою у кримінальному процесі), потрапляють у кримінальний процес через джерела доказів, у спосіб, визначений кримінально-процесуальними законом для кожного їх виду. Таким чином, будь-які фактичні дані, отримані поза кримінальним

процесом, у тому числі й у ході ОРД, підлягають кримінально-процесуальному дослідженню в процесі кримінально-процесуального доказування відповідно до вимог КПК і лише після цього та за рішенням особи, у провадженні якої перебуває кримінальна справа, можуть набути статусу доказів у кримінальній справі.

На різну правову природу фактичних даних, отриманих у ході ОРД, і процесуальних доказів вказує і Д. І. Бедняков[1].

Результати аналізу норм чинного КПК України, що регулюють питання отримання всіх видів доказів у кримінальному процесі, передбачених ч. 2 ст. 65, дають підстави для висновку, що частини 1, 2 і 3 ст. 66 КПК України суперечать як одна одній, так і ст. 65 КПК України, яка дає визначення поняття доказів у кримінальній справі, а також іншим статтям КПК України, що регламентують порядок їх отримання. Зазначені норми права не повною мірою відповідають законам гносеології і логіки, і ми зробимо спробу довести це у наступному параграфі монографії.

Виходячи із зазначеного, для вирішення проблеми використання матеріалів ОРД для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, важливим є визначення змісту джерела фактичних даних та джерела доказів, а також їх співвідношення, що дасть змогу відповісти на питання, чи можуть бути джерелами доказів матеріали ОРД і яку роль у формування таких джерел вони можуть відігравати.

В українській мові джерело тлумачиться як те, що дає початок чому-небудь, звідки щось виходить[2]. Етимологічне тлумачення значення джерела поділяють і науковці-процесуалісти, проте аналіз вищенаведених підходів до його визначення дає підстави для висновку, що зміст джерела розуміється ними по-різному. Під джерелами доказів розуміють: а) свідків, потерпілих, підозрюваних, обвинувачених, експертів, документи, місце виявлення й вилучення речових доказів[3]; б) осіб, які дають показання (свідків, потерпілих, підозрюваних, обвинувачених, експертів); слідчих і понятих, що склали протокол слідчої дії; авторів документа; носіїв речових доказів (слідчий і поняті,

[1] Див.: *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М., 1991. — С. 109-127.

[2] Великий тлумачний словник сучасної української мови / Упоряд. і голов, ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь, 2001. — С. 218.

[3] *Арсеньев В. Д.* Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. — М, 1964. — С. 118-120.

а також громадяни, які надали предмет)[1]; а також суд[2]; в) показання свідка, показання потерпілого, показання підозрюваного, обвинуваченого, висновок експерта, речові докази, протоколи слідчих і судових дій та інші документи, перелічені в ч. 2 ст. 65 КПК України[3]; г) предмети матеріального світу, які мають певні властивості, якості, ознаки, що можуть використовуватися для встановлення обставин, значущих для справи; людей, у свідомості яких зафіксовані ці обставини ; ґ) процесуальну форму, за допомогою якої фактичні дані, що визнаються доказами, застосовуються у сфері процесуального доказування, а також носії фактичної інформації[5]; д) для протоколів слідчих і судових дій джерелом доказів визнається процесуальна діяльність посадових осіб, які ведуть кримінальний процес, а для інших документів-доказів ssf як процесуальна діяльність органу дізнання, слідчого та суду, так і інша діяльність, що лежить поза межами кримінального судочинства ; є) для речового доказу як «першоджерело» визначається

Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М., 1973. — С. 213; *Дорохов В. Я.* Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе. — М., 1981. — С. 100-114; *Шумило М. Є.* Наукові засади використання оперативно-розшукових матеріалів в доказуванні у кримінальних справах // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи: Матеріали наук.-практ. конф., 18-19 квітня 2002 р., м. Харків / Редкол.: Сташис В. В. (голов, ред.) та ін. — К.; Х., 2002. — С 190.

Доля Е. А. О доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности по УПК РФ: Науч.-практ. конф. // Государство и право. — 2002. — № 10. — С. 114.

Трусов А. И. Основы теории судебных доказательств (Краткий очерк). — М., 1960. — С. 38-39; *Михеенко М. М.* Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. — К., 1984. — С. 83; *Карнеева Л. М., Кертэс И.* Источники доказательств по советскому и венгерскому законодательству. — М., 1984. — С. 9; Кримінальний процес України: Підруч. для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю. М. Грошевий, Т. М. Мірошниченко, Ю. В. Хоматов та ін.; За ред. Ю. М. Грошевого та В. М. Хотенця. — Х., 2000. — С 155-182.

Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П. Уголовный процесс: доказательства и доказывание.— Воронеж, 1995.— С. 115; *Салтєвський М. В.* Про поняття доказів у новому кримінально-процесуальному законодавстві// Право України.— 1996.—- № 1 . — С. 52; *Левченко О. В.* Уголовно-процессуальное доказывание (сущность, средства доказывания, предмет и пределы): Автореф. дис... д-ра юрид. наук.— Ижевск, 2001.— С. 9; *Барабаш А. С.* Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. — СПб., 2005. — С. 189-190.

Фаткуллин Ф. Н. Общие проблемы процессуального доказывания— Казань, 1976. — С . 133.

[6] *Іщешо В. М.* Протоколи слідчих і судових дій та інші документи як джерела доказів у кримінальному судочинстві: Дис. ... канд.. юрид. наук. — Х., 2001. — С. 21.

місце його виявлення[1]; є) джерелом речових доказів і документів визнається сама подія злочину^

На думку В. Я. Дорохова, показання свідка, потерпілого, обвинуваченого, висновок експерта, протоколи слідчих і судових дій та інші документи є джерелами фактичних даних, а джерелом фактичних даних щодо речового доказу є протокол огляду предмета разом із самим предметом. Джерела фактичних даних вчений вважає одним із необхідних елементів доказу, водночас, на його думку, джерело доказу, впливаючи на зміст доказу і визначаючи його суб'єктивну форму, не входить до поняття доказу. В. Я. Дорохов пише: «Джерелом таких доказів, як фактичні дані, що містяться в показаннях свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого і висновку експерта, є особи, які дають показання та висновок... Носіями речового доказу будуть слідчий і поняті, а також громадяни, які надали предмет. Без вказівки на осіб, які виявили предмет і описали його властивості, залучений до справи предмет втрачає значення доказу» .

У цьому контексті Л. Д. Кокорев та М. П. Кузнецов зазначають, що «джерело доказів — це носій інформації, якому наданий відповідний процесуальний статус: очевидець злочину, викликаний на допит, стає свідком; особа, якій злочином завдана шкода, визнається потерпілим, предмет, виявлений при провадженні слідчих дій, вилучається і т. п. Після отримання від цих джерел необхідних відомостей та їх процесуального закріплення в справі з'являються джерела фактичних даних: показання свідків, показання потерпілих, речові докази тощо. А відповідні особи та предмети стають повноцінними джерелами доказів»[4].

Зазначені в ч. 2 ст. 65 КПК показання свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, висновок експерта та ін. у теорії кримінального процесу визначаються і як процесуальна форма доказів , і як види доказів (засоби доказування) .

[1] *Арсеньев В. Д.* Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. — М., 1964. — С. 119.

[2] *Михеенко М. М.* Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. — Киев, 1984. — С . 140.

[3] Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М . , 1973. — С . 213.

[4] *Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П.* Вказана праця. — С. 116.

[5] Уголовный процесс: Учебник для вузов / Под общ. ред. П. А. Лупинской. — М., 1995. — С. 136; *Треушников М. К.* Судебные доказательства. — М., 1997. — С. 75-85.

[6] Уголовный процесс / Под ред. К. Ф. Гуценко. — М., 1998. — С. 147-156.

Визнаючи засобами доказування лише докази, В. Я. Дорохов показання свідка, потерпілого, обвинуваченого та ін. (вказане в ч. 2 ст. 65 КПК України. -*М. П.)* вважає не видами доказів, а джерелами фактичних даних'.

С. А. Шейфер з цього приводу слушно зазначає, що джерело — це те, що дає початок чому-небудь, звідки виходить що-небудь. При цьому автор переконливо доводить, що для того щоб виконувати функцію джерела доказів, показання, висновки, протоколи й речові докази повинні існувати до початку доказування, однак насправді виходить саме навпаки: вказані докази виникають як підсумок збирання доказів, вони створюються слідчим шляхом перетворення отриманих відомостей на форму, яка забезпечує їх надійне збереження й подальше використання[2]. Отже, на нашу думку, правознавець цілком вірно звернув увагу на протиріччя, що існує між гносеологічною і правовою природою при визначенні поняття джерела доказу, проте не дав йому пояснення. Водночас заслуговують критичної оцінки погляди вченого щодо порядку отримання доказів, які будуть нами проаналізовані в наступному параграфі роботи.

На нашу думку, основною причиною різних поглядів на сутність джерела фактичних даних є те, що окремі науковці й практики ототожнюють такі поняття, як «джерело доказу» й «джерело фактичних даних» (інформації, відомостей про факти)[3], які є близькими між собою за гносеологічною сутністю, проте різними за правовою природою, або дають їм необгрунтовані визначення[4].

Як вже нами зазначалося, злочинна подія як прояв об'єктивної дійсності взаємодіє з навколишнім середовищем, викликаючи як різноманітні зміни матеріальних об'єктів та зв'язків між ними, так і образи у психіці людей, які сприймали цю подію. Наслідком цієї події є утворення слідів на матеріальних об'єктах речового походження і тих, що утворилися у психіці людей (слідів-образів), які, як їх образно

[1] Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М, 1973. — С. 213.

[2] *Шейфер С. А.* Собирание доказательств в советском уголовном процессе: методологические и правовые проблемы. — Саратов, 1986. — С. 28.

[3] Див.: *Михеенко М. М.* Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. — Киев, 1984. — С. 140; Криміналістика. Криміналістична тактика і методика розслідування злочинів: Підручник. / За ред. Шепітько В. Ю. — Х., 1998. — С 29; та ін.

[4] Див.: *Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П.* Уголовный процесс: доказательства и доказывание. — Воронеж, 1995. — С. 114-115.

назвав Р. С. Бєлкін, є «сховищами» інформації про злочин[1]. З цієї позиції джерела процесуальних доказів виступають як «сховища», що акумулюють цю інформацію.

У слідах події злочину відображаються ознаки особи, що його вчинила, а також тих предметів, які нею були застосовані під час вчинення злочину, ознаки самої події злочину.

Таким чином, безпосереднім джерелом слідів злочину в загальному розумінні є суспільно небезпечний вплив особи, що вчинила злочин, поведінка якої проявляється у формі дії або бездіяльності, на об'єктивну дійсність, взаємодія предметів і станів, тобто сама подія злочину.

Оскільки пізнання події злочину в кримінальному процесі має ретроспективний характер і подію злочину можна пізнавати лише за її слідами, то сліди, що утворилися в результаті події злочину, також є джерелами інформації (джерелом фактичних даних). У широкому розумінні джерелами інформації (фактичних даних) є як сама подія злочину — для її учасників та осіб, які її спостерігали, так і сліди, що утворилися в результаті його вчинення. Подія злочину, як і її сліди, є категорією об'єктивною. Вони можуть бути пізнані за допомогою будь-яких джерел інформації, причому кількість та види таких джерел залежать від конкретних обставин вчиненого чи такого, що готується, злочину. Тому перед органами, що здійснюють ОРД та кримінальний процес, у ході виконання їх повноважень постає завдання відшукання джерел інформації (фактичних даних), які за певних умов можуть стати джерелами відповідних доказів.

Поняття «джерело інформації» тісно пов'язане із поняттям «носій інформації». Нами поняття «джерело інформації» і «джерело фактичних даних» розглядаються як умовно тотожні, оскільки між ними є певна різниця. Джерело інформації є категорією, що має характер як вірогідності, якщо вона відбиває вірогідні знання про об'єкт пізнання, так і ймовірності, якщо такі знання є ймовірними (наприклад, на підставі чуток, брехні тощо). Джерело фактичних даних відбиває знання про факти як об'єктивну категорію. Тому ці знання презумуються вірогідними. Самі категорії «джерело інформації» і «джерело фактичних даних» є суб'єктивними, оскільки такими джерелами є або самі суб'єкти, або інформація (дані) від них сприймається уповноваженими суб'єктами кримінального процесу, або те й інше.

Белкин Р. С. Ленинская теория отражения и методологические проблемы советской криминалистики.— М, 1970. — С. 16-28.

Під носієм у загальному значенні суті цього слова слід розуміти те, що може бути засобом відображення, фіксації, виразником чого-небудь[1]. На нашу думку, оскільки у джерелах інформації відображені (містяться) відомості про факти (фактичні дані), то вони є і її носіями. Носіями інформації є особи, яким відомі ці дані, будь-які матеріальні об'єкти речового походження, що містять таку інформацію. Це, з нашого погляду, первинні носії інформації. Якщо в ході ОРД відповідні посадові особи в процесі пізнання обставин злочину, отримуючи інформацію з носіїв-першоджерел, переносять її у встановленому порядку на інші визначені законодавством чи нормативно-правовими актами носії інформації (документи, кіно-, фото-, аудіоплівки тощо), то ці носії інформації також стають її джерелами. За певних умов залежно від обставин справи вони можуть стати джерелами таких доказів, як документ, речовий доказ, протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими особами за результатами оперативно-розшукових заходів. Носії інформації є також засобами її передачі.

Деякі науковці вважають, що носіями фактичних даних, які містяться в показаннях свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, є слова, речення, складні мовні конструкції .

На нашу думку, в широкому розумінні носіїв фактичних даних така точка зору є правильною. І слова, і речення, і складні мовні конструкції поряд із протоколами їх допитів та інших слідчих дій, а також кіно-, фото-, аудіо-плівками є носіями цих фактичних даних. Підтвердженням цього є те, що людина мислить поняттями, судженнями, умовиводами й доказами. Слово — матеріальний носій поняття, мовний засіб закріплення думки, її зберігання, а також передачі іншим людям. Якщо матеріальною оболонкою поняття служить слово (або словосполучення), то матеріальною формою існування, носієм суджень виступає речення (або поєднання речень). Умовивід завжди є зв'язком декількох (двох і більше) речень. Мовною формою вираження доказу є більш-менш складні мовні конструкції, що складаються із сукупності речень, певним чином пов'язаних між собою в ланцюг умовиводів .

[1] Великий тлумачний словник сучасної української мови / Упоряд. і голов, ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь, 2001. — С. 626.

[2] *Іщенко В. М.* Протоколи слідчих і судових дій та інші документи як джерела доказів у кримінальному судочинстві: Дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2001. — С 21.

Докладніше див.: *Иванов Е. А.* Логика: Учебник. — М., 1996. — С. 44, 241.

У гносеологічному розумінні джерелом інформації (фактичних даних) є також і працівник підрозділу, що здійснює ОРД, причому як першоджерелом, коли він сприймав інформацію безпосередньо під час події злочину, будучи впровадженим у злочинну групу чи здійснюючи оперативне документування, так і похідним джерелом, якщо він отримав інформацію з оперативних джерел. Похідним джерелом інформації (фактичних даних) є працівник органу дізнання, слідчий, поняті, судді, оскільки вони сприймають інформацію як із першоджерел — слідів злочину, так і з тих джерел, які самі є похідними. Наприклад, у результаті сприйняття інформації слідчим чи судом при допиті оперативного працівника, якому стали відомі обстави злочину від його оперативних джерел, чи при допиті свідка, який отримав інформацію від осіб, які були очевидцями злочину, тощо, слідчий і суд стають похідними джерелами інформації.

Джерело інформації (фактичних даних) може стати джерелом доказу лише в разі залучення його до кримінального процесу у встановленому кримінально-процесуальним законом порядку, отримання від нього закріплених у відповідній процесуальній формі фактичних даних, що входять до предмета доказування у кримінальній справі, та визнання їх доказами відповідною уповноваженою особою. Так, наприклад, показання свідка як джерело доказів можуть виникнути в кримінальному процесі лише за умови, що особа, якій відомі певні обставини злочину, допитана як свідок відповідно до вимог КПК (статті 68—71, 166—170, 292-293, 303-307). В окремих випадках такою особою може бути і оперативний працівник, і слідчий, і навіть суддя. У практиці зустрічаються випадки, коли особи, що ведуть кримінальний процес, допитуються з приводу отримання ними тих чи інших доказів у кримінальній справі, яка була в їх провадженні.

Об'єкт речового походження як джерело фактичних даних (інформації) може стати джерелом речового доказу лише в разі, якщо предмети, які були знаряддям вчинення злочину, зберегли на собі сліди злочину або були об'єктом злочинних дій, або є грошима, цінностями чи іншими речами, нажитими злочинним шляхом, або предметами, що можуть бути засобами розкриття злочину і виявлення винних або спростування обвинувачення чи пом'якшення відповідальності (ст. 78 КПК). Крім того, об'єкт речового походження як джерело фактичних даних може стати джерелом речового доказу лише після його огляду, докладного опису і приєднання до справи постановою слідчого чи ухвалою суду (ст. 79 КПК України).

Враховуючи зазначене, речовим доказом стає не сам об'єкт речового походження (предмет, речовина тощо), а їх стан, властивості, які виражені в певній формі й пов'язані з обставинами злочину об'єктивними зв'язками, що дозволяє їх виявити процесуальними засобами й відбити у протоколі огляду.

Об'єкт речового походження як джерело фактичних даних може стати також і джерелом такого доказу, як документ, якщо в ньому викладені або засвідчені обставини, які мають значення для справи, за умови, що він не має властивостей речового доказу (ст. 83 КПК). Доки фактичні дані не отримані з будь-яких джерел інформації, не закріплені у визначеній законом процесуальній формі й не визнані доказами уповноваженою особою (органом дізнання, слідчим чи судом), доти доказів ще немає, а тому й немає і їх джерел. Отже, джерело фактичних даних і джерело доказів — це категорії, що мають гносеологічну єдність, проте різну правову природу.

Виходячи з аналізу норм доказового права, можемо зробити висновок, що докази — це суб'єктивна правова категорія. У частині 2 ст. 67 КПК вказано, що ніякі докази для суду, прокурора, слідчого й особи, яка провадить дізнання, не мають наперед встановленої сили. Отже, слідчий вправі не визнавати доказами ті, які визнані такими органом дізнання чи іншим слідчим, у провадженні якого перебувала кримінальна справа, або суд вправі не визнавати доказами ті, які визнані такими органом дізнання, слідчим та прокурором. Таким чином, якщо немає доказів, то немає і їх джерел, хоча при цьому можуть бути і фактичні дані, і особа, яка була допитана як свідок, і матеріальний об'єкт речового походження (джерела фактичних даних).

На підставі зробленого аналізу нам здається необгрунтованою ні з гносеологічної, ні з правової точки зору думка тих правників, які вважають, що джерелом таких доказів, як протокол слідчої дії і речові докази, є слідчий, суд, поняті, громадяни, які надали предмет[1].

[1] Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М., 1973. — С. 213; *Дорохов В. Я.* Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе.— М., 1981.-— С. 100-114; *Шумшо М. Є.* Наукові засади використання оперативно-розшукових матеріалів в доказуванні у кримінальних справах // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи: Матеріали наук.-практ. конф., 18—19 квітня 2002 р., м. Харків / Редкол.: Сташис В.В. (голов, ред.) та ін.— К.; Х., 2002. — С *190; Доля Е. А.* О доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности по УПК РФ: Науч.-практ. конф. // Государство и право. — 2002. — № 10. — С. 114.

По-перше, вичерпний перелік джерел доказів визначений у ч. 2 ст. 65 КПК України, де не вказані ні особи, які ведуть кримінальний процес (слідчий, суд), ні громадяни, як надали предмет, ні поняті.

По-друге, якщо йти за цією недостатньо обґрунтованою, на наш погляд, точкою зору, що слідчий чи суддя є джерелом доказу, то, як слушно зауважує М. М. Михеєнко, виходить, що слідчий при обґрунтуванні висновків і рішень у справі не може оперувати даними, які є в протоколах цих слідчих дій, а повинен посилатись безпосередньо на самого себе[1]. Цілком очевидно, що з цих позицій така точка зору вступає в протиріччя з логікою кримінально-процесуального закону й не відповідає інтересам судово-слідчої практики.

По-третє, і слідчий, і суд є суб'єктами, на яких законом відповідно до їх правового статусу покладається обов'язок доказування обставин злочину в кримінальній справі, а не виконання ролі засобів доказування чи їх окремих елементів, хоча у виняткових випадках вони можуть бути такими. З правової і з гносеологічної точки зору ці суб'єкти мають однакове відношення до всіх засобів пізнання й доказування у кримінальній справі. Тому, якщо йти за цією помилковою логікою, то слідчий і суд повинні бути джерелами не лише таких доказів, як документ чи речовий доказ, а й інших доказів, оскільки у гносеологічному аспекті немає суттєвої різниці у пізнанні обставин злочину між такими засобами, як речові докази, документи й показання свідка, показання потерпілого, показання обвинуваченого, висновок експерта тощо. При цьому слід зауважити, що обставини злочину пізнаються особою, яка веде кримінальний процес, у будь-якому випадку опосередковано через джерела фактичних даних, які лише за певних умов можуть бути визнані цією особою доказами у кримінальній справі.

По-четверте, виходячи з визначення доказів як єдності фактичних даних та їх джерел, яке поділяється цими ж науковцями , у разі визнання джерелами фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі, слідчого та судді ці особи згідно з вимогами статей

Михеєнко М. М. Поняття доказів та їх джерел у радянському кримінальному процесі // М. М. Михеєнко Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні: Вибрані твори. — К., 1999. — С 114.

[2] Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М., 1973. — С. 212; *Дорохов В. Я.* Вказана праця. — С. 61; *Доля Е. А.* Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. — М., 1996. — С. 27; *Він же.* О доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности по УПК РФ: Науч.-практ. конф. // Государство и право. —2002. — № 10. — С. 112.

54 і 56 КПК України підлягають відводу відповідно від участі у розслідуванні чи у судовому розгляді кримінальної справи у зв'язку з необхідністю їх допиту як свідків та участі у виконанні інших слідчих дій, у яких може брати участь свідок (очна ставка, пред'явлення особи для впізнання, відтворення обстановки й обставин події тощо).

З цих причин не можуть бути джерелами будь-якого виду доказів і поняті, оскільки їх призначення полягає в засвідченні факту виконання слідчої дії, а також її змісту, ходу та результату. Тому в разі необхідності понятий може бути допитаний як свідок. Джерелом доказу у цьому випадку буде не сам понятий як носій певної інформації (фактичних даних), а його показання як свідка за умови визнання їх такими особою, у провадженні якої перебуває кримінальна справа.

Не можна визнати джерелами доказів свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, оскільки джерелами доказів є не самі вони як фізичні особи, а їх показання. Ці особи надають не власне докази, а повідомляють лише фактичні дані (інформацію, відомості про певні обставини злочину). Доказами ж ці фактичні дані можуть стати лише після того, як будуть належним чином оформлені, тобто набудуть відповідної процесуальної форми, й визнані такими органом дізнання, слідчим, прокурором та судом. Тому цілком обґрунтовано в ч. 2 ст. 65 КПК України зазначається, що фактичні дані встановлюються показаннями свідків, показаннями потерпілого, показаннями обвинуваченого, а не свідком, потерпілим, обвинуваченим, а тим більше — слідчим, судом, понятими. Таке визначення цієї норми відповідає гносеологічним і правовим засадам доказового права.

На думку окремих вчених, наявність у ч. 2 ст. 65 КПК серед переліку джерел доказів «речових доказів» є логічною помилкою законодавця, що в латині звучить як «idem per idem» — «те саме, за допомогою того самого». Через це, з їх погляду, не можуть бути речові докази джерелами доказів. Джерелами речового доказу, на їх думку, є сама подія злочину . Висловлюється думка, що джерелом протоколів слідчих і судових дій є процесуальна діяльність посадових осіб, які ведуть кримінальний процес, а джерелами інших доказів-документів — як процесуальна діяльність органу дізнання, слідчого та суду, так і інша діяльність, що лежить поза межами кримінального судочинства[1].

Мшеенко М. М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. — Киев, 1984. — С. 140; *Іщенко В. М.* Протоколи слідчих і судових дій та інші документи як джерела доказів у кримінальному судочинстві: Дис. ... канд.. юрид. наук. — Х., 2001. — С 21.

[2] *Іщенко В. М.* Вказана праця. — С. 21.

Такий необгрунтований, на наш погляд, висновок зроблений зазначеними науковцями через неправильне розуміння гносеологічної природи цих доказів, через помилкове ототожнення джерела доказів і джерела фактичних даних (інформації), які, хоча й мають гносеологічну єдність, проте за своєю правовою природою є різними категоріями, а також через неправильне розуміння самих доказів як єдності фактичних даних та їх джерел.

У широкому розумінні джерелом будь-якого доказу є сама подія злочину. Проте для кримінального процесу має значення конкретизація кожного джерела доказів для всебічного дослідження обставин злочину.

Джерелами таких доказів, як протоколи слідчих і судових дій та інші документи, виходячи з поняття доказів як єдності фактичних даних та їх джерел, на нашу думку, є відповідно самі протоколи й документи. При визначенні протоколів слідчих і судових дій як доказів слід звернути увагу на те, що відповідно до п. 20 ст. 32 КПК України протокол — це документ про проведення слідчих і судових дій, про їх зміст і наслідки. Однією з умов визнання їх доказами є підтвердження в них обставин і фактів, що мають значення для справи (ст. 83 КПК). Дотримання процесуальної форми при складанні протоколів слідчих і судових дій є однією з умов визнання їх доказами, проте сама процесуальна діяльність є не джерелом доказів, а лише засобом отримання фактичних даних, викладених у цих протоколах, що можуть стати доказами у кримінальній справі в разі відповідності їх вимогам, які ставляться до доказів у кримінальному процесі. Джерелами таких доказів, як речові докази, є самі речові докази (об'єкти речового походження), а джерелами фактичних даних, які можуть бути використані як докази, є предмети, які були знаряддям вчиненого злочину, зберегли на собі сліди злочину або були об'єктом злочинних дій, гроші, цінності та інші речі, нажиті злочинним шляхом, і всі інші предмети, які можуть бути засобами для розкриття злочину і виявлення винних або для спростування обвинувачення чи пом'якшення відповідальності (ст. 78 КПК).

Джерелами доказів протоколів з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами ОРЗ, є самі протоколи цих заходів та їх додатки.

Отже, дискусійність такої складної і проблемної категорії, як докази, на наш погляд, багато в чому пояснюється тим, що деякі науковці та практики намагаються окремі складові елементи (фактичні дані

та їх джерела), які лише у своїй єдності утворюють поняття «доказ», розірвати і надати їм самостійного значення, що не відповідає гносеологічній і правовій природі цієї правової категорії.

Штучне відокремлення фактичних даних, які є змістом доказів, від їх процесуальних джерел призводить до того, що окремі науковці доходять помилкового, на нашу думку, висновку, що закріплений у КПК України перелік джерел доказів не є вичерпним[1] і що вичерпний перелік доказів необхідно скасувати[2]. Така точка зору не відповідає не лише науково обґрунтованому поняттю доказів у кримінальному процесі як єдності фактичних даних та їх джерел, а й судовій практиці[3]. Так, наприклад, у п. 16 постанови Пленуму Верховного Суду України від 29 червня 1990 р. № 5 (з подальшими змінами та доповненнями) «Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановления вироку» зазначається: «Суду належить дати аналіз усіх зібраних у справі доказів, тобто всіх фактичних даних, які випливають з показань свідків, потерпілих, підсудних, висновку експерта чи з інших джерел доказів і які стверджують чи спростовують обвинувачення, не обмежуючись лише зазначенням прізвища свідка, потерпілого або назви проведеної експертизи

[1] *Іщенко В. М.* Протоколи слідчих і судових дій та інші документи як джерела доказів у кримінальному судочинстві: Дис. ... канд.. юрид. наук. — Х., 2001. — С. 24.

[2] *Сібільова Н. В.* Сучасні проблеми організації та функціонування в Україні судової влади // Питання боротьби зі злочинністю: 36. наук праць. — Х., 2005. — Вип. 10. — С 79-89.

[3] Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 30 июня 1969 г. №4 «О судебном приговоре»// Сб. постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924-1977 рр. / Сост.: Н. А. Смоленцов (гл. ред.) и др. — М, 1978. — Ч. 2. — С. 325, 327; Постанова Пленуму Верховного Суду УРСР від 28 лютого 1975 р. "Про деякі недоліки при постановленні вироків судами Української РСР" // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду Української РСР (1962-1984 рр.). Із змінами і доп. за станом на 31 груд. 1984 р. / Відп. ред. О. Н. Якименко. — К., 1985. — С. 305; Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.12.85 р. № 11 із змінами, внесеними згідно з Постановами Пленуму Верховного Суду від 04.06.93 р. № 3, від 13.01.95 р. № 3, від 03.12.97 р. № 12 «Про додержання судами України процесуального законодавства, яке регламентує судовий розгляд кримінальних справ» // Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах. — Х., 2000. — С 330, п. 12; Постанова Пленуму Верховного Суду України від 29.06.90 р. № 5 із змінами, внесеними згідно з постановами Пленуму Верховного Суду України від 04.06.93 р. № 3, від 03.12.97 р. № 12 «Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Сулу України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановления вироку» // Там само. — С. 372-382.

тощо»[1], а в п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 27 грудня 1985 р. №11 (з подальшими змінами та доповненнями) «Про додержання судами України процесуального законодавства, яке регламентує судовий розгляд кримінальних справ», вказується: «Перелік джерел доказів, зазначених у ч. 2 ст. 65 КПК України, є вичерпним. Посилання суду у вироку або ухвалі (постанові судді) на дані, одержані з інших джерел, є неприпустимими, оскільки вони не мають доказової сили»[2].

Таким чином, джерелами доказів у кримінальній справі є передбачені ч. 2 ст. 65 КПК України показання свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, висновок експерта, речові докази, протоколи слідчих і судових дій, протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, та інші документи, якими установлюються фактичні дані про злочин та обставини його вчинення. Виходячи з того, що доказ є єдністю фактичних даних та їх джерел, у разі визнання їх таким уповноваженою особою джерела доказів набувають значення також і носіїв доказів, і процесуальної форми доказів, і видів доказів.

При використанні матеріалів ОРД для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі, слід виходити з того, що будь-яка кримінальна справа може бути всебічно, повно й об'єктивно досліджена лише в разі залучення всіх отриманих доказів, що дозволяють установити обставини, які входять до предмета доказування (ст. 64 КПК України), з яким тісно пов'язана така властивість доказів, як їх належність , тобто така внутрішньо властива їм

[1] Постанова Пленуму Верховного Суду України від 29.06.90 р. № 5 із змінами, внесеними згідно з постановами Пленуму Верховного Суду України від 04.06.93 р, № 3, від 03.12.97 р. № 12 «Про виконання судами України законодавства і постанов Пленуму Верховного Суду України з питань судового розгляду кримінальних справ і постановления вироку» // Там само. — С. 377.

[2] Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.12.85 р. № 11 із змінами, внесеними згідно з постановами Пленуму Верховного Суду від 04.06.93 р. № 3, від 13.01.95 р. № 3, від 03.12.97 р. № 12 «Про додержання судами України процесуального законодавства, яке регламентує судовий розгляд кримінальних справ» // Там само. — С 330.

[3] Див.: *Зажицкий В. И.* Относимость доказательств в советском уголовном процессе: Автореф. Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1979; Кримінальний процес України: Підруч. для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю. М. Грошевий, Т.М. Мірошниченко, Ю. В. Хоматов та ін.; За ред. Ю. М. Грошевого та В. М. Хотенця. — Х., 2000. — С 131-139.

якість, внаслідок якої ці докази здатні встановити обставини, що необхідні для повного і правильного вирішення даної справи. Вимога належності охоплює не весь доказ у цілому, а лише його змістовну частину — фактичні дані.

Сукупність вимог, що ставляться законом до процесу отримання доказів, становить інститут процесуальної допустимості, який полягає в тому, що належні до справи фактичні дані повинні бути одержані із встановленого законом джерела, уповноваженим на це суб'єктом кримінального процесу (органом дізнання, слідчим чи судом) і закріплені у спосіб, вказаний у кримінально-процесуальному законі.

Проведений нами системно-логічний аналіз висловлених точок зору на поняття доказу в кримінальному процесі дає підстави для висновку, що найбільш обгрунтованою та такою, що відповідає його гносеологічній та правовій природі, є концепція судового доказу як єдності фактичних даних та їх процесуальних джерел, проте вона потребує певних уточнень.

Для всебічного дослідження доказу у кримінальному процесі як єдності фактичних даних та їх процесуальних джерел, що має значення для вирішення питання про використання матеріалів ОРД для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, як окремий елемент цієї єдності слід виділяти також і його процесуальну форму. У цьому є сенс, оскільки, навіть тоді, коли є, наприклад, сукупність фактичних даних, що вказують на наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, та їх процесуальних джерел (показання свідка, показання потерпілого, показання обвинуваченого тощо), такі фактичні дані можуть бути не визнані доказами, якщо грубо порушена процесуальна форма їх отримання чи джерело фактичних даних не відповідає вимогам, які ставляться до джерел доказів.

Процесуальна форма доказування в широкому розумінні визначається як система встановлених законом правил, відповідно до яких здійснюється доказування на всіх стадіях кримінального процесу. Вона охоплює: принципи кримінального судочинства тією мірою, в якій вони відбиті в доказовому праві й діяльності по доказуванню; поняття й інститути доказового права, побудовані відповідно до цих принципів (предмет доказування, поняття дбказу, засоби доказування); особливості інститутів доказового права на окремих стадіях процесу й у деяких категоріях кримінальних справ; коло органів і осіб, що

беруть участь у доказуванні, їхні права й обов'язки[1]. У вузькому розумінні процесуальна форма конкретного доказу у кримінальному процесі — це встановлений порядок його отримання й закріплення у відповідному процесуальному документі, що забезпечує можливість перевірки процесу його отримання й робить його таким, що є належним і допустимим. Процесуальна форма кожного доказу має своє відображення у відповідному процесуальному документі, наприклад протоколі допиту свідка, висновку експерта тощо. Саме відсутність процесуальної форми для такого виду доказів, як протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, на практиці призводить до того, що вони майже не використовуються у правозастосовному процесі, у зв'язку з чим виникає необхідність або розроблення відповідної процесуальної форми для цих протоколів, або виключення їх як самостійного виду доказів із кримінально-процесуального закону.

На наш погляд, немає достатніх підстав стверджувати, що процесуальна форма цих фактичних даних вказана лише у ч. 2 ст. 65 КПК України, та робити висновок, що ч. 1 ст. 65 КПК, у якій ідеться про фактичні дані, і ч. 2 ст. 65 КПК, де вказані джерела фактичних даних, що визнаються доказами у кримінальній справі, співвідносяться між собою як зміст та форма. Аналіз ч. 2 ст. 65 КПК дає підстави вважати, що в ній ідеться про джерела фактичних даних, які можуть бути джерелами доказів лише в разі визнання уповноваженою особою доказами фактичних даних, що в них містяться. На необхідність дотримання процесуальної форми при отриманні доказів у кримінальній справі вказується у ч. 1 ст. 65 КПК України, де зазначається, що «доказами є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку (процесуальній формі. — *М. Я.*)...». Загальні вимоги до процесуальної форми, наприклад, до протоколів допитів свідка, потерпілого, обвинуваченого, протоколів слідчих та судових дій встановлені як у статтях 84~85[2] КПК України, так і в окремих статтях, які регламентують проведення відповідних слідчих дій для отримання цих видів доказів у кримінальній справі.

Процесуальною формою фактичних даних, які визнаються доказами у кримінальній справі, на наш погляд, є, наприклад, не показання

[1] Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М., 1973. — С. 324-327; *Якуб М. Л.* Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве.— М., 1981.

свідка, обвинуваченого та ін. (ч. 2 ст. 65 КПК України), а протоколи їх допиту, якими засвідчені ці показання. Самі ці показання, виходячи з концепції єдності фактичних даних і їх джерел, у разі визнання їх доказами у кримінальній справі є джерелом доказів, видом доказів і засобом доказування. Але вони не можуть бути носієм та засобом передачі інформації (доказів), якими є протоколи допиту свідка.

Одні і ті ж фактичні дані можуть бути отримані з різних процесуальних та оперативно-розшукових джерел (наприклад, із показань свідків, показань потерпілого, протоколів та їх додатків, складених уповноваженими органами за результатами ОРЗ) і мати при цьому різну процесуальну форму, характерну для відповідного виду доказів. Зміст фактичних даних обумовлює зміст доказів, а отже, й їх процесуальну форму, наприклад, протокол допиту свідка, потерпілого, протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами ОРЗ, тощо.

Саме ці три елемента: фактичні дані, їх джерела та процесуальна форма, маючи взаємовпливовий та взаємозалежний зв'язок, у своїй єдності становлять поняття як процесуального доказу загалом, так і доказу у кримінальній справі зокрема. Відсутність будь-якого із зазначених елементів, наприклад, грубе порушення процесуальної форми отримання відповідного доказу чи відсутність фактичних даних, які можуть бути визнані доказами, або їх джерела, робить доказ таким, що втрачає свою сутність.

На нерозривну єдність цих елементів доказу, на наш погляд, вказується у ст. 65 КПК України у такий спосіб: «всякі фактичні дані» — зміст доказу; — «на підставі яких у визначеному законом порядку» — процесуальна форма доказу; «ці дані встановлюються: показаннями свідка, показаннями потерпілого, показаннями підозрюваного, показаннями обвинуваченого, висновком експерта, речовими доказами, протоколами слідчих і судових дій, протоколами з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів та іншими доказами» — джерела доказів.

Проте єдність фактичних даних, їх процесуальних джерел та процесуальної форми сама по собі ще не є доказом. Будучи категорією об'єктивно-суб'єктивною, вона може ним стати лише тоді, коли буде визнана таким владним суб'єктом доказування (органом дізнання, слідчим, прокурором чи судом), на що також вказується у ст. 65 КПК України у такий спосіб: «орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність

особи, яка вчинила діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи».

Виходячи з розуміння доказів як єдності фактичних даних та їх джерел, отриманих у відповідній процесуальній формі, можемо зробити висновок, що визначені у ч. 2 ст. 65 КПК показання свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, висновок експерта, речові докази, протоколи слідчих і судових дій, протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, та інші документи є одночасно і джерелами доказів, і видами доказів, і засобами доказування, але лише за умови, що в них містяться фактичні дані, отримані у встановленій для кожного виду доказів процесуальній формі, і що ця єдність визнана доказом уповноваженою особою.

Враховуючи викладене, вважаємо, що доказами у кримінальній справі є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння та інші обставини, які мають значення для правильного вирішення справи, що встановлюються із передбачених законом джерел та визнаються такими зазначеними особами за їх внутрішнім переконанням, заснованим на всебічному і повному розгляді всіх обставин справи в їх сукупності.

Для усунення у теорії та практиці розбіжностей у розумінні доказів, що використовуються на стадії досудового розслідування та у судових стадіях процесу, а також приведення цього поняття у відповідність з ч. 1 ст. 63 Конституції України, яка визначила, що вина особи може бути встановлена лише вироком суду, вважаємо доцільним виключити із чинної редакції ч. 1 ст. 65 КПК України слова «винність особи, яка вчинила це діяння», оскільки чинна редакція цієї норми допускає встановлення вини особи не лише судом, а й органом дізнання та слідчим, що не відповідає Конституції України. З урахування вищезазначеного пропонуємо викласти ст. 65 КПК України в такій редакції: «Доказами у кримінальній справі є всякі фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння та інші обставини, які мають значення для правильного вирішення справи.

Ці дані встановлюються показаннями свідка, показаннями потерпілого, показаннями підозрюваного, обвинуваченого, висновком експерта, речовими доказами, протоколами слідчих і судових дій, протоколами з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами

за результатами оперативно-розшукових заходів, та іншими документами і визнаються доказами зазначеними особами».

Зазначена норма, на наш погляд, повинна бути включена до проекту нового КПК України.

У теорії і практиці вживаються такі терміни, як «процесуальні докази», «докази у кримінальній справі» і «судові докази». Таке розмаїття понять спричиняє певні, труднощі у правозастосовній діяльності при використанні матеріалів ОРД для отримання доказів у кримінальному процесі.

На наш погляд «процесуальні докази», «докази у кримінальній справі» і «судові докази» — не рівнозначні поняття. Вони співвідносяться між собою як рід і вид. «Процесуальними доказами» є всякі докази, які використовуються на будь-яких стадіях кримінального процесу[1]: порушення провадження у кримінальній справі, досудового розслідування, порушення державного обвинувачення[2], попереднього розгляду справи суддею, судового розгляду кримінальної справи, апеляційного провадження, касаційного провадження, перегляду кримінальних справ у порядку виключного провадження. «Доказами у кримінальній справі» є лише ті, якими оперують після порушення провадження у кримінальній справі. «Судові докази» правомірно вживати лише на судових стадіях процесу.

В теорії і практиці кримінального процесу та ОРД нерідко поряд з терміном «докази» вживається термін «доказова інформація», причому вживаються вони і як тотожні, і як поняття із самостійним значенням, що впливає на використання матеріалів ОРД в кримінальному процесі. У зв'язку з цим виникає необхідність у межах цього параграфу визначити їх співвідношення.

На наш погляд, докази і доказова інформація є самостійними поняттями, які мають єдину гносеологічну природу, проте різний правовий статус. Доказова інформація — це та інформація (фактичні дані), яка, хоча й отримана з відповідних джерел, проте ще не набула статусу доказів у кримінальному процесі. Доказовою інформацією є матеріали

[1] Про стадії кримінального процесу докладно див.: *Михайленко А. Р.* О сущности и значении стадии советского уголовного процесса // Вопросы уголовного процесса. — Изд-во Саратовского ун-та, 1977. — Вып. 1. — С. 114-120; *Лобойко Л. М.* Стадії кримінального процесу. — К., 2005.

[2] Докладно про сутність, значення і місце цієї стадії в загальній системі кримінально-процесуальних стадій див.: *Зеленецкий В. С.* Возбуждение государственного обвинения в советском уголовном процессе. — Харьков, 1979.

ОРД, що можуть бути використані для отримання фактичних даних як доказів у кримінальному процесі. Доказова інформація має велике значення для кримінального процесу, оскільки вона за певних умов може бути використана як для отримання певних доказів, так і для прийняття окремих процесуальних рішень у кримінальному процесі. З цього питання нам здається цілком переконливим висновок І. М. Лузгіна, що субстанцію судового доказу справді утворює інформація. Однак для визначення поняття доказу в кримінальному процесі поняття сигналу інформації не може бути використане, бо воно характеризує спосіб передачі інформації, її переміщення в часі й просторі, але не розкриває правової природи судового доказу[1]. Як слушно зазначав М. М. Михеєнко, використання окремих положень теорії інформації для розкриття сутності кримінально-процесуального доказу може бути плідним лише тоді, коли при цьому не забувається юридична природа зазначених доказів[2], що має методологічне значення для використання матеріалів ОРД в кримінальному процесі.

Наукове поняття процесуального доказу створює основу для визначення співвідношення його з матеріалами ОРД, які, як і докази у кримінальному процесі, також містять фактичні дані та їх джерела , що викликає необхідність установити природу останніх з метою визначення оптимальних шляхів їх використання для отримання окремих видів доказів у кримінальному процесі. *

Матеріали ОРД і процесуальні докази мають єдину гносеологічну природу. За своїм змістом матеріали ОРД подібні до процесуальних доказів. Як ті, так і інші містять фактичні дані (відомості про факти злочинів, осіб, що їх вчинили, відомості про джерела цих фактичних даних та інші обставини, що становлять предмет доказування у кримінальній справі). Матеріали ОРД, що містять фактичні дані, відрізняються від доказів у кримінальному процесі за своєю формою й джерелами фактичних даних. Умови надходження фактичних даних до

[1] Див.: *Лузгин И. М.* Методологические проблемы расследования. — М., 1973. — С . 53.

[2] *Михеєнко М. М.* Теоретические проблемы доказывания в советском уголовном процессе: Дис. … д-ра юрид. наук. — К., 1984. — С. 299; *Він же.* Поняття доказів та їх джерел у радянському кримінальному процесі // М. М. Михеєнко Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні: Вибрані твори. — К., 1999. — С. 112.

[3] У цьому параграфі роботи розглядаються матеріали ОРД, що містять фактичні дані та їх джерела, які використовуються для отримання доказів у кримінальному

кримінального процесу з відповідних джерел, які в результаті кримінально-процесуальної діяльності стають джерелами процесуальних доказів, істотно відрізняються від тих, що використовуються в ОРД. Так, відповідно до ст. 65 КПК України фактичні дані, що є інформаційною основою доказів, повинні отримуватися лише в установленому законом порядку і з названих законом джерел. При цьому вислів «у встановленому законом порядку» означає, що дії, допустимі для отримання доказів, порядок і умови їх проведення чітко регулюються КПК України. Порушення такого порядку може призвести до того, що процесуальні докази втратять свою сутність, будучи не визнаними такими уповноваженими особами. Виходячи з цього, процесуальні докази й матеріали ОРД мають різний рівень посвідченості фактичних даних, що в них міститься, у силу різної правової форми матеріалів ОРД і процесуальних доказів.

Відомості, що містяться у процесуальних доказах, призначені, як відомо, для всіх заінтересованих у результаті справи осіб і для суспільства в цілому. Матеріали ОРД, також будучи «знанням не лише для себе», спочатку адресовані в основному суб'єктам, які уособлюють у кримінальному процесі функцію обвинувачення, що дозволяє зробити висновок про менш високий ступінь їх посвідченості.

Сказане не означає, що матеріали ОРД, на відміну від процесуальних доказів, не повинні бути вірогідними. Матеріали ОРД теж мають містити повноцінне й вірогідне знання, але тимчасово призначене лише для вузького кола осіб. При цьому особливий правовий статус матеріалів ОРД забезпечується їхньою особливою формою, кваліфіковано дешифрувати яку може, як правило, лише фахівець у галузі ОРД, яким у сучасному кримінальному процесі повинен бути і слідчий. Наявність у матеріалах ОРД такої форми об'єктивно обумовлена необхідністю найшвидшого виявлення відомостей про злочин, що готується або вчинений, і надійного їх збереження в інтересах досудового слідства та суду. Остання з названих обставин забезпечує можливість подальшого фізичного контакту слідчого чи суду зі «слідами злочину» з метою їх пізнання, що не завжди буває можливим при проведенні лише слідчих чи судових дій через обмеженість їх пошукових засобів.

Важливим критерієм для розмежування матеріалів ОРД і доказів є те, що перші можуть бути отримані в тому числі й у ході превентивної діяльності оперативно-розшукових підрозділів (у момент підготовки чи вчення злочину), а для других характерне лише їх ретроспективне пізнання, що здійснюється переважно у формі кримінально-процесуального доказування.

Якщо процесуальні докази можуть бути отримані переважно лише при проведенні слідчих і судових дій, що здійснюється у чітко визначеній процесуальній формі, то в ОРД не встановлена докладна регламентація умов надходження фактичних даних до оперативно-розшукової справи. Тому в разі залучення матеріалів ОРД до кримінальної справи особи, що ведуть кримінальний процес, а також інші учасники процесу не завжди мають можливість їх процесуальної перевірки, а отже, й гарантії вірогідності отриманих на їх підставі доказів.

Фактичні дані, отримані в ході ОРД, можуть стати процесуальними доказами лише за умови, що вони матимуть усі ознаки останніх. Зміст, форма матеріалів ОРД, вид процесуального доказу, для отримання якого можуть використовуватися ті чи інші фактичні дані, що містяться в матеріалах ОРД, визначають шляхи їх залучення до кримінального процесу, наприклад, через допит осіб, які проводили ОРЗ, через протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами ОРЗ, через проведення обшуку, виїмки тощо. Основні труднощі використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі полягають саме в тому, щоб надати відкритого, гласного характеру джерелам фактичних даних, що містяться в матеріалах ОРД, і можливість їх перевірки всім учасникам кримінального процесу (обвинуваченому, потерпілому, їх захисникам та ін.), а також забезпечити нерозкриття форм та методів ОРД і конфіденційних стосунків, що становлять державну таємницю.

Встановлення кримінально-процесуальним законом вимог щодо дотримання закону при отриманні доказів у кримінальній справі та порядку, умов і послідовності провадження відповідних слідчих чи судових дій як засобів їх отримання є основною ознакою розмежування процесуальних доказів і матеріалів ОРД.

Фактичні дані, що містяться в матеріалах ОРД, не є змістом процесуальних доказів, оскільки у кримінально-процесуальному доказуванні використовуються не ті фактичні дані, що були здобуті в результаті ОРД, а ті, що отримані в межах кримінального процесу в ході доказування, в тому числі й на підставі фактичних даних, що містяться в матеріалах ОРД. Саме ці дані й утворюють зміст доказів у кримінальній справі.

Відмінності фактичних даних, отриманих у ході ОРД, від фактичних даних, що є змістом процесуальних доказів, не дають підстав відмовитися від ставлення до них як до відомостей, що не мають доказового значення, оскільки за певних умов та відповідно до вимог

кримінально-процесуального закону вони можуть бути* використані для отримання відповідних доказів у кримінальній справі.

Якщо джерелами доказів у кримінальній справі є лише ті, що встановлені ч. 2 ст. 65 КПК України, і їх перелік є вичерпним, вони повинні бути гласними й мати властивість можливості їх перевірки на досудовому слідстві й у суді з погляду повноти й вірогідності інформації, що виходить від них, а також з погляду правильності й повноти відображення ними тих відомостей, на які вони вказують, то в ОРД такі вимоги до джерел фактичних даних про злочин не ставляться, їх коло практично не обмежене. Ним охоплюються як джерела фактичних даних, що відповідно до вимог кримінально-процесуального закону можуть стати джерелами доказів, так і ті, які з причин неможливості чи недоцільності розкриття форм та методів ОРД чи конфіденційних відносин не можуть набути статусу джерел процесуальних доказів. Джерелом фактичних даних в ОРД може бути будь-яка особа, якій стало відомо про обставини вчинення злочину, чи особа, яка їх спостерігала. Це ж стосується й різних матеріальних об'єктів речового походження, що стали носіями відомостей про злочин чи осіб, що його вчинили, а також інших обставин, що сприяють його розкриттю.

Коло джерел фактичних даних в ОРД значно розширюється тим, що в процесі ведення оперативно-розшукової справи оперативно-розшукові підрозділи у низці випадків цілеспрямовано ще до вчинення злочину чи в момент його вчинення створюють такі умови, за яких окремі факти й сліди злочину, що вчиняється, чи вчиненого злочину відбиваються в спеціально створених пристроях, які дають можливість якісного фіксування слідів злочинної діяльності. Отримані при цьому джерела фактичних даних у вигляді предметів, документів та інших матеріальних утворень із залишеними на них слідами при вчиненні злочинів за певних умов відповідно до вимог кримінально-процесуального закону можуть стати джерелами доказів у кримінальній справі.

Аналіз джерел фактичних даних, які містяться в матеріалах ОРД, і джерел процесуальних доказів дає підстави для висновку, що вони мають як деякі загальні ознаки, так і ознаки, які їх розрізняють. Загальними їх ознаками є: 1) процес утворення джерел фактичних даних, що містяться в матеріалах ОРД, і джерел доказів (утворення їх «сховищами» інформації про подію злочину й обставини його вчинення) однаковий, він заснований на одних і тих самих положеннях теорії відображення; 2) як в ОРД, так і в кримінальному судочинстві

саме за допомогою джерел оперативно-розшукові підрозділи й органи, що ведуть кримінальний процес (орган дізнання, слідчий та суд), одержують фактичні дані про злочин і обставини його вчинення; 3) джерелами фактичних даних, що містяться в матеріалах ОРД, можуть бути особи, які у кримінальному судочинстві мають процесуальний статус свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого й відповідно до вимог кримінально-процесуального закону можуть створювати такі джерела судових доказів, як показання свідка, показання потерпілого, показання підозрюваного, показання обвинуваченого; 4) джерелами фактичних даних, що містяться в матеріалах ОРД, можуть бути об'єкти документального походження, які у кримінальному процесі можуть мати статус протоколів з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів та інших документів; 5) джерелами фактичних даних, що містяться в матеріалах ОРД, можуть бути об'єкти речового походження (предмети тощо), які у кримінальному процесі можуть мати статус речових доказів, додатків до протоколів, складених уповноваженими органами за результатами ОРЗ.

Ознаки, які розрізняють джерела фактичних даних, що містяться в матеріалах ОРД, і джерела процесуальних доказів є такими: 1) на відміну від джерел фактичних даних, що містяться в матеріалах ОРД, джерела процесуальних доказів можуть бути лише гласними; 2) якщо обставини, за яких те чи інше джерело процесуальних доказів стало носієм інформації про злочин, повинні бути відомі особам, що ведуть кримінальний процес, а також всім учасникам кримінального судочинства, й за необхідності повинна бути можливість їх перевірки, то до джерел фактичних даних, що містяться в матеріалах ОРД, такі вимоги не ставляться, враховуючи специфіку ОРД; 3) якщо для джерел процесуальних доказів встановлена жорстка процесуальна форма входження їх до кримінального процесу, особливо для доказів у кримінальній справі (ч. 2 ст І 65 КПІС України), то для джерел фактичних даних, що містяться в матеріалах ОРД, така форма законодавством не встановлена (навіть для тих, які отримуються в результаті ОРЗ, що проводяться відповідно до ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД за рішенням суду, що є, на наш погляд, суттєвим недоліком, який в окремих випадках перешкоджає їх використанню як доказів у кримінальній справі); 4) органам, що ведуть кримінальний процес, на відміну від суб'єктів, що проводять ОРД, не властива діяльність, спрямована на створення штучних умов, за яких у разі вчинення злочину або його підготовки ті

чи інші особи чи об'єкти речового походження стали б носіями інформації про обставини його вчинення чи підготовку.

Підсумовуючи викладене, можемо зробити висновок, що попри гносеологічну схожість процесуальні докази й матеріали ОРД за правовою природою є відмінними. Знання їх гносеологічної та правової природи та інших теоретичних засад доказового права і теорії ОРД дає можливість виробити оптимальні шляхи використання матеріалів ОРД для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальному процесі.

§ 2. Роль оперативно-розшукової діяльності у кримінально-процесуальному доказуванні

Доказування, яке здійснюється в установленій законом формі органами досудового розслідування й суду, є основним змістом кримінально-процесуальної діяльності. Воно полягає в пізнанні обставин злочину, отриманні процесуальних доказів і обгрунтуванні ними рішень у кримінальному процесі. У більшості кримінальних справ про тяжкі та особливо тяжкі злочини пізнання цих злочинів здійснюється як у ході кримінального процесу, так і в ході ОРД. Обставини злочину в ході ОРД можуть пізнаватися як до порушення провадження у кримінальній справі, так і під час супроводу досудового розслідування та судового розгляду таких справ. Результати пізнання підрозділів, що здійснюють ОРД, можуть бути використані у кримінально-процесуальному доказуванні. Тому поява процесуальних доказів у таких кримінальних справах— це, як правило, результат спільних зусиль підрозділів, що здійснюють ОРД, та осіб, які ведуть кримінальний процес, що є проявом взаємозв'язку уповноважених суб'єктів цих самостійних видів діяльності, який обумовлюється досягненням спільної мети кримінального судочинства та ОРД— встановлення істини у кримінальній справі й вирішенням на цій підставі різними засобами та у різній юридичній формі соціально-правового конфлікту, що виник у результаті злочину.

Питання поняття кримінально-процесуального доказування[1], його змісту та структури у теорії є дискусійними. У кримінально-процесуальному законодавстві інститут доказування, з нашого погляду, врегульовано суперечливо. Зазначене негативно позначаться на оперативній та судово-слідчій практиці при використанні матеріалів ОРД для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, й нерідко є однією з причин порушення прав людини та недостатньої ефективності боротьби зі злочинністю.

Різні наукові підходи до визначення поняття кримінально-процесуального доказування, його змісту та структури обумовлюють розбіжності у визначенні ролі ОРД у кримінально-процесуальному доказуванні. У зв'язку із цим постає необхідність їх аналізу та на його основі вироблення такого підходу, який би оптимально відповідав гносеологічній та правовій сутності кримінально-процесуального доказування, й визначення ролі ОРД у доказуванні.

Спільним для висловлених точок зору на поняття доказування у кримінальному процесі є те, що воно визначається як пізнавальна діяльність, яка проходить у встановленій законом процесуальній формі, спрямована на виявлення обставин злочину, що мали місце в минулому, та встановлення істини у кримінальній справі, хоча в теорії й висловлюються різні погляди на співвідношення пізнання й доказування, про що йшлося в § 2 розділу 3 цієї роботи.

Аналіз висловлених точок зору на поняття доказування у кримінальному судочинстві дає підстави для висновку, що воно в основному розглядається як загальний процес отримання сукупності доказів та обґрунтування ними відповідних процесуальних рішень у кримінальній справі, проте структурні елементи цього процесу вченими визначаються по-різному.

У науці поширеною є думка, що процес доказування — це діяльність, пов'язана зі збиранням, перевіркою й оцінкою доказів. Кожний з названих елементів одні автори вважають окремими етапами доказування[1], інші — взаємозалежними елементами даної

У § 2 розділу 3 цієї монографії сформульовано висновок, що пізнання і доказування співвідносяться між собою як ціле та частина. Виходячи з цього гносеологічного та правового посилання, в цьому параграфі роботи розглядається поняття та сутність кримінально-процесуального доказування і роль у ньому ОРД.

[1] Див.: *Белкин Р. С.* Собирание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы. — М, 1966. — С. 28-96; *Арсеньєв В. Д.* Основы теории доказательств в советском уголовном процессе. — Иркутск, 1970. — С. 41-42; Курс советского уголовного процесса: Общая часть / Под ред. Бойкова А. Д., Карпеца И. И. — М., 1989. — С. 612-627; *Орлов Ю. К.* Основы теории доказательств в уголовном процессе: Науч.-практ. пособие. — М, 2001. — С. 12.

[2] Терміни «елемент», «етап», «стадія» мають різне смислове навантаження, однак, враховуючи, що в літературі з кримінального процесу та криміналістики вони нерідко вживаються в одному й тому ж значенні, в окремих випадках ми умовно будемо їх вживати як тотожні.

діяльності . На наш погляд, у разі розгляду процесуального доказування в широкому розумінні як діяльності, спрямованої на отримання доказів і обґрунтування ними певних процесуальних рішень, доцільно говорити про етапи (стадії) доказування: отримання доказів (отримання певного доказу) й обґрунтування ними процесуальних рішень у кримінальній справі. А в разі розгляду доказування як процесу отримання конкретного доказу слід говорити про його структурні взаємозалежні та взаємовпливові елементи. Такий підхід, як нам здається, найбільш точно відбиває гносеологічну та правову сутність кримінально-процесуального доказування.

У літературі неодноразово зазначалося, що схема доказування, яка складається лише з одних традиційних компонентів (збирання, перевірки, оцінки доказів), не має універсального характеру. З її допомогою добре ілюструється рух окремо взятого доказу, але при цьому не беруться до уваги суб'єкти доказування. У такому вигляді вона мало придатна для розмежування їхніх функцій. «Процес доказування уявляється в ній як односуб'єктний, що не відповідає реальному доказуванню, в якому доказова діяльність будь-якого суб'єкта завжди адресована якомусь іншому суб'єкту чи суб'єктам»[2]. Тому традиційну тричленну структуру процесу доказування (збирання, перевірка й оцінка) дослідники нерідко доповнюють іншими компонентами, наприклад, окремі правники вказують як самостійний етап доказування висування версій або такі елементи, як висновків у справі[4], пошук, виявлення і закріплення (фіксацію)[5] або процесуальне оформлення доказів[6],

Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М., 1973. — С. 298-300.

Орлов Ю. К. Основы теории доказательств в уголовном процессе: Науч.-практ. пособие. — М., 2001.-—С. 13.

Фаткуллин Ф. Н. Общие проблемы процессуального доказывания— Казань, 1976.— С. 10-11; *Горский Г. Ф., Кокорев.Л. Д., Элькинд П. С.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе.— Воронеж, 1978.— С. 210-211; *Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П.* Уголовный процесс: доказательства и доказывание. — Воронеж, 1995. — С. 220.

Фаткуллин Ф. Н. Вказана праця. — С. 13; *Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. — Воронеж, 1978. — С. 220.

Ларин А. М Работа следователя с доказательствами. — М., 1966. — С. 43.

Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса: В 2 т. — М, 1968. — Т. I. Основные положения науки советского уголовного процесса. — С. 302; Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М., 1973. — С. 298.

використання доказів[1], формування доказів[2], дослідження доказів (розуміючи під ним їх перевірку)[3], закріплення фактичних даних тощо. Пропонуються структури доказування, які складаються з таких основних елементів: збирання, перевірка, оцінка доказів, обґрунтування висновки у справі з метою встановлення істини та вирішення завдань кримінального судочинства[5]; збирання, формування й використання доказів[6]; виявлення, збирання, закріплення, перевірка й оцінка доказів, застосування відповідних кримінально-процесуальних норм ; збирання, перевірка, оцінка доказів та їх використання для встановлення обставин, які мають значення у справі, й обґрунтування висновків, що з них випливають[8]; закріплення фактичних даних, їх перевірка, оцінка доказів і обґрунтування висновків у кримінальній справі ; збирання (формування), перевірка й оцінка доказів та їх джерел, а також формулювання на цій підставі відповідної тези та наведення аргументів для її обґрунтування[10]; збирання (формування) доказів та їх процесуальних джерел; перевірка цих доказів і джерел; оцінка доказів та їх процесуальних джерел; прийняття процесуального рішення та його аргументація (мотивація) .

Наведені точки зору дають підстави не погодитися з Н. В. Сібільовою, яка категорично заявляє, нібито «структурні елементи (етапи) доказування, які з певною частиною варіантності є загальновизнаними,

[1] Криминалистика /Под ред. Р. С. Белкина, Г. Г. Зуйкова. — М., 1968. — С. 8; *Белкин А. Р.* Теория доказывания: Науч.-метод. пособие. — М., 1999. — С. 271.

[2] *Михеенко М. М.* Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. — Киев, 1984. — С . 10.

[3] *Коз Ц. М.* Субъекты доказывания в советском уголовном процессе. — Саратов, 1968. — С . 7.

[4] *Сибшева Н. В.* Допустимость доказательств в советском уголовном процессе.— К, 1990. — С. 15.

[5] *Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькинд П. С.* Вказана праця. — С. 208.

[6] *Дегтярь Т. С.* Собирание и формирование доказательств в процессе исследования преступлений: Дис…. канд. юрид. наук. — М., 2001. — С. 38.

[7] *Москалькова Т. В.* Этика уголовно-процессуального доказывания (стадия предварительного расследования). — М., 1996. — С. 43.

[8] *Кузнецов Н. П.* Доказывание и его особенности на стадиях уголовного процесса России: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. — Воронеж, 1998. — С. 6, 10-14.

[9] *Сибилева Н. В.* Вказана праця. — С. 15.

[10] *Михеенко М. М.* Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. — К., 1984. — С . 9.

[11] *Стахівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. — К., 2005. — С. 42.

включають збирання, закріплення, перевірку, оцінку доказів і обґрунтування висновків по кримінальній справі»', оскільки щодо структурних елементів доказування у процесуальній літературі не склалося єдності думок, про що свідчать наведені нами погляди правознавців.

Загальним недоліком всіх висловлених точок зору на доказування у кримінальній справі, на наглу думку, є те, що в них немає чіткого розмежування процесу отримання конкретного доказу у кримінальній справі і діяльності з отримання сукупності доказів для обґрунтування процесуальних рішень, які мають певні особливості, що повинні бути враховані при використанні матеріалів ОРД у кримінально-процесуальному доказуванні. Окрім того, більшості з них, на наш погляд, властива одна й та ж гносеологічна і правова помилка, яка полягає в тому, що зазначені правники тією чи іншою мірою допускають як перший етап (елемент) доказування збирання доказів.

Виходячи з цього, можна зробити, на наш погляд, помилковий висновок: нібито до початку кримінально-процесуальної діяльності, до того як уповноважена особа здійснить відповідне дослідження виявлених на місті події злочину певних його слідів та їх джерел у відповідній процесуальній формі, яка регламентує процесуальне доказування, вони вже апріорі є доказами. Іншими словами, якщо йти за такою помилковою, на нашу думку, логікою, то в ході доказування збираються, надаються чи подаються докази, які існують об'єктивно в готовому вигляді ще до того, як вони у встановленій процесуальній формі будуть отримані й визнані такими особою, в провадженні якої перебуває кримінальна справа. Тому терміни «збирання доказів», «подання доказів» чи «надання доказів», які вживаються в юридичній літературі й закріплені в низці норм КПК України (статті 16[i], 66), на нашу думку, не відповідають сутності початкового етапу процесу доказування, оскільки процесуальних доказів у готовому вигляді не існує. А тому ці терміни повинні бути замінені на такий, який найбільш повно відбиває сутність даного процесу, що полягає в активній цілеспрямованій пізнавально-перетворювальній діяльності, що протікає у визначеній кримінально-процесуальним законом формі для кожного окремого виду доказів.

Сібільова Н. В. Сучасні проблеми організації та функціонування в Україні судової влади // Питання боротьби зі злочинністю: 36. наук праць. — Х., 2005. — Вип. 10. — С 88.

Доказування у кримінальному процесі — складна об'єктивно-суб'єктивна діяльність, що складається з низки взаємозалежних та взаємовпливових елементів. Розуміння під початковим етапом доказування «збирання доказів» на практиці призводить до того, що окремі працівники оперативно-розшукових підрозділів помилково вважають, що отримані ними в ході оперативно-розшукового документування певні об'єкти речового походження чи документи, а інколи й вербальна інформація вже є доказом у кримінальній справі. Інколи подібної помилки припускаються і слідчі, залучаючи такі матеріали ОРД до кримінальної справи без будь-якої або без належної їх перевірки процесуальним шляхом, посилаючись на них як на докази при обґрунтуванні своїх процесуальних рішень, що є однією з причин слідчо-судових помилок, які призводять до порушення прав людини. Про це свідчить, наприклад, кримінальна справа за обвинуваченням директора бази ЗАТ «Завод торговельного машинобудування» П. за статтями 86[i] і 172 КК України (у рєд. 1960 р.), яка була закрита прокуратурою Харківської області за п. 2 ст. 6 КПК України у зв'язку із тим, що прокуратурою була встановлена відсутність вини П. в інкримінованих йому злочинах. Основними доказами, на підставі яких була винесена постанова про притягнення П. до кримінальної відповідальності за статтями 86[i] і 172 КК України (у ред. 1960 р.) та обрання йому як запобіжного заходу взяття під варту, слідчим були визнані матеріали господарської діяльності ЗАТ «Завод торговельного машинобудування», які свідчили про недостачу товарів на складі готової продукції та складі матеріального забезпечення підприємства, довідка КРУ, яка підтверджувала зазначену недостачу, а також дані телефонної розмови П. з його знайомою JL, у якій він висловлював намір про придбання дачі на Кіпрі та дорогого автомобіля, на якому він обіцяв з Л. здійснити подорож по країнах Західної Європи, що були отримані в ході ОРД і без належної їх перевірки та оцінки в процесі досудового слідства покладені слідчим в основу прийнятих ним процесуальних рішень .

Говорячи про збирання доказів, С А. Шейфер переконливо доводить, що термін «отримання доказів» має деяку умовність. Правознавець влучно зазначає: «Не можна подавати справу так, що докази — показання свідків, потерпілих, обвинувачених, підозрюваних, висновків експертів і тим більше протоколи слідчих дій — існували в природі й до проведення слідчих дій. Якби це було так, завдання слідчого

[1] Архів прокуратури Харківської області.

стало б достатньо простим: відшукати й прилучити до справи «готові» докази. Насправді процес формування доказу виявляється значно складнішим. Точно кажучи, у початковий момент доказування предметом пізнавальної діяльності слідчого є не докази, а сліди певної події, що залишилися на предметах матеріального світу й у свідомості людей. Виконуючи слідчі дії, слідчий виявляє ці сліди, отримує з них інформацію, що стосується справи (залишаючи без уваги те, що до справи не має відношення), і фіксує її в процесуальних актах»[1]. Зібрати, наголошує С А. Шейфер, можна лише те, що існує як даність[2]. Доказ, за слушним твердженням вченого, може вважатися отриманим («зібраним») лише після фіксації добутої інформації у визначеній кримінально-процесуальним законом формі, що забезпечує максимально повне збереження й використання отриманих даних з метою доказування .

Справедливо вважаючи не зовсім вдалою редакцію ч. 2 ст. 66 КПК, у якій вказується, що «докази можуть бути подані підозрюваним, обвинуваченим, його захисником, обвинувачем, потерпілим, цивільним позивачем, цивільним відповідачем і їх представниками, а також будь-якими громадянами, підприємствами, установами і організаціями», оскільки при такому формулюванні зазначеної норми складається враження, нібито докази існують у природі в готовому вигляді, М. М. Михеєнко робить висновок, що початком процесу доказування є формування доказів у межах відповідних процесуальних дій[4]. Така точка зору поділяється й іншими науковцями[5].

Проте в теорії кримінального процесу термін «формування доказів» не сприймається однозначно. Так, А. Б. Соловйов вважає, що, говорячи про збирання доказів, необхідно припускати їхнє формування, тобто перетворення слідів злочину шляхом передбачених законом процедур на кримінально-процесуальні докази[1]. На думку С. М. Стахівського, для позначення першого етапу доказування правомірно вживати як термін «збирання доказів», так і термін «формування доказів», оскільки вони є тотожними[2]. Ю. В. Астаф'єв, зазначаючи, що докази не формуються органами розслідування, а є підсумком тривалого процесу аналізу фактичних даних об'єктивної дійсності, пропонує при цьому залишити в доказовому праві термін «збирання доказів», оскільки він, на його думку, є цілком доречним, тому що визначає основний напрямок процесуальної діяльності і водночас указує на її подальші складові — перевірку, оцінку і процесуальне оформлення[3].

На наш погляд, не лише термін «збирання доказів», а й «формування доказів», який пропонується окремими вченими вживати замість «збирання доказів», не може бути визнаний вдалим, оскільки він не повністю відбиває сутність початкового етапу доказування.

Термін «формування» в українській та російській мовах тлумачиться не лише як надання чому-небудь певної форми, завершеності, визначеності, а й як складання цілого з частин, виникнення, створення, породження чого-небудь[4]. Результатом використання цього терміна в кримінатьно-процесуальному законі може стати враження, нібито докази створюються з нічого, породжуються органом дізнання, слідчим, судом, що не відповідає сутності кримінально-процесуального доказування.

Висловлені точки зору щодо структури процесу доказування вказують на необхідність пошуку її уніфікації, надання їй якомога більш загального вигляду, що ілюструє рух як окремо взятого доказу, так і всієї сукупності доказів, які фігурують у кримінальній справі. На нашу думку, такою універсальною структурою доказування міг би стати поділ його на два етапи, що становлять його як єдиний процес: 1) отримання доказів; 2) використання доказів для обґрунтування рішень у кримінальній справі.

[1] *Шейфер С. А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма.— М., 1981. — С. 10.

[2] *Шейфер С. А.* Собирание доказательств в советском уголовном процессе: методологические и правовые проблемы. — Саратов, 1986. — С. 65.

Шейфер С. А. Следственные действия. Система и процессуальная форма.— М., 1981. — С. 111.

[4] *Михеенко М. М.* Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. — Киев, 1984. — С. 10.

Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма.— М., 2001. — С. 6-9; *Соловьев А. Б.* Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса России: Науч.-практ. пособие. — М., 2002. — С. 11; *Стсаівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. — К., 2005. — С. 43 і

[1] *Соловьев А. Б.* Вказана праця. — С 11.

Стахівський С М. Вказана праця. — С 43.

Астафьев Ю. В. Процесе доказывания и оперативно-розыскная деятельность: соотношение и оценка результатов // Российское правовое государство: Итоги формирования и перспективы развития: В 5 ч. — Ч. 5: Уголовное право, уголовный процесс и криминалистика: Материалы Всерос. науч.-практ. конф. Воронеж, 14-15 ноября 2003 года / Под ред. Ю. Н. Старилова. — Воронеж, 2004. — С. 13.

[4] Великий тлумачний словник сучасної української мови / Упоряд. і голов, ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь, 2001.— С. 1329; *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Вказана праця. — С. 856;

Термін «отримання» для визначення початкового етапу доказування здається нам більш прийнятним, ніж терміни «збирання» та «формування», оскільки він точніше відбиває сутність цього етапу. Термін «отримання» має значення здобування чого-небудь певними зусиллями, якимись діями; взяття, прийняття того, що надається[1].

Отримання процесуальних доказів як перший етап кримінально-процесуального доказування, виходячи зі змісту 66 КПК України, здійснюється відповідно чотирма способами: 1) проведенням слідчих дій; 2) через витребування предметів, документів від підприємств, установ, організацій, посадових осіб і громадян, які можуть встановити необхідні в справі фактичні дані, проведення ревізій; 3) через надання фактичних даних та їх джерел, що можуть стати доказами у кримінальній справі, особам, у провадженні яких перебуває кримінальна справа, підозрюваним, обвинуваченим, його захисником, обвинувачем, цивільним відповідачем і їх представниками, а також будь-якими громадянами, підприємствами, установами, організаціями; 4) через доручення підрозділам, що здійснюють ОРД, провести ОРЗ чи використати засоби для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі.

Отримання окремого процесуального доказу — це не одномоментний акт, а активна цілеспрямована пізнавально-перетворювальна практична діяльність суб'єктів доказування взагалі й тих з них, хто безпосередньо здійснює досудове розслідування й судовий розгляд кримінальної справи, зокрема, яка складається з окремих взаємозалежних та взаємовпливових елементів: а) пошуку і виявлення (вилучення) фактичних даних та їх джерел; б) перевірки, оцінки фактичних даних і їх джерел, їх процесуального оформлення (закріплення) й надання фактичним даним та їх джерелам статусу певного доказу у кримінальній справі, які лише умовно виокремлюються як самостійні категорії для всебічного дослідження процесу кримінально-процесуального доказування. Вказані елементи процесуального доказування властиві тією чи іншою мірою кожному із зазначених способів отримання доказів.

Отримання процесуальних доказів — це виключно процесуальна діяльність, тому необгрунтованою, на наш погляд, є думка Д. І. Бєднякова про те, що ОРД у сукупності з можливістю надання доказів органами дізнання утворює самостійний спосіб їх отримання[1].

Первісним елементом отримання доказу є іділеспрямована активна діяльність суб'єктів розслідування по відшуканню фактичних даних, їх носіїв та їхньому виявленню, що обумовлюється характером вчинених злочинів та конкретною слідчою ситуацією, яка складається у кримінальній справі, враховуючи, що в результаті злочину утворюються сліди, які залишилися на матеріальних об'єктах речового походження чи у свідомості людей, як фактична основа майбутніх доказів.

Чільне місце у відшуканні і виявленні фактичних даних та їх джерел відводиться ОРД, яка, будучи однією з форм пізнання злочину, пов'язана з добуванням, переробкою, передачею і використанням інформаційних матеріалів у кримінальному процесі, що служать інформаційною основою для прийняття процесуальних рішень у кримінальній справі.

Розкриваючи роль ОРД на цьому етапі доказування, слід зазначити, що пошук і виявлення фактичних даних про протиправні діяння, відповідальність за які передбачена кримінально-процесуальним законом, та їх джерел засобами ОРД у ході оперативно-розшукового документування і пошук та виявлення фактичних даних у ході кримінально-процесуального доказування, що здійснюється особами, які ведуть кримінальний процес, хоча й мають однакову гносеологічну природу, проте є різними за своєю правовою суттю, оскільки здійснюються різними правовими заходами й засобами, різними уповноваженими суб'єктами, у різному правовому режимі. Змішування цих процесів у теорії призводить до неправильного визначення ролі ОРД у кримінально-процесуальному доказуванні, а на практиці— до слідчо-судових помилок, наслідком яких є зниження ефективності боротьби зі злочинністю та порушення прав людини.

Роль ОРД у пошуку й виявленні фактичних даних та їх джерел полягає в такому: а) особа, в провадженні якої перебуває кримінальна справа, може відшукати й виявити фактичні дані та їх джерела, які у своїй сукупності можуть стати доказами у кримінальній справі, у матеріалах ОРД, що надаються їй у встановленому порядку як ініціативно підрозділами, які здійснюють ОРД, у ході реалізації оперативно-розшукової справи чи в ході супроводу кримінального судочинства,

Див.: Великий тлумачний словник сучасної української мови / Упоряд. і голов, ред. В. Т. Бусел. — К.; Ірпінь, 2001. — С. 659, 690; *Ожегов С. К, Шведова Н. Ю.* Вказана праця. — С. 557.

Бедняков Д. И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М, 1991. — С. 80.

так і за її ініціативою в порядку ч. 5 ст. 97 КІЖ України, ч. 3 ст. 114, ч. 3 ст. 66 КІЖ України, п. 2 ч. 1 ст. 7 Закону про ОРД; б) матеріали ОРД можуть бути приводами та підставами для проведення слідчих дій, спрямованих на пошук і виявлення фактичних даних та їх джерел, у ході яких можуть бути отримані докази у кримінальній справі; в) у матеріалах ОРД може міститися інформація про місце знаходження предметів та документів, що мають значення для кримінальної справи і можуть бути витребувані особою, у провадженні якої перебуває кримінальна справа, а також про осіб, у яких перебувають такі предмети й документи; г) у матеріалах ОРД може міститися інформація для розробки організаційно-тактичних заходів отримання доказів шляхом проведення слідчих дій чи в інший визначений кримінально-процесуальним законом спосіб, які спрямовані на пошук і виявлення фактичних даних і їх джерел.

ОРД у кримінально-процесуальному доказуванні відводиться чільне місце: Закон про ОРД встановлює як одне із завдань ОРД пошук і фіксацію фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена кримінальним кодексом України (ст. 1 Закону про ОРД); у п. 2 ст. 10 цього Закону зазначається, що матеріали ОРД використовуються для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі; у низці норм кримінально-процесуального законодавства (ч. 2 ст. 65, ч. 3 ст. 66 КПК України та ін.) вказується на можливість використання матеріалів ОРД у кримінально-процесуальному доказуванні; подібні норми закріплені й у законодавстві інших країн СНД. Водночас у теорії кримінального процесу щодо характеру ролі ОРД у доказуванні висловлюються різні точки зору.

Одні вчені, визнаючи безумовну корисність ОРД при отриманні доказів, у той же час вважають, що вона знаходиться за межами доказування, і з цієї причини щодо нього має лише роль «орієнтира» . Інші дослідники, також не заперечуючи допоміжного орієнтовного характеру ОРД у доказуванні, водночас вважають, що ця обставина

[1] Див.: *Ривлин А., Альперт С, Бажанов М.* О доказательствах, в советском уголовном судопроизводстве// Социалистическая законность.— 1963.— № 9 . — С. 40-42; *Белкин Р. С.* Собирание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы. •— М., 1966. — С. 39; Теория доказательств в советском з'головном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М., 1973. — С. 527-528; *Шейфер С. А.* Следственные действия. Система и процессуальная форма. — М., 1981. — С. 34; *Васильев А. Н., Яблоков Н. П.* Предмет, система и теоретические основы криминалистики. — М., 1984. — С. 48-55.

не виключає визнання ОРД як його складової, пов'язаної з виявленням доказів[1].

З цього приводу О. Й. Винберг, Г. І. Кочаров і Г. М. Міньковський висловили думку, що ОРД повинна розглядатися як складова деяких етапів доказування, оскільки вона «може бути засобом виявлення доказів»[2]. Ця думка була підтримана В. Ф. Робозеровим, який зробив спробу її розвинути та навести на її користь додаткові аргументи, вважаючи, що інформація, отримана органами дізнання оперативно-розшуковим шляхом у ході виконання доручення слідчого, використовується як засіб пізнання у кримінальному судочинстві й може знадобитися на будь-якому етапі розслідування, а не лише на деяких із них[3].

Суперечливою є позиція з цього питання О. М. Ларіна, який вважає ОРД одним з видів виявлення доказів і водночас заперечує висновок про те, що виявлення доказів можливе поза процесуальними діями .

Викликає заперечення пропозиція В. І. Попова виділити із «стадії збору доказів», яку він називав «наріжним каменем доказування», поняття «відшукання доказів», що позначає діяльність оперативно-розшукових підрозділів як складову «збирання доказів», щоб не вносити, як зазначає вчений, плутанини у процесуальну термінологію[5]. Це твердження було піддане справедливій критиці з боку О. Н. Колесниченка, який переконливо довів: «Введення поняття «відшукання доказів» не усуває плутанини, про яку пише В. І. Попов. У його дослідженнях, на наш погляд, є суттєва неточність. «Відшукання» розшуковим шляхом доказів— це не відшукання доказів, а відшукання

Див.: *Ратинов А. Р.* Взаимодействие следователей прокуратуры и милиции при расследовании преступлений// Практика .применения нового уголовно-процессуального законодательства. — М., 1962. — С. 86-89; *Винберг А., Кочаров Г., Миньковскый Г.* Актуальные вопросы теории судебных доказательств // Социалистическая законность. — 1963. — № 12. — С. 19-27; *Робозеров В. Ф.* Оперативно-розыскная информация в системе судебного доказывания// Правоведение.— 1978.— № 6 . — С. 106—108; *Зайковский В. Н.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в ходе доказывания по уголовному делу: Дис. ... канд. юрид. наук. — СПб., 1996. — С . 90.

Винберг А., Кочаров Г., Миньковский Г. Актуальные вопросы теории судебных доказательств // Социалистическая законность. — 1963. — № 12. — С. 34.

і [3] *Робозеров В. Ф.* Оперативно-розыскная информация в системе судебного доказывания//Правоведение.— 1978. — № 6 . — С. 107-108.

Ларин А. Некоторые проблемы теории доказательств // Социалистическая законность.— 1963. — № 8 . — С. 51-52.

[5] *Попов В. И.* Розыскная деятельность в расследовании преступлений: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. — М. — С. 8.

і

джерел інформації. Ототожнення цих різних положень ніяк не може зменшити плутанини з даних питань теорії. Взагалі положення, що розшуковим шляхом відшукуються докази, є неприйнятним»[1]. Підсумовуючи викладене, О. Н. Колесниченко зробив, на наш погляд, обґрунтований висновок, що ОРД не може входити до процесу кримінально-процесуального доказування.

Разом із цим думка О. Н. Колесниченка щодо ролі ОРД у доказуванні, на наш погляд, потребує доповнення, оскільки не можна зводити роль ОРД лише до відшукання «джерел інформації», як пише вчений, або лише до пошуку фактичних даних та їх закріплення, як це визначено у ст. 1 Закону про ОРД України.

На наше переконання, ОРД повинна бути спрямована як на пошук фактичних даних та їх закріплення, так і на пошук джерел фактичних даних, оскільки для того, щоб установити той чи інший факт, отримати фактичні дані (відомості, інформацію про цей факт), слід установити джерела цих фактичних даних.

Проаналізувавши точки зору науковців на роль ОРД у доказуванні, ми дійшли висновку: включення ОРД до початкового етапу доказування є помилковим, оскільки прихильники цієї точки зору не розмежовують таких понять, як «фактичні дані та їх джерела» й «докази та їх джерела», які, хоча й близькі за змістом та гносеологічною природою, проте, як вже нами зазначалося, є різними за правовим статусом; пошук та виявлення фактичних даних і їх джерел здійснюються різними суб'єктами та в різних правових режимах. При цьому слід відрізняти пошук та виявлення фактичних даних і їх джерел, що здійснюються слідчим чи органом дізнання у процесуальній формі, від фізичних їх пошуку та виявлення.

Так, наприклад фізичні пошук і виявлення фактичних даних та їх джерел, що в перспективі можуть бути використані як докази в кримінальному процесі, здійснює слідчий, прибувши на місце події, попередньо визначаючи його межі, місця найбільш імовірного перебування предметів документів, що містять необхідну інформацію, одержуючи пояснення та іншу довідкову інформацію з приводу того, що відбулося, від очевидців, потерпілих, фахівців, посадових осіб відповідних підприємств, установ, підрозділів, що здійснюють ОРД, тощо, і лише після такого сприйняття дійсності в нього виникає можливість цілеспрямованої фіксації належних фактичних даних та їх джерел шляхом проведення відповідних слідчих дій.

[1] *Колесниченко А. Н.* Научные и правовые основы методики расследования преступлений: Дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1967. — Т. I — С. 305.

Водночас фізичні пошук і виявлення фактичних даних та їх джерел, що в перспективі можуть бути використані як докази в кримінальному процесі, розшуковими заходами здійснюють органи дізнання, що не уповноважені на проведення ОРД. Виявлення фактичних даних та їх джерел як розшуковими, так і ОРЗ здійснюють і оперативно-розшукові підрозділи, зазначені в ст. 5 Закону про ОРД. Причому й ті, й інші здійснюють ці заходи як за власною ініціативою, керуючись вимогами статей 103 та 104 КПК України, так і за дорученням слідчого (ч. 3 ст. 114 КПК України).

У цьому аспекті актуальними, на нашу думку, є пропозиції про визначення в КПК України повноважень органів дізнання, що не наділені правом на проведення ОРЗ, та особи, яка проводить дізнання, на здійснення розшукових заходів з пошуку й виявлення фактичних даних та їх джерел, що можуть бути використані як докази у кримінальному процесі.

З урахуванням цього потребують критичного аналізу ст. 1, п. 2 ст. 10 Закону про ОРД, а також ч. 3 ст. 15 Закону «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю». Так, у ст. 1 Закону про ОРД зазначається, що завданнями ОРД є «пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України». У пункті 2 ст. 10 Закону про ОРД вказано, що матеріали ОРД використовуються «для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі». У частині 3 ст. 15 Закону «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» закріплено, що «фактичні дані, одержані та зафіксовані співробітниками спеціальних підрозділів із застосуванням технічних засобів, можуть бути використані як докази в судочинстві».

На наш погляд, викладені законодавчі положення не повною мірою відповідають як завданням ОРД, так і засадам доказового права. Роль ОРД у доказуванні не повинна зводитися лише до пошуку й фіксації фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена КК України, як про це вказується в чинній редакції ст. 1 Закону про ОРД. Вона має також полягати в пошуку й встановленні джерел цих фактичних даних. У зв'язку із цим вважаємо доцільним ст. 1 Закону про ОРД після слів: «Кримінальним кодексом України» доповнити словами: «а також пошуку та

встановлення їх джерел і осіб, що його вчинили». Це положення відповідає ч. 1 ст. 103 та ст. 65 КПК України. З огляду на викладене вважаємо, що п. 2 ст. 10 Закону про ОРД слід викласти у такій редакції: «для отримання фактичних даних та їх джерел, які можуть бути доказами у кримінальній справі».

З нашої точки зору, не відповідає засадам доказового права й редакція ч. 3 ст. 15 Закону «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю». З її змісту можна однозначно зрозуміти, що фактичні дані, одержані та зафіксовані співробітниками спеціальних підрозділів із застосуванням технічних засобів, є доказами в кримінальній справі, а це суперечить поняттю доказів у кримінальному процесі й засадам доказування. Виходячи із цього, вважаємо доцільним ч. 3 ст. 15 цього Закону викласти в такій редакції: «Фактичні дані, отримані та зафіксовані співробітниками спеціальних підрозділів із застосуванням технічних засобів, можуть бути використані для отримання доказів у судочинстві». Таке формулювання цієї норми дозволяє вказані фактичні дані використовувати як у кримінальному, так і у цивільному та господарському процесах (статті 32-38 ГПК України; статті 57-65 ЦПК України) при реалізації цими підрозділами своїх адміністративних повноважень.

Відшукані й виявлені фактичні дані та їх джерела підлягають процесуальній перевірені, оцінці, оформленню (закріпленню) у встановленому процесуальним законом порядку відповідно для кожного виду доказів.

Справедливо ставлячи під сумнів тезу, що збирання доказів є складовою доказування, Н. В. Сібільова разом із цим необгрунтовано, на наш погляд, вважає, що «початковим елементом процесуального доказування є діяльність щодо процесуального закріплення інформації, яка міститься у вказаному в законі джерелі» . Закріплення інформації, на думку вченої, — це введення її до кримінального процесу у формі судових доказів, тобто визначення того, чи відповідає носій інформації вимогам, що ставляться ч. 2 ст. 65 КПК, а слідча дія, за допомогою якої закріплюється інформація, — правилам, що містяться в главах 14-18 КПК. Структура закріплення доказів як елементів процесуального доказування, на думку вченої, виражається у вимогах, що ставляться: до суб'єкта, який реалізує своє право на проведення слідчих дій; до джерел фактичних даних; до способів закріплення цих даних, а також процесуальних гарантій, які забезпечують достовірність процесуально закріплюваної інформації[1].

Така позиція, на нашу думку, є необгрунтованою. У ній допускаються гносеологічні й правові помилки. Невиправдано не враховується, що доказування починається з предметно-практичної діяльності органу дізнання, слідчого, прокурора чи суду, спрямованої на пошук і виявлення фактичних даних про ознаки злочину та їх джерел. Виходячи із запропонованої автором структури доказування, пошук і виявлення фактичних даних про ознаки злочину та їх джерел як первісні структурні елементи процесуального доказування залишаються поза його межами, що не відповідає логіці процесуального доказування. На нашу думку, фіксацію отримання фактичних даних та їх джерел не можна відокремлювати від визначеної кримінально-процесуальним законом процедури проведення слідчих дій чи витребування предметів та документів, спрямованих на пошук і виявлення фактичних даних і їх джерел, яка забезпечує достовірність доказів і можливість контролю суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності за процесом їх отримання на первісному етапі (у ході їх пошуку та виявлення). Крім того, виходячи із змісту початкового етапу (елементу) доказування («закріплення інформації»), запропонованого Н. В. Сібільовою[2], на цьому етапі ще не можна говорити про отримання доказів, оскільки ці фактичні дані (інформація) та їх джерела ще не перевірені, не оцінені й не визнані доказами уповноваженою особою, а тому ще не набули статусу процесуальних доказів.

Досліджуючи проблему використання матеріалів ОРД для отримання доказів у кримінальному процесі, С. С. Овчинський писав: «Оперативно-розшукова інформація, одержувана різними шляхами... відбиває явища й події на єдиному пізнавальному рівні, й потрібні лише процесуальні гарантії для використання фактичних даних у процесі доказування» . Це положення є цілком справедливим, однак висновок правника, що «така інформація набуває деяку нову якість (одержавши процесуальне оформлення, вона одержує і процесуальні джерела, і процесуальний регламент її використання»[4]), на наш погляд,

[1] *Сибжева Н. В.* Допустимость доказательств в советском уголовном процессе. — Киев, 1990. — С. 8.

Сибилева Н. В. Вказана праця. — С. 13.

[2]. Там само. —С 15.

Овчинский С. С. Оперативно-розыскная информация / Под ред. А. С. Овчинского и В. С. Овчинского. — М, 2000. — С. 61.

[4] Там само. — С. 61-62.

є непереконливим, оскільки процес доказування у кримінальній справі не можна зводити лише до «процесуального оформлення», до фіксування матеріалів ОРД у процесуальній формі, адже доказування — це сукупність взаємопов'язаних процесуальних дій перевірочного, оцінного й обгрунтувально-мотивувального характеру. Разом із цим заслуговує на підтримку думка С. С. Овчинського, що оперативно-розшукова інформація «вказує на факти, які повинні стати доказами, на їх джерела й на раціональні тактичні прийоми одержання доказів»[1], хоча водночас, на наш погляд, вона потребує певних уточнень.

Виходячи з гносеологічної природи доказів та норм доказового права, факти за жодних умов не можуть бути доказами у кримінальній справі. Враховуючи процесуальний статус суб'єктів, що ведуть кримінальний процес, лише вони визначають ті фактичні дані (оперативно-розшукову інформацію) та їх джерела, що містяться в матеріалах ОРД і можуть у встановленому кримінально-процесуальним законом порядку стати доказами у кримінальній справі. Тому, на нашу думку, слід говорити про те, що в ході ОРД виявляються не факти, а фактичні дані та їх джерела, які лише за певних умов можуть стати доказами у кримінальній справі.

Полемізуючи з С. С. Овчинським, Ю. В. Астаф'єв з цього приводу зауважив, що «за такого підходу ОРД фактично визначає весь подальший розвиток процесу і його спрямованість і навіть тактику... Роль оперативно-розшукової інформації у кримінальному процесі, хоча й дуже значуща, але не визначальна. Процес доказування і його розвиток можуть і повинні спиратися в необхідних випадках на ОРД, проте є самостійними (і єдино можливими) способами отримання й оцінки доказів у справі. Саме органи розслідування й суд самостійно визначають доказове значення оперативно-розшукової інформації, але не остання диктує закономірності розвитку кримінального процесу»[2].

Слід погодитися з Ю. В. Астаф'євим щодо визначення ролі ОРД у кримінально-процесуальному доказуванні. Водночас позицію вченого щодо впливу матеріалів ОРД на розвиток кримінального процесу,

[1] *Овчинский С. С.* Оперативно-розыскная информация / Под ред. А. С. ОБНИНСКОГО и В. С. Овчинского. — М., 2000.

[2] *Астафьев Ю. В.* Процесс доказывания и оперативно-розыскная деятельность: соотношение и оценка результатов // Российское правовое государство: Итоги формирования и перспективы развития: В 5 ч. — Ч. 5: Уголовное право, уголовный процесс и криминалистика: Материалы Всерос. науч.-практ. конф. Воронеж, 14-15 ноября 2003 года / Под ред. Ю. Н. Старилова. — Воронеж, 2004. — С. 12-13.

його спрямованість і тактику можна визнати правомірною лише на стадіях судового провадження, оскільки на стадії досудового розслідування злочинів, як свідчить практика розслідування кримінальних справ про тероризм, злочини проти держави, окремі господарські та службові злочини та інші злочини, вчинені організованими групами, ОРД відіграє важливу, а інколи й визначальну роль у розвитку кримінального процесу, його спрямованості і тактиці.

Суперечливою нам здається і позиція О. М. Бандурки та О. В. Горбачова щодо визначення ролі ОРД у кримінально-процесуальному доказуванні, які вважають, що «фіксація фактичних даних у ході ОРД в окремих випадках орієнтована на подальше їх використання в кримінальному процесі... У разі передачі деяких з таких документів у розпорядження органу розслідування чи в суд вони можуть бути з цілковитою підставою віднесені до одного з видів джерел доказів — інших документів»[1]. На нашу думку, якщо перша частина цього твердження вчених, яка обґрунтовує роль і значення оперативно-розшукового документування для використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі, заслуговує на підтримку, то прирівнювання матеріалів ОРД до процесуальних доказів є спірним, оскільки процес доказування передбачає активну цілеспрямовану діяльність органів досудового розслідування, що полягає в пошуку, виявленні фактичних даних та їх джерел для подальшого використання їх як доказів у кримінальній справі. Матеріли ОРД, як і будь-які інші фактичні дані та їх джерела, повинні перевірятися й оцінюватися у визначеній кримінально-процесуальним законом формі з позиції взаємозв'язку їх як з подією та іншими обставинами злочину, так і з уже отриманими доказами у кримінальній справі.

Виявленні в ході пошуку фактичні дані та їх джерела підлягають ретельній і всебічній перевірці, оцінці та процесуальному оформленню (закріпленню), за результатами чого вони можуть бути визнані доказами у кримінальній справі. Цей елемент отримання доказів полягає у дослідженні як змісту фактичних даних, так і їхніх джерел, їх аналізі й зіставленні з уже наявними у кримінальній справі доказами. Перевірка фактичних даних та їх джерел може здійснюватися шляхом отримання нових доказів, які прямо чи побічно підтверджують або спростовують вірогідність наявних фактичних даних та їх джерел.

[1] *Бандурка А. М., Горбачев А. В.* Оперативно-розыскная деятельность: правовой анализ. —- Киев, 1994. — С. 84.

Вона є перевіркою лише щодо фактичних даних та їх джерел, які підлягають перевірці; для доказів, за допомогою яких перевіряються ці фактичні дані та їх джерела, вона може бути засобом їх отримання. Перевірці фактичних даних та їх джерел, як правило, передує їх попереднє дослідження для уточнення їх змісту, яке з процесу їх перевірки виділяється умовно для уточнення механізму їх отримання. Перевірка фактичних даних та їх джерел здійснюється за загальними правилами. Отже, перевірка фактичних даних та їх джерел здійснюється як шляхом їх порівняльного аналізу з наявними у справі доказами, так і шляхом пізнавально-перетворювальної практичної діяльності (проведення слідчих дій та ОРЗ).

Роль матеріалів ОРД у перевірці отриманих процесуальним шляхом фактичних даних та їх джерел полягає в тому, що такі фактичні дані можуть бути зіставлені з тими, які містяться в цих матеріалах. Окрім того, в ході досудового розслідування особа, в провадженні якої перебуває кримінальна справа, відповідно до ч. 3 ст. 65 КПК України та п. 2 ч. 1 ст. 7 Закону про ОРД вправі доручити підрозділам, що здійснюють ОРД, провести ОРЗ та використати оперативно-розшукові засоби для отримання фактичних даних, які можуть бути використані як докази і за допомогою яких може бути здійснена перевірка наявних у кримінальній справі фактичних даних та їх джерел. У свою чергу, вірогідність матеріалів ОРД може бути перевірена процесуальними засобами.

Процесуальній оцінці підлягають як фактичні дані та їх джерела, так і конкретний отриманий доказ та їх сукупність. Це розумова діяльність усіх суб'єктів доказування по визначенню належності, допустимості, достовірності й достатності фактичних даних та їх джерел для визначення можливості надання їм статусу певного доказу, а також отриманих доказів. Хоча перевірка й оцінка є стадіями того самого етапу доказування, за своїм змістом вони не збігаються. Якщо перевірка поряд з розумовою діяльністю передбачає здійснення пізнавально-практичних дій, то оцінка — діяльність винятково розумова, що полягає у сукупності логічно-пізнавальних операцій, виражених в оцінних судженнях про наявність факту вчинення злочину, про причетність певної особи до його вчинення, про належність та допустимість використання тих чи інших фактичних даних як доказів у кримінальній справі, про достатність певних доказів для обґрунтування відповідних процесуальних рішень тощо.

Оцінка фактичних даних для визнання їх доказами у справі має місце на всіх етапах (стадіях) доказування. На наш погляд, традиційне ставлення до оцінки доказів потребує уточнення. Навряд чи логічно говорити про належність або допустимість доказів, як це має місце в сучасній теорії доказового права[1]. Вказані категорії можуть скоріше стосуватися фактичних даних та їх джерел, оскільки, якщо вони є недопустимими чи неналежними, то не можуть бути доказами у кримінальній справі. Таким чином, перевіряються й оцінюються не докази. Останні — підсумок аналізу фактичних даних та їх джерел. Тому доцільно вести мову про перевірку й оцінку фактичних даних у процесі отримання доказів особами, у провадженні яких перебуває кримінальна справа/Таке розуміння процесу доказування, на наш погляд, визначає роль матеріалів ОРД у доказуванні на етапі отримання доказів.

Оцінюючи фактичні дані та їх джерела, які містяться в матеріалах ОРД, з точки зору належності та допустимості їх визнання доказами у кримінальній справі, слід виходити з того, що будь-який злочин, як і особа, що його вчинила, є індивідуальним, має свої особливі прояви, що й визначає конкретний зміст фактичних даних, які в кожній кримінальній справі належить установити з метою її правильного вирішення. Отже, належність фактичних даних і їх джерел визначається складом певного злочину, його ознаками і тими обставинами, що мають місце у кожній конкретній кримінальній справі. Це питання має суб'єктивний характер, його вирішення — в компетенції особи, у провадженні якої перебуває кримінальна справа.

Належність до кримінальної справи як властивість доказів має вирішальне значення, тому оперативний працівник, перш ніж вирішувати питання про надання матеріалів ОРД слідчому, чи слідчий, перш ніж вирішувати питання про можливість використання таких матеріалів для отримання доказів у кримінальній справі, повинні визначити їх належність до предмета доказування у кримінальній справі

Див. *Мосесян Г. С.* Оценка доказательств в советском уголовном процессе (основные вопросы): Автореф. дне. ... канд. юрид. наук. — Харьков, 1965. — С. 5-6; *Белкин Р. С.* Собирание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы. — М., 1966. — С. 66-67; Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н. В. Жогин. — М., 1973. — С. 228-256; *Сибилева Н. В.* Допустимость доказательств в советском уголовном процессе.— Киев, 1990.; *Кипнис Н. М.* Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. — М., 1995; *Золотых В. В.* Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе.— Ростов-на-Дону, 1999; *Орлов Ю. К.* Основы теории доказательств в уголовном процессе: Науч.-практ. пособие. — М, 2001. — С . 40-57; та ін.

чи можливість їх використання в організаційно-тактичних цілях при прийнятті рішень про порушення провадження у кримінальній справі, проведення слідчих та інших процесуальних дій тощо. Аналіз оперативно-слідчої практики свідчить про те, що в багатьох випадках, саме порушуючи принцип належності, оперативні працівники надають слідчим матеріали ОРД, які не лише не мають відношення до предмета доказування й не можуть бути використані не тільки для отримання доказів у кримінальній справі, а й в організаційно-тактичних цілях для проведення відповідних слідчих дій тощо. Такі матеріали нерідко відволікають слідчого від слідства, призводять до того, що слідчі витрачають багато процесуального часу даремно, досліджуючи їх. Тому нагальною є проблема підвищення фахового юридичного рівня оперативного й керівного складу підрозділів, що здійснюють ОРД.

Якщо належність доказів являє собою внутрішньо притаманну їм властивість, що характеризує їх об'єктивний інформаційний зв'язок з обставинами, які підлягають доказуванню у кримінальній справі, то допустимість доказів — це властивість, що характеризує зовнішні умови формування доказів, механізм залучення фактичних даних та їх джерел до кримінального процесу. Вимога допустимості доказів є настільки важливою з позиції захисту прав і інтересів особи, що знайшла своє закріплення в ч. 3 ст. 62 Конституції України, в якій зазначається: «Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом».

З урахуванням цих зауважень вважаємо, що серед умов допустимості використання матеріалів ОРД для отримання фактичних даних та їх джерел, які можуть бути доказами у кримінальній справі, слід розрізняти: 1) дотримання вимог до порядку проведення ОРЗ; 2) дотримання вимог до порядку введення матеріалів ОРД у кримінальний процес; 3) дотримання вимог перевірки й оцінки матеріалів ОРД у ході розслідування злочинів та їх судового розгляду в умовах змагального кримінального процесу. Порушення цих умов ставить під сумнів, а в деяких випадках виключає можливість використання матеріалів ОРД для отримання фактичних даних та їх джерел, що можуть бути використані як докази у кримінальній справі.

Дотримання порядку проведення ОРЗ, установленого Законом про ОРД, що включає встановлення підстав, законності, виду й суб'єктів, що брали участь у його проведенні, є основною умовою допустимості використання отриманих матеріалів ОРД у розслідуванні злочинів. Порушення цього порядку унеможливлює використання таких матеріалів для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальних справах. Особливо це стосується проведення ОРЗ, які встановлені законом в імперативній формі. Так, наприклад, проведення ОРЗ, що обмежують конституційні права громадян на таємницю листування, телефонних розмов, поштових, телеграфних та інших повідомлень, переданих по мережах електронного і поштового зв'язку, а також право на недоторканність житла, допускається на підставі судового рішення, прийнятого за поданням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника (ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД), і за наявності достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою ОРЗ і засобів, про: 1) злочини, що готуються або вчинені невстановленими особами; 2) осіб, які готують або вчинили злочин; 3) осіб, які переховуються від органів розслідування, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання; 4) безвісно відсутніх осіб; 5) розвідувально-підривну діяльність спецслужб іноземних держав, організацій та окремих осіб проти України; 6) реальну загрозу життю, здоров'ю, житлу, майну працівників суду і правоохоронних органів у зв'язку з їх службовою діяльністю, а також осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, членів їх сімей та близьких родичів з метою створення необхідних умов для належного відправлення правосуддя; співробітників розвідувальних органів України у зв'язку із службовою діяльністю цих осіб, їх близьких родичів, а також осіб, які конфіденційно співробітничають або співробітничали з розвідувальними органами України, та членів їх сімей з метою належного здійснення розвідувальної діяльності (п. 1 ч. 1 ст. 6 Закону про ОРД).

Відсутність судового рішення і вказаних підстав до проведення зазначених заходів тягне за собою недопустимість використання їх результатів у розслідуванні злочинів. При цьому слід зазначити, що питання про допустимість матеріалів ОРД до кримінального процесу повинно вирішуватися не лише в ході кримінального судочинства, а й ще на більш ранніх етапах (при проведенні ОРЗ та при прийнятті рішення про реалізацію матеріалів ОРД). Так, наприклад, у кримінальній справі за обвинуваченням Л. у вчиненні злочинів, передбачених ч. 3 ст. 168 і ч. 1 ст. 254 КК України (у ред. 1960 р.), фактичні дані про вимагання обвинуваченим Л. у потерпілого П. хабара, які переконливо свідчили про обставини вчиненого ним злочину, не визнані доказами у зв'язку із тим, що оперативно-розшуковий підрозділ здійснив зняття інформації з каналів зв'язку з грубим порушенням вимог

чинного закону (дозвіл на проведення цього заходу дав неправомочний суб'єкт)[1].

Умова допустимості використання матеріалів ОРД для отримання фактичних даних та їх джерел, що можуть бути використані для отримання доказів у кримінальних справах, полягає в дотриманні вимог порядку введення матеріалів ОРД до кримінального процесу[2]. З метою введення матеріалів ОРД до кримінального судочинства, на наш погляд, може використовуватися весь арсенал процесуальних засобів отримання доказів: слідчі дії; витребування предметів і документів; вимога про проведення ревізій; прийняття відповідних предметів та документів, наданих учасниками процесу й іншими особами; доручення оперативно-розшуковому підрозділу особою, в провадженні якої перебуває кримінальна справа, проведення ОРЗ чи використання відповідних засобів для отримання фактичних даних, які можуть бути використані для отримання доказів (ст. 66 КПК України).

На стадії порушення провадження у кримінальній справі матеріали ОРД для подальшого використання їх для отримання доказів можуть бути отримані через відповідні приводи до порушення провадження у кримінальній справі (ч. 1 ст. 94 КПК України) та перевірочні заходи (в тому числі й оперативно-розшукового характеру), властиві цій стадії процесу (ст. 97 КПК України). При цьому обов'язком оперативно-розшукових підрозділів та їх посадових осіб є дотримання правил конспірації, які виключають розголошення джерел, форм і методів ОРД.

Дотримання вимог до перевірки й оцінки матеріалів ОРД як умова допустимості використання їх для отримання фактичних даних та їх джерел, що можуть бути використані як докази у кримінальній справі, передбачає їх змістовне дослідження. Використання цих матеріалів залежить від форми їх зовнішнього вираження, оскільки й усні відомості, задокументовані в матеріалах ОРД у встановленій відомчими нормативними актами формі, і предмети й документи, що містяться в матеріалах ОРД, і матеріальні носії результатів застосування оперативно-технічних засобів (відео- й аудіозапис, кіно- й фотозйомка тощо) з метою оперативно-розшукового документування протиправної діяльності мають свої особливості використання для отримання конкретних видів доказів у кримінальній справі. При використанні матеріалів ОРД

[1] Кримінальна справа № 1-65/00 за обвинуваченням Л. за ч. 3 ст. 168 і ч.І ст. 254 КК України (у ред. 1960 р.) // Архів військової прокуратури Харківського гарнізону.

[2] Про порядок введення матеріалів ОРД до кримінального процесу докладно див. § 2 розділу 2 цієї роботи.

для отримання фактичних даних, що можуть бути використані як докази у кримінальній справі, має значення й можливість розшифрування джерел, за допомогою яких отримані ці матеріали. Матеріали ОРД, джерела яких не підлягають розшифровці, можуть бути використані лише як орієнтуюча інформація. Це може бути інформація: 1) що орієнтує слідчого про дії і поведінку осіб, причетних до розслідуваної події; 2) що орієнтує слідчого про місцезнаходження об'єктів, які мають значення для справи; 3) що міститься в матеріальних утвореннях.

До інформації, що орієнтує слідчого про дії і поведінку осіб, причетних до розслідуваної події, належать відомості про злочинну діяльність підозрюваних і обвинувачених, про дії інших осіб з приховання вчинених злочинів, протидії розслідуванню, про осіб, предмети й документи, що можуть стати джерелами зазначених відомостей. На підставі цієї інформації можуть визначатися основні напрямки розслідування, висуватися версії про особу ймовірного злочинця, визначатися черговість слідчих дій тощо. Важливим завданням при цьому залишається пошук шляхів наділення орієнтуючої інформації процесуальною формою.

Інформація, що орієнтує слідчого про місцезнаходження об'єктів, які мають значення для справи, може використовуватися при ухваленні рішення про обшук, виїмку, накладення арешту на майно, накладення арешту на поштово-телеграфну кореспонденцію, відтворення обстановки й обставин події.

Інформація, що міститься в матеріальних утвореннях, також може використовуватися як безпосередньо, так і за допомогою спеціальних досліджень у багатьох зазначених вище цілях. З урахуванням того, що джерела її одержання не можуть бути розшифровані, слід дотримуватися правила, відповідно до якого вилучення матеріальних об'єктів при проведенні ОРЗ повинне визнаватися неприпустимим, якщо є необхідні правові передумови для їх одержання кримінально-процесуальними способами. Офіційність і гласність останніх обумовлює можливість використання отриманих об'єктів у доказуванні у кримінальній справі. В іншому випадку така можливість буде втрачена[1].

Матеріали ОРД, джерела яких можуть бути розшифровані, допускаються для безпосереднього використання в розслідуванні злочинів, у тому числі й для отримання фактичних даних та їх джерел, що

[1] Див.: *Белкин Р. С.* Курс советской криминалистики: Учебник: В 3 т. — М., 1979. — Т. 3: Криминалистические средства, приемы и рекомендации. — С. 404-405.

Д положеГ J S f m i ЯК ДоКаЗИ У к Р имінальній сп Раві, відповідно казів ґви України, які регламентують порядок отримання до-Загяп^и ЯВЛЄННЯ, пе Р е вфку й оцінку фактичних даних та їх джерел), кретаих УМ.В0ЮД0Пустимості матеріалів ОРД для отримання конїх сліп ВИДІ-В Д0Казів є Дотримання встановленого порядку надання розслід™ И М0ЖЛИВІСТЬ.перевірки та оцінки як у ході досудового що визн аННЯ, ТаК I ПІД ЧЗС С УД0В0Г0 Розгляду справи за ознаками, жання ТЬ ДОПустимість Доказів у кримінальному процесі: одерcnornR^.oКаЗу належним суб'єктом, з належного джерела, законним способом і у встановленому належному порядку.

ристан ° f МНИМ У с УД ов:ій практиці є питання про допустимість вико-ОРД R фаКТИЧНИХ даних та їх джерел як доказів, отриманих у ході пропесу ИХОДЯЧИ 13 ЗаСаД доказового права, учасники кримінального яких Мають право заявити клопотання про витребування будь-nr3nv МаТеРіаJ1В .РД У ЗВ,ЯЗК У 3 Дослідженням у ході судового роз-право -аВИ ДоКаЗ1В, ЩО'були сформульовані на їх підставі. Таке Проте Є i В .УДУ, У провадженні якого перебуває кримінальна справа. УКПИ аНаЛ13 с УДово-слідчої практики використання матеріалів ОРД штан НаЛьН.МУ Пр0Цесі свідчить про неврегульованість окремих о ят ^, Щ. уСКЛА Д нює процедуру їх вирішення й негативно ПОІРІПчаться на судово-слідчій практиці.

захиснИ Н аПриклад, У кримінальній справі за обвинуваченням Щ. і Л. постан™ I Заявив лопотання про прилучення до матеріалів справи мовам °Л И Про проведення, негласного контролю за телефонними рдзвують И" " З Метою з'ясування законності підстав, що обгрунтопілз Ь^.Г0 п Р ове Дення, переконання в тому, що саме з телефону його вини ХИЄН0Г.Л, БУЛА ЗНЯТА і н Ф 0 Рм а Ц ія, та для усунення протиріч, що икли у ході судового розгляду справи. На запит Московського расті X °УДУМ, Харкова Управлінням СБ України в Харківській обла-та Харківським апеляційним судом було відмовлено в наданні та-і постанови районному суду з посиланням на те, що вона становить державну таємницю. Це мало негативні наслідки для законного й обгрунтованого вирішення кримінальної справи. По-перше, процедура р шення цього питання більше ніж на два місяці затягнула судовий розгляд кримінальної справи за обвинуваченням Щ. і Л., які перебуваmimc ЦЄИ Ч ТТ ПЩ Вартою, чим б У ли необгрунтовано порушені права крим Г НИХ ~ Друге, необгрунтовано були затягнуті строки розгляду Р нальної справи. По-третє, відмова в наданні суду постанови про роведення негласного контролю за телефонними розмовами Л. причвела до того, що фактичні дані, отримані в ході проведення ОРД, судом не були визнані доказами у кримінальній справі, у результаті чого З чотирьох епізодів обвинувачення підсудним Л. і Щ. було інкриміновано лише один[1].

Аналогічно було вирішено питання й у кримінальній справі за обвинуваченням К. і Ш. Фактичні дані, які були отримані в результаті контролю за їх телефонними розмовами, а також за їх листуванням, що підтверджували обставини незаконного переміщення через митний кордон наркотичних засобів обвинуваченими, Харцизьким міським судом Донецької області не визнані доказами з причин неможливості встановлення законності проведення цих ОРЗ, оскільки апеляційним судом Донецької області було відмовлено Харцизькому районному суду в наданні постанови на проведення зазначених заходів з посиланням на її таємність.

Слід зазначити, що саме законність підстав для проведення ОРЗ оспорювали обвинувачені та їх захисники у досліджуваних нами кримінальних справах. Тому рішення Московського районного суду М.Харкова та Харцизького районного суду Донецької області у цих справах щодо невизнання зазначених матеріалів ОРД доказами, на нашу думку, є правомірними, оскільки суди, керуючись принципом безпосередності, повинні були безпосередньо дослідити допустимість формування зазначених доказів, однак можливості такої не мали. Виходячи із засад доказового права суд має перевіряти підстави проведення ОРЗ, результатом якого є зазначені матеріали, які використовуються для отримання доказів у кримінальній справі, умови проведення такого заходу й правильність фіксації результатів, щоб дати оцінку їх вірогідності, дотриманню гарантій прав і законних інтересів громадян у процесі його проведення.

У цьому зв'язку, на наш погляд, заслуговує критичного аналізу позиція Верховного Суду України, викладена у відповідному листі його Голови від 24 жовтня 2001 р. про те, що «у разі коли матеріали, одержані у процесі здійснення оперативних заходів, приєднуються до кримінальної справи в якості доказів, голова апеляційного суду чи його заступник видає слідчому не постанову, яка була прийнята на здійснення того чи іншого заходу, а довідку про те, що такий дозвіл судом надавався». Така вказівка Верховного Суду апеляційним судам

[1] Кримінальна справа № 1-118/04 за обвинуваченням Щ. і Л. за ч. 2 ст. 309 КК України // Архів Московського районного суду м. Харкова.

тдставно^всупереч засадам доказового права надає їх постанові на р ння РЗ, що обмежують права громадян, преюдиційний хара-
р. ашу думку, така позиція не може бути виправданою й вимо-
много Діловодства, оскільки і в Законі України «Про державну таємницю», і в пілзяк-гл,„„ - •
„. . ' "WWKOHHHX актах це питання знайшло своє вирішення.
зазначених матеріалів ОРД становлять державну таємницю лише на час пповелени„ *глъо* • • • ,-
тені в ^ иьс Д е н н я ОРЗ, після ж їх проведення вони повинні бути
У стано вленому законом порядку. З цього приводу у відомчих нормативних ат, . ;
F ««пивних актах зазначається, що у разі передачі документів щодо надання дозволу суду на проведення оперативно-технічних заходів, а також матеріалів, одержаних під час їх проведення, для використання у кримінальному судочинстві, зняття з них грифу секретності здійснюється у порядку, встановленому Законом України «Про державну таємницю», про що також інформується суд. Якщо ма-
р < , отримані в ході застосування оперативно-технічних засобів, містять дані, що ™ н п п „ • і
, щи сшновлять державну таємницю, і зняти гриф секрет-
н ті з них неможливо, вони можуть направлятися для приєднання
и до кримінальних справ, провадження яких ведеться з дотриманням вимог режиму секретності.

иходячи з цього, на нашу думку, необгрунтовано у спосіб, що рекомендується у листі від 24 жовтня 2001 р. Голови Верховного Суду країни, чинити перепону для дослідження доказів, отриманих на підставі фактичних даних, що здобуті у ході проведення ОРЗ, оскільки цс негативно позначати „ • *
злапається на процесі використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі й нерідко призводить до того, що такі матеріали правомірно не визнаються доказами у суді. Така практика не сприяє прийняттю у справі законних і справедливих рішень. Так, здійснений нами аналіз постанов Харківського апеляційного суду, які були ітрииняті протягом 2002-2006 рр. на проведення ОРЗ, передбачених акону про ОРД, д а є підстави для висновку, що такі постанови після реалізації оперативно-розшукової справи не можуть бути відені до відомостей, які становлять державну таємницю. У цих постановах не розкриваються форми і методи ОРД, а інформація про інтерес до осіо (об'єктів оперативно-розшукових справ) з боку відповідних оперативно-розщу Кових підрозділів стає їм відома з довідки суду, що надається слідчому на його запит про надання дозволу суду на проведення відповідних ОРЗ.

важаючи на зазначене, вважаємо, що більш обґрунтованим і таким, яке відповідає засадам доказового права, законодавству про ОРД

й не суперечить Закону України «Про державну таємницю», є таке положення, яким слід доповнити відповідні відомчі нормативні акти Верховного Суду України, Генеральної прокуратури України та відомств, уповноважених на здійснення ОРПД: «постанова судді на проведення оперативно-розшукового заходу, що обмежує права людини, надається слідчому чи суду в разі їх запиту для залучення до кримінальної справи, яка перебуває в їх провадженні». Цим положенням доцільно доповнити і Закон про ОРД,

Матеріали ОРД, надані для введення в кримінальний процес для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, оцінюються за загальними правилами оцінки доказів. Особливість їх оцінки полягає в тому, що при оцінці фактичних даних, отриманих у ході ОРД, орган дізнання, слідчий, прокурор чи суд повинні додатково з'ясовувати також і такі питання: чи відповідають оперативно-розшукові заходи меті і завданням ОРД (ст. 1 Закону про ОРД); чи уповноваженим на це суб'єктом ОРД проведені оперативно-розшукові заходи (ст. 5 Закону про ОРД); чи передбаченими законом заходами отримані матеріали ОРД (ст. 8 Закону про ОРД); чи були передбачені законом підстави для проведення оперативно-розшукових заходів (ст. 6 Закону про ОРД); чи у встановленому порядку проведені оперативно-розшукові заходи (статті 8, 9, 9^1, 9^2 Закону про ОРД); чи у встановленому порядку оформлені результати оперативно-розшукових заходів.

Деякі правники вважають, що матеріали ОРД — це фактичні дані, які самі по собі доказами не є, однак для «допуску» їх у кримінальний процес потрібна лише низка умов, передбачених кримінально-процесуальним законом. Основною перешкодою їх прямого використання як доказів, на їх думку, є регламентування в кримінально-процесуальному законі порядку «збирання» доказів[1].

Уявляється, що посилання на термінологію закону, як цілком слушно зазначає Ю. В. Астаф'єв, не єдина підстава, що перешкоджає прямому використанню матеріалів ОРД у кримінальному процесі[2].

[1] Оперативно-розыскная деятельность: Учебник / Под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, А. Ю. Шумилова. — М., 2001. — С. 548-555.

[2] *Астафьев Ю. В.* Процесс доказывания и оперативно-розыскная деятельность: соотношение и оценка результатов // Российское правовое государство: Итоги формирования и перспективы развития: В 5 ч. — Ч. 5: Уголовное право, уголовный процесс и криминалистика: Материалы Всерос. науч.-практ. конф. Воронеж, 14-15 ноября 2003 года / Под ред. Ю. Н. Старилова. — Воронеж, 2004. — С. 7-21.

Умови отримання матеріалів ОРД, специфічна форма їх отримання, що обумовлюють їх правову природу, як вже нами зазначалося, не дозволяють прирівнювати їх до процесуальних доказів. Тому, закріплюючи термін «збирання доказів» (який нами пропонується в КПК України замінити на термін «отримання доказів»), закон підкреслює тим самим особливості саме процесу доказування, у тому числі й в аспекті використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства. Самі по собі матеріали ОРД не можуть бути доказами у кримінальній справі, проте за певних умов вони стають інформаційною основою для появи процесуальних доказів як підсумок сумісної кропіткої роботи підрозділів, що здійснюють ОРД, та інших органів кримінального переслідування. Якби збиралися вже «готові» докази, то не було б сенсу в перевірці їх на відповідність тим критеріям, які до них ставляться (належності, допустимості). Об'єктивно існуючі фактичні дані та їх джерела можуть набути статусу доказів лише після їх процесуальної перевірки, оцінки й закріплення. Докази при цьому не формуються ні підрозділами, що здійснюють ОРД, ні органами досудового розслідування. Вони — підсумок пізнавально-перетворювальної практичної процесуальної діяльності що здійснюється особами, в провадженні яких перебуває кримінальна справа. Підрозділи, що здійснюють ОРД, в отриманні доказів відіграють лише допоміжну, проте в окремих випадках невід'ємну роль, а матеріали ОРД при цьому є інформаційною основою процесуальних доказів.

Змістом доказів є не матеріали ОРД, не фактичні дані, що містяться в цих матеріалах, а фактичні дані, отримані в ході процесуальної діяльності, в тому числі й на підставі фактичних даних, що містяться в матеріалах ОРД.

З огляду на зазначене, необгрунтованими є, на наш погляд, концепції використання матеріалів ОРД у доказуванні, запропоновані В. К. Знікіним та М. П. Поляковим, спільним для яких є допустимість використання матеріалів ОРД як доказів у кримінальному процесі.

Слід звернути увагу й на те, що і В. К. Знікін, і М. П. Поляков безпідставно, на наш погляд, вважають, що докази, які використовуються у кримінальному процесі, можуть за певних умов «бути отримані (створюватися)» і в ході ОРД суб'єктами цієї ж діяльності.

Концепція В. К. Знікіна грунтується на «використанні системного підходу у визначенні співвідношення та взаємозв'язку ОРД і кримінального процесу як системи і як процесу»[1]. її сутність полягає в тому, що, на думку автора, «використання моделі, а також запропонованих принципів і основних понять (які пропонує В. К. Знікін. — *М. П.)* переходу надлишкової (кількості) фактичної оперативної інформації в достатність (якість) кримінально-процесуальних доказів дозволяє при подачі на вхід системи ОРД фактичної оперативної інформації отримувати на виході результати, що претендують на роль кримінально-процесуальних доказів»[2]. З погляду вченого, «результати ОРД не тотожні кримінально-процесуальним доказам, проте можуть бути такими в разі їх високої якості (достовірності, належності, допустимості й достатності)»[3].

Запропонована М. П. Поляковим концепція полягає в тому, що підготовку оперативно-розшукової інформації до повної формально-доказової готовності (до рівня достовірного інформаційного продукту) доцільно робити в межах ОРД. На думку правника, оскільки ОРД є «обов'язковим елементом кримкогнітивної системи, то правила про допустимість оперативно-розшукової інформації як кримінально-процесуальних доказів повинні бути внутрішньосистемними».

Внутрішньосистемні правила, на переконання правника, зберігають всі атрибутивні властивості допустимості— джерело, спосіб, суб'єкт. Від кримінально-процесуальних правил вони відрізняються лише за внутрішнім змістом елементів. Крім того, науковцем пропонується «довірити тест на допустимість всім учасникам, що рухають кримінальний процес (в тому числі й оперативними працівникам — *М. П.),* а не лише, наприклад, слідчому». Виходячи з цього, вчений рекомендує застосовувати правила про допустимість результатів ОРД у кримінальний процес не на початковому етапі входження оперативно-розшукової інформації в «тіло» розслідування, а на останній стадії виготовлення інформаційного продукту під назвою «результат ОРД». Іншими словами, правила про допустимість результатів ОРД, з погляду правознавця, повинні бути дотримані вже в ході провадження ОРЗ. А це, на його думку, можливо лише у випадку сприйняття ідеї, що ОРД є «технологією виробництва достовірного інформаційного продукту»[4].

[1] *Зникин В. К.* Теоретические и прикладные вопросы основы взаимосвязи оперативно-розыскной деятельности и уголовного процесса в вопросах доказывания: Автореф. дис…. д-ра юрид. наук. — Красноярск, 2004. — С. 8.

[2] Там само. — С. 9.

[3] Там само. — С. 16.

[4] *Поляков М. П.* Уголовно-процессуальная интерпретация резу.н.іатов оперативно-розыскной деятельности: Автореф. дис…. д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 2002. — С. 16.

Надання матеріалам ОРД апріорі статусу доказів, на нашу думку, суперечить і принципу безпосередності, який полягає в тому, що особа, яка веде провадження у справі, зобов'язана особисто досліджувати докази (сприймати фактичні дані та їх джерела, перевіряти й оцінювати їх), обґрунтовувати свої рішення на доказах, які досліджені нею особисто, використовувати первісні докази, крім випадків, ' коли останні отримати неможливо[1]. Тому визнати доказами «достовірний інформаційний продукт», отриманий усередині ОРД, який не пройшов відповідної перевірки у встановленій процесуальній формі, на наш погляд, є не лише необгрунтованим, а й незаконним. Як слушно зазначає С. А. Шейфер, найважливішим принципом доказового права є можливість перевірки (верифікованість) фактичних даних. У силу універсальності цієї вимоги відомості невідомого походження, а значить, і результати негласних ОРЗ, не можуть бути визнані доказами[2]. До цього слід додати, що можливості перевірки мають відповідати не лише фактичні дані, а й їх джерела.

Враховуючи зазначене, необгрунтованою, на наш погляд, є позиція тих вчених, які допускають, що на практиці цілком можливі ситуації, коли «для оцінки доказового значення, належності й вірогідності інформації, що несе певний предмет чи документ, питання про те, ким, коли, де і за яких обставин він добутий, є безвідносним, позбавленим сенсу і тому виходить за межі необхідності як слідчого, так і судового дослідження»", або вважають доцільним перейти в теорії доказування від «простежування генезису доказової інформації до доказування її тотожності» в тих випадках, коли це можливо й необхідно , або, пропонуючи свій варіант реалізації об'єктів речового походження, отриманих у ході ОРД, у процесі доказування, висловлюють думку, що «належність доказів може бути визначена тут шляхом доказування їх «тотожності» зі злочинною подією і діями визначеної особи, минаючи

' *Лившиц В. Я.* Принцип непосредственности в советском уголовном процессе. — М.-JL, 1949. — С. 57; *Шундиков В. Д.* Принцип непосредственности при расследовании и рассмотрении уголовного дела.— Саратов, 1974.— С. 19-20; *Мірошниченко Т. М., Філін Д. В.* Система принципів кримінального процесу: Конспект лекції. — Х.,1995. — С . 28-29.

[2] *Шейфер С. А.* Доказательственные аспекты закона об оперативно-розыскной деятельности // Гос-во и право. — 1994. — № 1. — С. 100.

[3] *Безлепкин Б. Т.* Проблемы уголовно-процессуального доказывания // Советское гос-во и право. — 1991. — №8. — С . 101.

[4] *Томгт В. Т.* Острые углы уголовного судопроизводства. — М., 1991. — С. 215.

посередні ланки у формуванні доказу»[1], або вважають, що матеріали ОРД можуть мати значення доказу «в особливих, виняткових випадках, коли процесуальне дублювання неможливе. Це стосується одержання предметів чи документів оперативним шляхом, а також використання як доказів рапортів і пояснень. У тому числі осіб, допитати яких як свідків неможливо»[2].

Не можна погодитися і з Ю. В. Астаф'євим, що фактичні дані, отримані в ході ОРД, набувають статусу доказів тільки через доказову оцінку і що лише докази— це підсумок тривалого процесу аналізу фактичних даних , оскільки в такому разі доказування зводиться тільки до суто розумової діяльності, яка насправді є лише його частиною поряд з практичною пізнавально-перетворювальною діяльністю.

У цьому контексті переконливою є думка Є. О. Долі, який пише, що результати ОРД за жодних умов не можуть розглядатися й застосовуватися як докази. «У доказуванні використовуються не ті фактичні дані, які були добуті в результаті оперативно-розшукової діяльності, а інші фактичні дані, які отримані в межах кримінально-процесуальної діяльності по збору (точніше, формуванню) доказів. Ось вони і створюють зміст доказів у кримінальному процесі»[4].

Виходячи з зазначеного можна зробити висновок, що надання матеріалів ОРД, у яких містяться фактичні дані та їх джерела чи дані про ці джерела, особі, яка веде кримінальний процес, ще не вирішує питання про введення їх у кримінальну справу та надання їм статусу процесуальних доказів. Для цього необхідно, щоб така особа здійснила їх пізнання у формі доказування, що полягає у пошуку і виявленні (вилученні) фактичних даних та їх джерел, їх перевірці, оцінці за своїм внутрішнім переконанням, яке повинно формуватися на підставі всебічного і повного дослідження всіх обставин справи в їх сукупності,

' *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М., 1991. — С. 120.

[2] *Тесников А. И.* Оперативно-розыскное обеспечение уголовного судопроизводства о преступлениях, совершенных организованными группами: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Воронеж, 2002.

[3] *Астафьев Ю. В.* Процесс доказывания и оперативно-розыскная деятельность: соотношение и оценка результатов // Российское правовое государство: Итоги формирования и перспективы развития: В 5 ч. — Ч. 5: Уголовное право, уголовный процесс и криминалистика: Материалы Всерос. науч.-практ. конф. Воронеж, 14—15 ноября 2003 года / Под ред. Ю. Н. Старилова. — Воронеж, 2004. — С. 7-21.

ДоляЕ. А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. — М, 1996. — С. 69-70.

процесуальному оформленні (закріпленні) й наданні їм статусу відповідного доказу у кримінальній справі.

Прогресивною в цілому є концепція використання матеріалів ОРД у доказуванні, яку запропонували вітчизняні правники Ю. М. Грошевий, Е. О. Дідоренко, Б. Г. Розовський та ін., що полягає у «процесуалізації ОРД», у «наданні частині ОРД процесуального статусу, регламентації в КПК процесуальних гарантій законності й обґрунтованості, та прозорості одержання результатів Проведення оперативно-розшукових заходів»[1], проте вона, на наш погляд, потребує удосконалення, її реалізація може бути здійснена лише за умов кардинальної перебудови кримінального процесу в напряму розширення змагальності й диспозитивності досудового провадження, зближення розшукової діяльності й досудового слідства, як це має місце в низці західних країн[2] і вже реалізовано у кримінальному процесі окремих пострадянських республік[3], та засад ОРД, оскільки реалізація цієї концепції за сучасної процесуальної форми кримінального процесу може суттєво завадити оперативності підрозділів, що її здійснюють, а це, на наш погляд, не на користь як організації боротьби зі злочинністю, так і захисту прав людини.

З урахуванням науково обґрунтованого поняття доказів у кримінальному процесі як єдності змісту й форми (фактичних даних та їх джерел) можна зробити висновок, що фактичні дані, отримані в результаті ОРД, можуть стати доказами у кримінальній справі лише за наявності таких умов:

1) вони повинні відповідно до ст. 64 КПК України перебувати у причинному зв'язку з предметом доказування, а саме: встановлювати наявність чи відсутність події злочину; винність обвинуваченого у вчиненні злочину й 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;

2) з метою забезпечення достовірності вони повинні допускатися до кримінального процесу лише в джерелах, указаних у ч. 2 ст. 65 КПК України;

3) введення до кримінального процесу фактичних даних, отриманих у результаті ОРД, повинно здійснюватися відповідно до правового режиму, окремого для кожного виду доказів;

4) має бути забезпечена можливість перевірки їх отримання (формування, збирання) в умовах кримінального судочинства.

У цьому контексті заслуговує на підтримку закріплене у ст. 89 нового КПК РФ положення про заборону використання в доказуванні результатів ОРД, якщо вони не відповідають вимогам, що ставляться до доказів кримінально-процесуальним законодавством .

Для визначення ролі ОРД у доказуванні важливим є встановлення його початку й закінчення. У процесуальній літературі висловлено думку, що доказування як одна з форм кримінально-процесуального пізнання відповідно до встановлених законом правил здійснюгться-на всіх стадіях процесу , в тому числі й на стадії порушення провадження у кримінальній справі . Обґрунтовуючи цю точку зору, Л. М. Карнєєва пише, що «в стадії порушення кримінальної справи здійснюється доказування, яке цілком відповідає процесуальному значенню цього поняття», оскільки діяльність, що здійснюється на початковій стадії судочинства, є процесуальною, мета й зміст її передбачені

[1] *Дидоренко Е. А., Кириченко С. А. Розовский Б. Г.* Процессуальный статус ОРД в уголовном судопроизводстве. — Луганск, 2000; *Поляков М. П.* Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Автореф. дис.... д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 2002; *Грошевий Ю, Дідоренко Е., Розовський Б.* Кримінально-процесуальні аспекти оперативно-розшукової діяльності // Право України. — 2003. — С. 73-78; *Розовский Б. Т.* Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: Эссе. — Луганск, 2004. — С. 331-422.

[2] *Гуценко К. Ф., Головко Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесс западных государств. — *Щ* 2002. — С. 103-123, 222-243, 324-362,437-447.

[3] Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова № 122-XV от 14.03.2003 г. // www.agentura.ru, станом на 8.02.07 р.; Уголовно-процессуальный закон Латвии. — BIB «Bizneza informacijas birojs». — Рига, 2005; *Фоченкова Н. А.* Правовое регулирование использования результатов оперативной деятельности в уголовном процессе Литвы // Матер, междунар. науч.-практ. конф., 27-28 января 2005 г.: В 2 ч.— Екатеринбург, 2005. — Ч. 2. — С. 341—347.

[1] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: Официальный текст. — М., 2000. — С. 58.

[2] *Зеленецький В. С.* Пізнання в кримінальному процесі // Радянське право. — 1977. — № 4 . — С . 72.

[3] *Мосесян Г.* С. Оценка доказательств в советском уголовном процессе (основные вопросы): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук.— Х., 1965.-— С. 9-10; *Карнєєва Л. М.* Доказывание при отказе в возбуждении уголовного дела// Советское государство и право. — 1975. — № 2. — С. 96-98; *Кузнецов Н. П.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. — Воронеж, 1983. — С, 5-17; *Він же.* Доказывание и его особенности на стадиях уголовного процесса России: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Воронеж, 1998.— С. 25-26; *Сгпахівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування: Монографія. — К., 2005. — С. 126; та ін.

кримінально-процесуальним законом, окрім того, законодавець дозволяє провадити окремі слідчі дії до порушення провадження у кримінальній справі. До порушення провадження у кримінальній справі слідчі дії провадяться у випадках, коли ознаки злочину виявляють безпосередньо органи дізнання, слідчий, прокурор і суд у процесі провадження в іншій кримінальній справі. Зрештою вчена робить такий висновок: «дані, що 'містяться в поясненнях громадян і посадових осіб, повідомленнях організацій і результатах ревізій, які отримані в стадії порушення кримінальної справи у належній процесуальній формі й відповідають іншим ознакам ст. 16 Основ[1], є доказами... Завдання, що вирішуються на стадії порушення кримінальної справи, і використані при цьому засоби цілком відповідають визначенню доказування, яке здійснюється в процесуальних формах діяльності по збиранню, закріпленню, перевірці й оцінці фактичних даних, необхідних для встановлення істини у кримінальній справі й вирішення завдань кримінального судочинства»[2].

У теорії кримінального процесу висловлюються заперечення, що у стадії порушення провадження у кримінальній справі є доказуванням[3]. Обґрунтовуючи цю точку зору, В. І. Зажицький наводить такі аргументи. Не всяка діяльність, передбачена кримінально-процесуальним законом, є доказуванням. Передбачення законом проведення такої слідчої дії, як огляд місця події, до порушення провадження у кримінальній справі, на його думку, викликане лише нагальною потребою вчасно та негайно знайти й зберегти сліди злочину, а також інші матеріальні об'єкти, що можуть мати доказове значення. В іншому випадку розкриття злочину може бути значно ускладнено. Отже, наявність такої вказівки в законі, на його погляд, не може бути аргументом на користь того, що пізнавальна діяльність, здійснювана при порушенні кримінальної справи, являє собою кримінально-процесуальне доказування[4]. Далі вчений зазначає, що в кримінально-процесуальному законі послідовно проводиться думка про те, що доказування можливе

[1] Відповідає ст. 65 КПК України в ред. 1960 р.

[2] *Карнеева Л. М.* Доказывание при отказе в возбуждении уголовного дела // Советское государство и право. — 1975. — № 2. — С. 96-98.

[3] *Жогин Н. В. Фаткуллин Ф. Н.* Предварительное следствие в советском уголовном процессе. — М., 1965. — С. 20; *Зажицкий В. И.* Уголовно-процессуальное доказывание и другие способы познавательной деятельности в уголовном судопроизводстве // Труды ВКШ КГБ СССР. — 1987. — № 41—42. — С. 342-355; та ін.

[4] *Зажицкий В. И.* Вказана праця. — С. 350.

лише в межах порушеного провадження у кримінальній справі . На наш погляд, така точка зору є непереконливою.

Виходячи з аналізу висловлених науковцями точок зору на проблему доказування у кримінальному процесі, норм кримінально-процесуального законодавства, на підставі теорії пізнання й логіки доходимо висновку, що процесуальне доказування як форма пізнання обставин злочину має місце на всіх стадіях кримінального процесу. Проте на кожній стадії процесу доказування має свою специфіку, яка обумовлюється завданням цих стадії, засобами доказування, процесуальною формою й отриманими результатами, які й визначають характер ролі ОРД у процесуальному доказуванні на цих стадіях процесу.

Доказування на стадії порушення провадження у кримінальній справі суттєво відрізняється від доказування на стадії досудового слідства та судових стадіях, проте немає ніяких підстав ні з гносеологічної, ні з логічної, ні з правової точок зору вважати, що пізнання обставин злочину на цій стадії не є доказуванням. Навпаки, воно має всі ознаки процесуального доказування, хоча й здійснюється у специфічній процесуальній формі з використанням властивих цій стадії засобів пізнання й обґрунтування відповідних процесуальних рішень, що приймаються на цій стадії процесу.

ОРД відіграє важливу роль у доказуванні на всіх його етапах та на всіх стадіях кримінального процесу. Матеріали ОРД, як вже зазначалося, є приводами та підставами для прийняття рішення про порушення провадження у кримінальній справі. Разом із цим результати цього доказування за жодних умов не можуть замінити результати доказування на стадіях досудового провадження та судового розгляду кримінальної справи, оскільки, виходячи з процесуальної форми їх отримання та можливості їх перевірки на стадіях досудового слідства та судового розгляду справи заінтересованими учасниками кримінального процесу, вони мають лише високий ступінь імовірності і не є вірогідними. У зв'язку з цим викликає заперечення прирівнювання за процесуальним значенням, наприклад, пояснень осіб, отриманих на стадії порушення провадження у кримінальній справі, до протоколів їх допиту . На наш погляд, можна погодитися з тими вченими, на думку яких, в окремих випадках, виходячи з обставин справи, таким поясненням

[1] Там само. — С 351-352.

[2] Див.: *Веселовський В. К.* Сучасні проблеми допиту (процесуальні організаційні і тактичні аспекти). — К., 1999. — С. 30-36; *Кузьмічов В. С.* Криміналістичний аналіз розслідування злочинів — К., 2002 — С. 41-42.

може бути наданий статус доказу-документа, у разі встановлення, що фактичні дані, які викладені в цих поясненнях, відносяться до кримінальної справи й погоджуються з іншими наявними в ній доказами, що робить їх достовірними[1]. Такої практики обґрунтовано дотримується й суди[2].

Слід зазначити, що стадія порушення провадження у кримінальній справі має важливе значення для розшукового процесу, який характерний для вітчизняного досудового провадження. її впровадження у кримінальний процес пов'язано, перш за все, із забезпеченням гарантій від необґрунтованого кримінального переслідування. У більшості країн світу, де досудове провадження є змагальним, стадії порушення провадження кримінальної справи не існує[3]. Останнім часом з посиленням змагальності й диспозитивності досудового розслідування кримінальних справ у вітчизняному кримінальному процесі намітилась тенденція до зближення стадій порушення провадження у кримінальній справі й досудового слідства, що закономірно, на наш погляд, приведе до їх злиття, про що свідчить, наприклад, розширення засобів доказування у стадії порушення провадження у кримінальній справі: огляд місця події (ст. 190 КПК); накладення арешту на кореспонденцію, зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187 КПК), огляду і виїмки кореспонденції та дослідження інформації, знятої з каналів зв'язку (ст. 187[1] КПК).

Використання доказів — це процес оперування ними з метою доказування. Він здійснюється для обґрунтування процесуальних рішень у кримінальній справі. Залежно від стадії кримінального процесу, вимог до обґрунтованості таких рішень матеріали ОРД, що містять фактичні дані та відомості про їх джерела, можуть бути або приводами та підставами для їх прийняття, або інформаційною основою для отримання доказів, які можуть бути покладені в обґрунтування таких рішень, або можуть мати лише організаційно-орієнтуюче значення при прийнятті процесуальних рішень. У цьому контексті вважаємо необґрунтованою точку зору О. Г. Птицина, що матеріали ОРД можуть бути підставами «в окремих випадках для віддання до суду осіб, які вчинили злочин»[1], оскільки вона не відповідає сучасним засадам кримінального процесу та ОРД.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що матеріали ОРД, виходячи із засад сучасного доказового права та теорії ОРД, можуть бути засобами доказування на стадії порушення провадження у кримінальній справі, де вони можуть бути використані як підстави для обґрунтування процесуальних рішень (для порушення чи відмови у порушенні провадження у кримінальній справі чи для проведення слідчих та інших процесуальних дій). На стадії досудового слідства та судових стадіях матеріали ОРД не можуть бути безпосередніми засобами доказування, а є лише специфічним засобом кримінально-процесуального пізнання. Особливо велике значення вони мають на цих стадіях на першому етапі доказування, яке полягає у пошуку і виявленні (вилученні) фактичних даних та їх джерел. Проте ОРД не є складовою цього етапу доказування, який є суто процесуальною діяльністю.

Допустимість використання матеріалів ОРД для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, визначається законністю проведення оперативно-розшукових заходів і їх надання слідчому, належністю до предмета доказування, а також можливістю їх перевірки й оцінки отримання всіма учасниками кримінального процесу відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства.

§ 3. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для отримання окремих видів доказів у кримінальній справі

Враховуючи, що докази — це фундаментальна категорія кримінального судочинства, якою обґрунтовуються всі основні процесуальні рішення, в тому числі й ті, які вирішують кримінальну справу по суті, основним напрямком використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства є отримання фактичних даних, які можуть бути використані як докази у кримінальній справі, що обумовлюється визначеними кримінально-процесуальним законом видами процесуальних доказів (ч. 2 ст. 65 КПК України), встановленим процесуальним

Зажщкий В. Объяснение в уголовном процессе // Советская юстиция. — 1992. — № 6. — С. 11; *Чорноус Ю.* Пояснення громадян та протокол допиту: проблеми співвідношення // Право України. — 2005. — № 12. — С. 58-59.

[2] Бюллетень Верховного Суда СССР. — 1988. — № 3. — С. 21.

Гуценко К. Ф., Головко Л. В., Филимонов Б. А. Уголовный процесс западных государств. — М., 2002. — С. 103-104, 331-342,437-440.

[1] *Птщын А. Г.* Основные вопросы теории и практики координации следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий при расследовании хищений, совершенных должностными лицами: Дис. ... канд. юрид. наук. — Харьков, 1969. — С. 96.

порядком їх отримання, видами матеріалів ОРД, які використовуються для отримання певного доказу, й конкретною оперативно-слідчою ситуацією.

При дослідженні питання про використання матеріалів ОРД для отримання доказів у кримінальному процесі ми виходимо з того, що законодавче положення, згідно з яким матеріали ОРД використовуються «для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі» (п. 2 ч. 1 ст. 10 Закону про ОРД), не відповідає концепції розуміння доказів як єдності фактичних даних та їх джерел, якої ми дотримуємося. Виходячи з цього, фактичні дані, отримані в ході ОРД, не можуть бути визнані доказами у кримінальній справі без їх джерел.

У контексті нашого дослідження, говорячи про використання фактичних даних, отриманих у ході ОРД, які можуть бути доказами у кримінальній справі, ми маємо на увазі сукупність фактичних даних їх джерел та процесуальної форми.

Стаття 65 КПК України містить вичерпний перелік видів доказів у кримінальній справі: 1) показання свідка; 2) показання потерпілого; 3) показання підозрюваного; 4) показання обвинуваченого; 4) висновок експерта; 5) речові докази; 6) протоколи слідчих і судових дій; 7) протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами ОРЗ; 8) інші документи.

Поряд із загальним процесуальним порядком отримання доказів у кримінальній справі кримінально-процесуальним законом встановлений і спеціальний правовий режим для отримання кожного з їх видів з урахуванням специфіки, окрім протоколів з відповідними додатками, складених уповноваженими органами за результатами ОРЗ, що забезпечує достовірність кожного з цих видів доказів та можливість перевірки залежності їх отримання всіма учасниками процесу, а також посадовими особами, які здійснюють контроль і нагляд за процесуальною діяльністю, й обґрунтування матеріалами ОРД відповідних процесуальних рішень особами, у провадженні яких перебуває кримінальна справа.

Відсутність у чинному КПК України процесуального порядку отримання таких доказів, як протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами ОРЗ, суттєво ускладнює, а інколи й унеможливлює на практиці їх використання у доказуванні.

Негативно позначається на практиці використання матеріалів ОРД для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, й те, що у чинному Законі про ОРД України, на відміну від аналогічних законодавчих актів країн — колишніх республік СРСР, а також більшості західних країн, немає чітко визначеної системи ОРЗ (вони вказані лише серед прав підрозділів, які здійснюють ОРД, у ст. 8 Закону про ОРД України), й те, що в цьому законі відсутня регламентація їх проведення та оформлення результатів ОРЗ, а це не дає можливості перевірити законність отриманих фактичних даних у ході здійснення ОРЗ засобами кримінального процесу на досудовому провадженні та у судовому розгляді кримінальної справи. В окремих випадках з цієї причини виключається можливість визнання їх доказами у кримінальній справі попри їх доказову цінність.

Плідним, на наш погляд, може бути дослідження питання використання матеріалів ОРД для отримання доказів у кримінальній справі, виходячи із запропонованої нами у § 1 розділу 3 цієї роботи класифікації матеріалів ОРД.

При вирішенні питання про використання матеріалів ОРД для отримання доказів у кримінальному процесі слід виходити із способу їх отримання підрозділами, які здійснюють ОРД, можливості їх розсекречення, їх змісту та характеру, що у свою чергу обумовлює способи та напрямки їх використання в доказуванні, а також конкретного виду доказу, який може бути отриманий у кримінальній справі на їх підставі.

Загальним правилом для отримання процесуальних доказів на підставі будь-яких матеріалів ОРД є відповідність фактичних даних, що містяться в цих матеріалах, вимогам, які ставляться до доказів у кримінальній справі (належність і допустимість), а також можливість дотримання процесуальної форми, встановленої для відповідного виду доказів, отриманих на підставі матеріалів ОРД.

Матеріали ОРД, отримані гласним офіційним шляхом, можуть бути використані у кримінальній справі для отримання будь-якого виду доказів залежно від змісту фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, за які передбачена кримінальна відповідальність, що містяться в цих матеріалах, джерел цих фактичних даних та їх форми.

Матеріали ОРД, у яких містяться відомості про факти та їх джерела, отримані в ході негласних ОРЗ із застосуванням оперативно-розшукових форм та методів, які становлять державну таємницю, можуть бути використані для отримання відповідних доказів у кримінальній справі лише після їх розсекречення у встановлену законом

та відомчими нормативними актами порядку для отримання будь-якого виду доказів залежно від змісту фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, за які передбачена кримінальна відповідальність, характеру їх джерел, що містяться в цих матеріалах, та форми.

У ситуації, коли неможливо розсекретити такі матеріали у зв'язку з недоцільністю розшифрування форм та методів ОРД, що становлять державну таємницю, неможливістю забезпечення безпеки осіб, які брали участь в ОРД та можуть бути допитані як свідки у кримінальній справі чи взяти участь у проведенні інших слідчих дій, а також з недоцільністю розголошення конфіденційних відносин з причин організаційно-тактичного характеру чи відсутності письмової згоди особи на розголошення даних про її конфіденційні відносини з підрозділами, що здійснюють ОРД, якщо без їх розголошення використати матеріали ОРД, отримані за її участю, неможливо, вирішення питання про використання таких матеріалів ОРД для отримання відповідних доказів у кримінальній справі обумовлюється низкою чинників, які ми проаналізуємо в межах цього параграфа.

Матеріали ОРД вербального характеру[1] (фактичні дані, отримані від оперативних джерел: повідомлення осіб, які перебувають чи перебували в конфіденційних відносинах з підрозділами, що здійснюють ОРД, пояснення, письмові повідомлення приватних та посадових осіб про обставини злочину, довідки чи рапорти оперативного працівника про результати бесіди з такими особами) можуть бути використані за певних умов для отримання відповідних протоколів допитів цих осіб, а в окремих випадках — деякі з них для отримання «інших документів», якщо вони не мають ознаки документа — речового доказу.

Найпоширенішим видом матеріалів ОРД вербального характеру в практиці оперативно-розшукових підрозділів є повідомлення особи, яка перебуває в конфіденційних відносинах з підрозділами, що здійснюють ОРД, яке отримується в ході оперативно-розшукової роботи, а також повідомлення оперативних працівників (рапорти, довідки тощо), в тому числі й тих, які належать до негласного складу оперативно-розшукових підрозділів, та тих, які впроваджені у злочинні угруповання для розкриття і розслідування злочинів, особливо тих, які викликають резонанс у суспільстві своєю зухвалістю, завданням тяжких наслідків окремим громадянам, суспільству та державі (тероризм, бандитизм, вбивства, ґвалтування, злочини проти основ національної безпеки, зловживання владою, хабарництво, злочини, вчинені організованими групами, тощо).

Цінність фактичних даних, носіями яких є такі особи, необхідність забезпечення їх безпеки, нерозголошення таємних форм і методів ОРД, інтересів правосуддя, що полягають у необхідності дотримання встановлених процесуальних форм, які є одним із засобів забезпечення обґрунтованості процесуальних рішень достовірними доказами у кримінальній справі й дотримання прав усіх учасників процесу, закономірно обумовлюють необхідність пошуку раціональних форм використання таких даних у кримінально-процесуальному доказуванні.

Аналіз зарубіжних джерел судової практики та практики ЄСПЛ щодо використання інститутів збереження в таємниці даних про особу, показання якої використовуються в суді для отримання такого доказу, як показання свідка «комісарський допит свідка», «показання з чужих слів» («свідчення по слуху»)[1], з нашого погляду, не може бути сприйняте вітчизняним законодавством і практикою з таких причин.

Так званий «комісарський допит свідка» являє собою частину судового розгляду справи, яка по суті відбувається поза судовим засіданням. Така форма допиту свідка обмежує принцип безпосередності і усності кримінального судочинства, оскільки не всі судді в разі розгляду справи колегією суддів або за участю присяжних чи народних засідателів та сторони обвинувачення й захисту можуть почути такі показання у суді, поставити ті чи інші запитання свідку з приводу його показань, що обмежує їх можливість безпосереднього дослідження та оцінки такого доказу, а також принципи змагальності та рівності сторін. Тому отримані показання таких свідків як докази, покладені в обґрунтування відповідних рішень у кримінальній справі, не здатні сформувати впевненість у вірогідності як самих доказів, отриманих у такий спосіб, так і цих процесуальних рішень в учасників процесу й викликати до них довіру.

Окрім того, «комісарський допит свідка» є досить громіздкою процедурою, яка передбачає: оголошення протоколу такого допиту

Про отримання вербальної інформації докладно див.: *Удалова Л.Д.* Теорія і практика отримання вербальної інформації у кримінальному процесі України. — К., 2005. У цьому параграфі досліджується лише процесуальний аспект використання матеріалів ОРД для отримання доказів у кримінальному процесі.

Погорсцький М. А. Використання інформації, одержаної від негласних джерел, для отримання доказів у кримінальному процесі зарубіжних країн // Вісник Університету внутрішніх справ. — Х., 2003. —Вип. 22. — С. — 131-138.

у суді, постановку учасниками процесу нових запитань свідку, проведення повторного його допиту, попереднє повідомлення захисника й обвинуваченого про майбутній допит, одержання їх згоди, що вимагає значних витрат процесуального часу. А з урахуванням розтягнутості такого допиту в часі така процедура дає можливість обвинуваченому та його захисникові вибудовувати тактику захисту, спрямовану на затягування процесу, а також ефективно протидіяти законному вирішенню кримінальної справи.

Слід зазначити, що саме з цих та інших причин практика використання «комісарського допиту» агентів і інформаторів для збереження в таємниці відомостей про їх особу у ФРН не набула широко розповсюдження, оскільки такий допит свідка суттєво обмежує права учасників процесу та суду і створює певні умови для нав'язування поліцією суду умов судового розгляду справи й процесуальні зміни статусу учасників процесу. До того ж такий допит обмежує процесуальні права учасників процесу, наприклад, захиснику і підсудному перешкоджає брати участь у допиті анонімного свідка. У свою чергу, анонімність свідка ускладнює також перевірку його показань у судовому засіданні шляхом проведення інших слідчих дій за його участю, що може призвести до невизнання його показань доказами у суді, навіть вже після проведення громіздкої процедури його допиту у такий спосіб.

З цього приводу у низці рішень вищих судових органів ФРН, наведених нами у § 1 розділу 2, справедливо вказується на неприпустимість «комісарського допиту» довіреної особи поліції проти волі захисника за відсутності останнього лише тому, що органи поліції побоюються розголошення даних про особу такого свідка. Мотивування таких рішень вищих судових органів ФРН, з нашого погляду, є цілком логічним, адже захисник, реалізуючи функцію захисту у кримінальному процесі, не може бути позбавлений своїх повноважень по забезпеченню права на захист за рішенням адміністративних органів, якими є поліція, і навіть суду. Окрім того, процесуальний статус підсудного (обвинуваченого) у змагальному кримінальному процесі забезпечується наданням йому права вимагати допиту всіх свідків без винятку і можливістю особисто ставити їм запитання з приводу їх показань.

У цьому контексті ЄСПЛ слушно наголошує, що свідки, навіть допитані поза судовим засіданням, не можуть залишатися невідомими не лише для складу суду, а й для сторони обвинувачення, захисту, підсудного, потерпілого. При цьому й вигадані псевдоніми або повне нерозголошення даних про особу свідка в осіб, що не беруть участі в такому допиті, можуть викликати сумніви у вірогідності таких показань.

Неприйнятним для вітчизняного кримінального процесу, на нашу думку, є також й інститут «показання з чужих слів» («показання по слуху»), адже, виходячи із законів гносеології, оперативний працівник у ході його допиту як свідка може відповідно до встановленої кримінально-процесуальної форми не об'єктивно передати обставини сприйняття його джерелом тих фактів, відомості про які він повідомляє.

З цих же причин не може бути свідком у кримінальній справі й керівник оперативного підрозділу з обставин сприйняття фактів як безпосередньо його підлеглими оперативними працівниками, так і оперативними джерелами, що перебувають у конфіденційних відносинах з оперативно-розшуковими підрозділами.

Показання в суді таких свідків неминуче викличе потребу в учасників процесу та суду допитати першоджерело, яке сприймало факт злочину та інші обставини, з ним пов'язані. Показання «з чужих слів» практично неможливо перевірити процесуальними засобами сторонам обвинувачення та захисту у змагальному кримінальному процесі. Окрім того, низький рівень довіри громадськості до органів, що здійснюють ОРД, не викликає довіри в учасників процесу до таких доказів та процесуальних рішень, прийнятих на їх підставі. Введення такого інституту суттєво обмежує принципи безпосередності, усності, змагальності та рівноправності сторін. Дослідження таких показань у суді може призвести й до розкриття таємних форм та методів ОРД.

На наш погляд, практика використання «показання з чужих слів» є порушенням п. «d» ч. 3 ст. 6 Конвенції 1950 р.[1], яка передбачає «право обвинуваченого допитувати свідків, що свідчать проти нього, чи право на те, щоб ці свідки були допитані, й мати право на виклик і допит його свідків на тих самих умовах, що й для свідків, які свідчать проти нього» . Саме таку позицію з цього питання, як вбачається з його рішень, займає ЄСПЛ, який розглядає її як проблему використання

Європейська конвенція про захист прав і основоположних свобод людини від 4листопада 1950 року// Международная защита прав человека. Документы и комментарии / Сост. и автор комментариев М. В. Буроменский. — Харьков, 1998. — С. 66-126.

[2] *F v. Zezschwitz.* Verfassungsrechtliche Problematik administrativer Aussagebeschraenkungen im Strafprocess // NJW, 1972. — S. 799; *Hoffmann P.* Der unerreichbare Zeuge im Strafprocess. — Berlin, 1991. — S. 197.

показань анонімних свідків у кримінальному процесі[1]. Докладно позиція ЄСПЛ з цього питання викладена у § 1 розділу 2 цієї монографії.

Зважаючи на зазначене, вважаємо слушною позицію тих вчених, які заперечують доцільність впровадження у кримінальний процес інституту «показання по слуху» й використання його для отримання показань як свідка у суді негласних працівників оперативних підрозділів та їх джерел як свідків . Аргументація науковців, які відстоюють доцільність впровадження цього інституту у кримінальне судочинство[3], здається нам непереконливою через неможливість у такий спосіб забезпечити достовірність показань свідка як доказу, підміняючи особу, яка реально сприймала факти, заінтересованими особами (оперативним працівником чи начальником підрозділу, що здійснює ОРД), яким стало відомо про ці факти із чужих слів. При цьому слід враховувати не лише гносеологічний та правовий аспекти цієї проблеми, а й рівень довіри до правоохоронних та судових органів в українському суспільстві.

Повідомлення особи, яка перебуває з підрозділами, що здійснюють ОРД, у негласних конфіденційних відносинах, хоча й може за гносеологічною сутністю бути тотожним показанню свідка, проте воно суттєво відрізняється від цих показань за своєю правовою природою, оскільки отримано зовсім в іншому правовому режимі, ніж той, що встановлений кримінально-процесуальним законом для показань свідка (статті 68, 69, 69[1], 70, 71, 92, 166, 167, 170, 292, 292[1], 302, 303, 304, 306 КПК України) і забезпечує певною мірою гарантії вірогідності цього виду доказу та можливості перевірки його формування

[1] Див.: *Van Mechelen* and Others v. the Netherlands, judgment of 23 April 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III. <http://www.echr.coe.int/ECHR/SiteMap.aspx>, станом на 4.02.2007 р.

[2] Див.: *Дорохов В. Я.* Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе. — М., 1981. — С. 427^428; *Филимонов Б. А.* Основы теории доказательств в германском уголовном процессе. — М., 1994. — С. 107-112; *Шиканов В. И.* Об использовании в уголовном процессе результатов оперативно-розыскной деятельности. — Иркутск, 1998.— С. 10; *Антонов К. В.* Проблеми використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному судочинстві // Вісник Луганського інституту внутрішніх справ. — 2000. — № 2. — С. 206; *Кореневский Ю. В., Токарева М. Н.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам: Метод, пособие. — М., 2000. — С. 63-64; *Тертишник В. М.* Концептуальні проблеми допустимості використання в доказуванні фактичних даних, здобутих органами оперативно-розшукової юрисдикції// Науковий вісник Дніпропетровського юридичного інституту МВС. —Д., 2000. — С. 205.

[3] Див.: *Астафьев Ю. В., Изотова Н. В.* Доказывание и оперативно-розыскная деятельность: проблемы соотношения и взаимодействия. — Курск, 2002. — С. 227-255.

у змагальному процесі. З цієї ж причини таке повідомлення не може бути прирівняне до протоколу допиту свідка, показання якого за його відсутності можуть бути оголошені в суді (ч. 2 ст. 292, статті 292 , 306 КПК України). Окрім зазначеного, це не відповідає також принципам усності процесу й безпосередності дослідження доказів, відповідно до яких свідки у суді першої інстанції повинні давати показання усно й сторони обвинувачення та захисту відповідно до засад змагального процесу мають право, а суд зобов'язаний допитати свідка безпосередньо за винятками, передбаченими ст. 257 КПК України.

Таким чином, особа, яка своїми органами почуттів сприймала факти злочину, повинна бути безпосередньо допитана як свідок на досудовому провадженні та у суді. Усні показання свідка заносяться до протоколу допиту. За бажанням свідок лише на досудовому провадженні може написати свої показання власноручно у присутності слідчого, що зазначається в протоколі його допиту (ч. 3 ст. 170 КПК України).

Разом із цим особа, яка перебуває з підрозділами, що здійснюють ОРД, у негласних конфіденційних відносинах, може бути допитана як свідок у кримінальній справі, провадження у якій порушено за матеріалами ОРД, якщо вони містять повідомлення від неї про обставини, які мають значення для справи, чи таке повідомлення отримано від неї в ході оперативного супроводу досудового провадження та розгляду кримінальної справи у суді. При допиті такої особи вона має статус свідка, а не статус особи, що перебуває з підрозділом, який здійснює ОРД, у негласних конфіденційних відносинах. Доказом у кримінальній справі при цьому стає не письмове повідомлення особи, що перебуває з підрозділом, який здійснює ОРД, у негласних конфіденційних відносинах, а усні показання свідка, отримані у встановленому для них кримінально-процесуальним законом формі.

Виходячи із зазначеного, цілком обґрунтованою нам здається нинішня редакція ч. 3 ст. 68 КПК України, яка встановлює: «Не можуть бути доказами дані, повідомлені свідком, джерело яких невідоме. Якщо показання свідка базуються на повідомленнях інших осіб, то ці особи повинні бути також допитані». Тому ця норма має бути закріплена й у новому КПК України.

Не може бути використане письмове повідомлення особи, яка перебуває у конфіденційних відносинах з підрозділом, що здійснює ОРД, про обставини, які входять до предмета доказування, і як доказ — інший документ.

На підставі аналізу висловлених точок зору щодо визначення понятая доказу-документа в теорії кримінального процесу та криміналістики можна зробити висновок, що документом-доказом у кримінальному процесі є будь-які документи, виготовлені поза кримінальним процесом, що виходять від юридичних та фізичних осіб (службових чи приватних), які дозволяють визначити їх належність до цих осіб, в яких у будь-якій знаковій формі зафіксовані відомості, що мають значення для встановлення обставин, які є предметом дослідження у кримінальній справі. Такими документами є довідки, розписки, акти, характеристики, певні відомості тощо, виготовлені у рукописний, друкований та інший спосіб, матеріали фото-, кіноплівки, аудіо, видеозаписи та інші носії інформації. Як докази можуть бути офіційні документи (довідки, характеристики, акти тощо), які мають відповідні реквізити (печатка, підпис, реєстраційний номер тощо) і неофіційні (особисті) документи (заяви, листи, розписки, що не засвідчені в установленому законом порядку, тощо). Обов'язковою умовою допустимості визнання такого документа доказом є можливість встановлення його автора чи виконавця. Коли особисті документи не містять підпису його автора чи виконавця, то в ході дослідження такого документа виникає необхідність їх допиту, а в окремих випадках і проведення авторознавчої, почеркознавчої та інших експертиз. У результаті проведення таких слідчих дій отримуються такі види доказів, як показання свідка, висновок експерта. Оскільки повідомлення особи, яка перебуває в конфіденційних відносинах з оперативно-розшуковим підрозділом, з метою конспірації підписується її псевдонімом, у кримінальному процесі неможливо перевірити його зміст (відомості, що в ньому зафіксовані), а також спосіб отримання таких відомостей, що в окремих випадках є вирішальним для визнання тих чи інших фактичних даних доказами у кримінальній справі, то таке повідомлення не є доказом-документом.

Повідомлення особи, яка перебуває у конфіденційних відносинах з підрозділом, що здійснює ОРД, може бути визнане речовим доказом, проте лише в іншій кримінальній справі, наприклад, у разі виявлення факту його втрати відповідними посадовими особами чи його фальсифікації цими особами як у ході здійснення ОРД, так і поза цією діяльністю.

Лисиченко В. К. Юридическое понятие документа и его значение// Криминалистика и судебная экспертиза. — Киев, 1972; *Дорохов В. Я.* Уголовно-процессуальная природа видов доказательств.— М., 1982; *Він же.* Понятие документа в советском праве // Правоведение. — 1982. — № 2. — С. 53-61; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П. А. Лупинская. — М 2004 — С. 278-279;

Рапорт (довідка) оперативного працівником, що містить відомості про факти, які йому усно повідомлено особою, що перебуває з ним у конфіденційних відносинах, з тих же підстав, що й повідомлення цієї особи, не може визнаватися доказом— іншим документом, оскільки вони відрізняються одне від одного лише тим, що повідомлення пише особа, яка перебуває в конфіденційних відносинах з оперативним працівником, а рапорт (довідку) — оперативний працівник зі слів цієї особи. Тому такі особи можуть бути допитані про обставини, що входять до предмета доказування у кримінальній справі, а також про інші обставини, що мають для неї значення. Доказом у цьому випадку буде показання свідка (оперативного працівника).

Пояснення посадових чи приватних осіб, отримані в ході проведення гласних ОРЗ, на наш погляд, можуть бути визнані в кримінальному процесі доказом — іншим документом у разі встановлення, що фактичні дані, викладені в цих поясненнях, належать до кримінальної справи й узгоджуються з іншими наявними в ній доказами.

У статтях 69-69' КПК України визначені особи, які не можуть бути допитані як свідки у кримінальній справі, а також ті обставини, з яких свідки можуть відмовитися давати показання, тобто встановлений так званий «імунітет свідка». Прогалиною чинного КПК України, на наш погляд, є те, що він не регламентує питання допиту осіб, які перебувають у конфіденційних відносинах з підрозділами, що здійснюють ОРД, і негласних та інших працівників оперативно-розшукових підрозділів, а також не визначає питань, з яких ці особи вправі відмовитися давати показання як свідки з метою нерозголошення даних, що становлять державну таємницю, забезпечення власної безпеки, а також безпеки інших осіб. Це створює колізію між нормами загального закону (КПК України) та низкою норм спеціальних законів, що регламентують питання віднесення тих чи інших відомостей до державної таємниці, порядок розголошення відомостей, що становлять державну таємницю, тощо, а саме між статтями 69, 69 , 70, 71, 303, 304 КПК України та ч. 10 ст. 9, ч. 13 ст. 9, ч. 3 ст. 11 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», ч. 4 ст. 8 Закону України «Про Службу безпеки України», статтями 8, 36 Закону України «Про державну таємницю», і викликає певні труднощі в оперативно-розшуковіи та слідчо-судовій практиці при отриманні доказів за матеріалами ОРД.

Для забезпечення достовірності показань осіб, які перебувають у конфіденційних відносинах з підрозділами, що здійснюють ОРД, а також негласних оперативних працівників, які отримали відомості в ході ОРД, що можуть бути використані в кримінальному процесі через такий доказ, як допит свідка, для забезпечення нерозголошення конфіденційних відносин, форм та методів ОРД, а також гарантій безпеки цих осіб, на наш погляд, доцільно до Закону України про ОРД та чинного КПК України внести такі доповнення.

Статтю 12 Закону про ОРД «Соціальний і правовий захист працівників оперативних підрозділів» доповнити частиною 3 такого змісту: «Оперативний працівник може давати пояснення або показання у кримінальній справі з питань, що становлять державну таємницю, лише за письмовою згодою керівника оперативно-розшукового органу».

Статтю 13 Закону про ОРД «Соціальний і правовий захист особи, яка залучається до виконання завдань оперативно-розшукової діяльності» доповнити частиною 3 такого змісту: «Розголошення відомостей про особу, яка перебуває в конфіденційних відносинах з оперативно-розшуковим підрозділом, а також її допит з обставин, що стали їй відомими в ході виконання завдань оперативно-розшукового підрозділу, за винятком відомостей, що свідчать про вчинення нею злочину, може бути здійснено лише за її письмовою згодою». У зв'язку з цим ч. 3 ст. 13 чинної редакції Закону про ОРД вважати ч. 4.

Частину 2 ст. 69 КПК України «Особи, які не підлягають допиту як свідки, і особи, які мають право відмовитися давати показання як свідки» доповнити пунктом 3 такого змісту: «посадова особа, якій відомі відомості, що становлять державну таємницю, з питань, що стосуються цих відомостей, без письмової згоди на це керівника відповідної установи, організації, підприємства».

Доповнити ст. 69 КПК України частиною 4 такого змісту: «Не можуть без їх особистої письмової згоди та письмової згоди керівника оперативно-розшукового органу бути допитані особи, які перебувають у конфіденційних відносинах з оперативно-розшуковими підрозділами, а також негласні штатні оперативні працівники оперативно-розшукових підрозділів за винятком вчинення ними кримінального злочину». У зв'язку з цим ч. 4 ст. 69 чинної редакції КПК України вважати ч. 5.

У практичній діяльності проблемним є використання матеріалів ОРД, отриманих за результатами проведення негласних ОРЗ: негласного виявлення та фіксування слідів тяжкого злочину, документів та

інших предметів, що можуть бути доказами підготовки або вчинення такого злочину, в тому числі проникнення оперативного працівника в приміщення, транспортні засоби, на земельні ділянки (п. 7 ч. 1 ст. 8 Закону про ОРД); зняття інформації з каналів зв'язку, застосування інших технічних засобів отримання інформації (п. 9 ч. 1 ст. 8 Закону про ОРД); контролювання шляхом відбору за окремими ознаками телеграфно-поштових відправлень (п. 10 ч. 1 ст. 8 Закону про ОРД); візуального спостереження в громадських місцях із застосуванням фото-, кіно- і відеозйомки, оптичних та радіоприладів, інших технічних засобів (п. 11 ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД); контрольованої закупівлі й постачання товарів, предметів та речовин (п. 2 ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД) для отримання доказів у кримінальній справі. Це обумовлюється як об'єктивними протиріччями (між інтересами ОРД, для функціонування якої характерна таємність, конфіденційність, та кримінального процесу, які полягають у необхідності отримання вірогідних доказів для обґрунтування ними процесуальних рішень у кримінальній справі), так і суб'єктивними, якими є недосконалість правового регулювання використання матеріалів ОРД для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі, низький фаховий рівень окремих оперативних працівників та слідчих.

Невдалою, на наш погляд, спробою вирішення цієї проблеми є внесені Законом України від 18 січня 2001 р. «Про внесення змін до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» зміни до ч. 2 ст. 8. Згідно з цим Законом «негласне проникнення до житла чи до іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв'язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, застосування інших технічних засобів проводяться за рішенням суду, прийнятим за поданням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника. Про отримання такого дозволу або про відмову в ньому зазначені особи повідомляють прокурору протягом доби. Застосування цих заходів проводиться виключно з метою запобігти злочинові чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо. За результатами здійснення оперативно-розшукових заходів складається протокол з відповідними додатками, який підлягає використанню як джерело доказів у кримінальному судочинстві».

Законом України від 21 червня 2001 р. «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» ч. 2 ст. 65 КПК України була доповнена новим джерелом доказів (видом доказів) — «протоколи

з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів».

Із порівняльного аналізу зазначених норм вбачається, що, коли у ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД йдеться лише про протоколи фактично трьох оперативно-розшукових заходів (негласного проникнення до житла чи до іншого володіння особи (п. 7 ч. 1 ст. 8 Закону про ОРД); зняття інформації з каналів зв'язку, застосування інших технічних засобів отримання інформації (п. 9 ч. 1 ст. 8 Закону про ОРД); контроль поштово-телеграфної кореспонденції (п. 10 ч. 1 ст. 8 Закону про ОРД)), то ч. 2 ст. 65 КПК України не встановлює конкретних оперативно-розшукових заходів, за результатами яких складаються «протоколи з відповідними додатками», що можуть бути визнані доказами у кримінальній справі. Виходячи зі змісту цієї норми, можна зробити висновок, що чинний кримінально-процесуальний закон України допускає використання як доказів протоколів будь-яких ОРЗ. Проте ні Законом про ОРД, ні відомчими нормативними актами не передбачається складання протоколів за результатами інших ОРЗ, окрім оперативної закупівлі'.

Звертає на себе увагу й те, що законодавцем у ч. 2 ст. 65 КПК, на нашу думку, припущено смислової помилки. Так, із цієї норми можна однозначно зрозуміти, що додатками до протоколу є лише ті, які складені уповноваженими особами оперативних підрозділів. Це не повною мірою відбиває сутність ОРД та практику проведення ОРЗ. Дійсно, окремі додатки до таких протоколів складаються уповноваженими особами (меморандуми, огляди, акти, схеми, зведення ОТЗ тощо). Однак додатками до цих протоколів можуть бути документи, об'єкти речового походження, які отримані у ході ОРД від сторонніх осіб чи виявлені в ході проведення відповідних ОРЗ. І ті, й інші можуть бути використані для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі. Тому в разі залишення цієї норми в новому КПК України її доцільно викласти у такій редакції: «протоколами, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, з відповідними додатками». Пропонована конструкція цієї норми означатиме, що додатки до таких

[1] Див.: Пункт 2.7. Інструкції «Про порядок проведення оперативної закупівлі та контрольованого постачання предметів, товарів і речовин, у тому числі заборонених до обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності», затвердженої Наказом МВС України, СБ України, ДПА України від 30 листопада 2001 р. № 1065/307/482.

протоколів можуть бути як складені підрозділами, що здійснюють ОРД, так і отримані в ході проведення відповідних ОРЗ у будь-який законний спосіб.

Незважаючи на досить значний час існування ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД та ч. 2 ст. 65 КПК України, якими протоколам зазначених ОРЗ у кримінальній справі надається доказове значення, до відомчих нормативних актів відповідних правоохоронних органів не внесені відповідні зміни та доповнення, які б докладно регулювали порядок складання протоколів за результатами чи в ході проведення відповідних ОРЗ, передбачених ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД. Результати як цих заходів, так і інших відповідно до порядку, встановленого відомчими нормативними актами, оформляються рапортами, меморандумами зведеннями та відповідними додатками до них.

Відсутність чіткого правового регулювання порядку оформлення та форми ОРЗ, як передбачених у ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД, так і інших, суттєво ускладнює використання матеріалів ОРД, отриманих за результатами чи в процесі проведення таких заходів, у доказуванні в кримінальній справі. Цьому сприяють й неоднозначні рекомендації вчених з даного питання.

Так, наприклад, одні вчені пишуть, що застосування науково-технічних засобів у ході ОРД з метою фіксації результатів такої злочинної діяльності, як обман покупців, порушення технології виготовлення продукції, затримання викраденого вантажу, вилучення знарядь вчинення злочинів, предметів злочинного посягання, повинно оформлятися актами, довідками та рапортами[1], на думку інших — протоколом[2].

На практиці за результатами ОРЗ складаються як акти, довідки, рапорти, зведення, меморандуми, так і протоколи, в тому числі й за результатами ОРЗ, передбачені ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД. Так, результати проведення контрольованої закупівлі та оперативного постачання товарів, предметів та речовин, у тому числі заборонених до обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності відповідно до Інструкції, затвердженої Наказом МВС України, СБ України,

' Див.: *Долженков О.Ф.* До питання про оптимізацію співвідношення оперативно-розшукової та слідчої функції // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. — 1999.— № 2 . — С. 25; *Стахівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. — К., 2005. — С. 115.

Див.: *Галаган В. І.* Проблемні питання використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності // Науковий вісник НАВСУ, 2001. — № 3. — С 223-224.

ДПА України від ЗО листопада 2001р. №1065/307/482, документуються як актом, так і протоколом. У пункті 2.5 цієї Інструкції зазначається, що «перед оперативною закупівлею покупець підлягає особистому огляду, про що складається акт...», а в п. 2.7 цієї Інструкції вказується, що «відразу після оперативної закупівлі придбані товари, предмети та речовини вилучаються оперативним працівником, про що ним складається протокол.. .»\

Хоча чинний Закон України про ОРД не передбачає такого ОРЗ, як оперативний експеримент, передбаченого низкою Законів про ОРД інших країн , проте у практичній діяльності він широко використовується у кримінальних справах про хабарництво та інші злочини з проявами корупції відповідно до розроблених Генеральною прокуратурою України Методичних рекомендацій[3]. Цим розпорядчим документом, підписаним заступником Генерального прокурора України й рекомендованим усім прокурорам та слідчим прокуратури України для виконання у практичній роботі, рекомендується складати протоколи: про вручення технічних засобів ; про наслідки оперативно-розшукового заходу — застосування аудіотехніки ; про наслідки оперативно-розшукового заходу— зняття інформації з каналів зв'язку[6]; про вручення грошових коштів[7].

У цілому позитивно оцінюючи розроблену форму цих протоколів, у яких, на нашу думку, максимально враховані всі аспекти, що повинні бути задокументовані в ході ОРЗ при подальшому використанні матеріалів ОРД для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, водночас не можемо погодитися з тим, що участь понятих у ході вручення грошових коштів заявнику з вказівкою на це в протоколі зазначеного ОРЗ є доцільною. Оскільки Законом про ОРД участь понятих у ході проведення ОРЗ не передбачена і цей інститут встановлений лише адміністративним та кримінально-процесуальним законодавством, на практиці при використанні таких матеріалів ОРД у кримінально-процесуальному доказуванні правомірність участі понятих у ОРД може викликати спірні ситуації. Враховуючи зазначене, а також доцільність засвідчення акту вручення заявнику оперативними працівниками грошей з ідентифікацією їх купюр незаінтересованими особами, які можуть бути в разі необхідності допитані про ці обставини як свідки в ході досудового розслідування та в суді, в протоколі про вручення грошових коштів заявнику слід називати цих осіб не «поняті», а «представники громадськості», залучення яких передбачено Законом про ОРД (ст. 4). Ця пропозиція, на наш погляд, має не термінологічне, а правове значення. Як свідчить практика, такі особи, як правило, допитуються як свідки у кримінальних справах.

Зважаючи на неврегульованість у Законі про ОРД та КПК України порядку оформлення протоколів з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів (ч. 2 ст. 65 КПК України), та невстановлення їх форми як на законодавчому, так і на відомчому рівні, на практиці виникають проблеми у використанні їх як окремого виду доказів.

Проведений нами аналіз кримінальних справ, розслідуваних органами СБ України та внутрішніх справ, показав, що за час існування цієї норми використання таких протоколів як окремих видів доказів на практиці відбувається в одиничних випадках. Однією з причин цього є те, що практикою не вироблено єдиного порядку використання матеріалів зазначених ОРЗ для отримання фактичних даних, що можуть бути відповідними видами доказів у кримінальній справі. У переважній більшості матеріали ОРД за результатами негласного виявлення та фіксування слідів тяжкого злочину, документів та інших предметів, що можуть бути доказами підготовки або вчинення такого злочину, в тому числі проникнення оперативного працівника в приміщення, транспортні засоби, на земельні ділянки (п. 7 ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД); зняття інформації з каналів зв'язку, застосування інших технічних засобів отримання інформації (п. 9 ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД); контролювання шляхом відбору за окремими ознаками телеграфно-поштових відправлень (п. 10 ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД); візуального спостереження в громадських місцях із застосуванням фото-,

Інструкція «Про порядок проведення оперативної закупівлі та контрольованого постачання предметів, товарів і речовин, у тому числі заборонених до обігу, у фізичних та юридичних осіб незалежно від форм власності», затверджена Наказом МВС України, СБУ України, ДПА України від 30 листопада 2001 р. № 1065/307/482.

[2] Див.: *Горяинов К. К., Кваша Ю. Ф., Сурков К. В* Законодательное определение оперативно-розыскной деятельности в оперативно-розыскных законах стран СНГ и Балтии // Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. — М., 1997. — С. 196, 270.

[3] Розслідування кримінальних справ про хабарництво та інші злочини з проявами корупції: Методичні рекомендації, схвалені Науково-методичною радою Генеральної прокуратури України 22 листопада 2000 р. — К., 2001.

[4] Там само. — С, 36-37.

[5] Там само. — С 38-39.

[6] Там само. — С. 42.

[7] Там само.—С. 43.

кіно- і відеозйомки, оптичних та радіоприладів, інших технічних засобів (п. 11 ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД); контрольованої закупівлі й постачання товарів, предметів та речовин (п. 2 ч. 2 ст. 8 Закону про ОРД), використовуються або як речові докази, або як інші документи.

Так, наприклад, у кримінальній справі за обвинуваченням О. і С. у вчиненні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 15, ст. 201 КК України, аудіокасети, на яких містяться телефонні розмови між О. і С, визнані Бориспільським міським судом Київської області речовими доказами[1], а в кримінальній справі за обвинуваченням Г. і С. за ч. 2 ст. 307, ч.2 ст. 15, ст. 305 КК України аудіокасета телефонних розмов між Г. і С. та розшифровка оперативного підрозділу цих розмов Харцизьким міським судом Донецької області визнані документом[2].

У процесі опитування нами оперативних працівників і слідчих СБУ, а також слідчих прокуратури, прокурорів та суддів отримані такі результати: з числа опитаних 35,8 % оперативних працівників СБ України, 42,4 % слідчих СБ України, 47 % слідчих прокуратури, 38,4 % прокурорів, 28,4 % суддів вважають, що такі матеріали можуть бути використані як речові докази; 26,3 % оперативних працівників СБ України, 26,4 % слідчих СБ України, 16,7 % слідчих прокуратури, 2,9 % прокурорів, 8,1 % суддів вважають, що такі матеріали можуть бути використані як документ; 29,3 % оперативних працівників СБ України, 28,8 % слідчих СБ України, 28,8 % слідчих прокуратури, 23,8 % прокурорів, 44,6 % суддів вважають, що такі матеріали можуть бути використані через складання уповноваженими органами за результатами ОРЗ протоколу з відповідними додатками як самостійний вид доказів у кримінальному процесі.

Немає єдності думок з цього питання і серед науковців. Так, одні вчені вважають, що матеріали ОРД, у тому числі й протоколи ОРЗ, зазначених у ч. 2 ст. 8 Закону України про ОРД, відповідно до засад теорії ОРД та доказового права за визначенням не можуть бути ні джерелом доказів, ні віднесеними до жодного з видів доказів у кримінальному процесі, а тому повинні бути виключені із ч. 2 ст. 65 КПК України[1]. На думку інших науковців, основною причиною недостатнього використання таких протоколів у кримінально-процесуальному доказуванні є недосконалість правових процедур оперативно-розшукового та кримінально-процесуального характеру, у зв'язку з чим ними висловлюються різні пропозиції щодо їх розробки , окремі з яких є корисними, інші вважаються нами непереконливими, таким, що викликають певні зауваження.

За час існування цих норм у Законі про ОРД та КПК України змінювалася й наша позиція щодо вирішення цієї проблеми . На підставі дослідження вітчизняного та зарубіжного законодавства, практики його застосування, а також аналізу наукових джерел з проблем ОРД та доказового права слід зробити висновок, що вирішення проблеми використання матеріалів ОРД, отриманих за результатами проведення ОРЗ, у тому числі й передбачених пунктами 7, 9, 10, 11 Закону про ОРД, в умовах зближення ОРД та досудового провадження й розширення змагальних засад кримінального процесу може бути здійснено двома шляхами: виключенням із ст. 65 КПК України протоколів, складених уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, з відповідними додатками до них і використанням

' Кримінальна справа № 1-70/04 за обвинуваченням О. і С. у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 15, ч. 2 ст. 201, ст. 69 КК України // Архів Бориспільського міського суду Київської області. — Т. 10. — Арк. с 133-135.

[2] Кримінальна справа № 1-153/2003 за обвинуваченням Г. і С. за ч. 2 ст. 307, ч. 2 ст. 15, ст. 305 КК України// Архів Харцизького міського суду Донецької області.— Т. 2. —Арк. с 209-211.

[1] Див.: *Шумило М. Є.* Наукові засади використання оперативно-розшукових матеріалів в доказуванні у кримінальних справах // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи: Матеріали наук.-практ. конф. / Редкол.: Сташис В. В. (голов, ред.) та ін.— К.; Х., 2002.— С. 190-191; *Стахівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. — К., 2005. — С. 107-110.

Див.: *Дідоренко Е. О., Кириченко С. О., Розовський Б. Г.* Процесуальна регламентація оперативно-розшукової діяльності потребує завершення: Наукова доповідь. — Луганськ, 2002.— С. 3-31; *Куценко О.* Протокол здійснення оперативно-розшукових заходів — новий вид доказів у кримінальному судочинстві // Вісник прокуратури. — 2002.— № 2 . — С. 41-42; *Грошевий Ю, Дідоренко Е., Розовський Б.* Кримінально-процесуальні аспекти оперативно-розшукової діяльності // Право України. — 2003. — С. 73-78; *Розовский Б. Г.* Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: Эссе.— Луганск, 2004. — С. 331-422.

[3] Див.: *Погорецький М. А.* Протоколи оперативно-розшукових заходів з відповідними додатками, складені за результатами здійснення оперативно-розшукових заходів оперативно-розщуковими підрозділами —- новий вид доказів у кримінальному процесі// Вісник Академії правових наук України— 2002.— №1 (28).— С 208-216; *Він же.* До питання щодо використання протоколів оперативно-розшукової діяльності як доказів у кримінальному судочинстві // Нове кримінальне і кримінально-процесуальне законодавство та завдання юридичної підготовки кадрів ОВС України: Вісник Луганської академії внутрішніх справ України імені 10-річчя незалежності України. — Спец, виш: У 2 ч. — Луганськ, 2002. — Ч. 1. — С. 45-48; *Він же.* Докази у кримінальному процесі // Вісник прокуратури. — 2003. — № 2. — С. 59-65.

матеріалів як зазначених ОТЗ, так і інших ОРЗ у доказуванні через такі докази, як речові докази та інші документи як самостійного виду доказів, або вдосконаленням норм процесуального закону, які б усунули зазначені вище перешкоди використання їх для отримання фактичних даних, що можуть бути доказами у кримінальній справі, й розширили б засоби доказування у кримінальному процесі. Останній шлях здається нам більш продуктивним.

Виключення протоколів, складених уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів, з додатками до них як самостійного джерела фактичних даних (доказів) із ч. 2 ст. 65 КПК України, як це пропонують окремі науковці[1], виходячи з аналізу практики їх використання у доказуванні в кримінальних справах та з урахуванням стану правового регулювання цього питання у вітчизняному законодавстві, не відобразиться суттєво на ефективності боротьби зі злочинністю та захисті прав людини. Оскільки, як показує аналіз практики, матеріали ОРД, отримані за результатами зазначених заходів, використовуються у доказуванні або як речові докази, або як інші документи, а як протоколи ОРЗ з відповідними додатками до них — вкрай рідко, й при їх використанні через нечіткість правового врегулювання цього питання у суді складаються такі ситуації, що призводять до невизнання їх доказами у кримінальній справі.

У кримінально-процесуальних законах інших країн з подібною формою процесу використання матеріалів ОРЗ для отримання доказів здійснюється в різний спосіб. Так, протоколи ОРЗ як засіб доказування, поряд з протоколами слідчих дій, передбачені у КПК Республіки Білорусь (ст. 99), проте, як і у законодавстві України, законодавством Республіки Білорусь неврегульований порядок їх складання, що також створює труднощі при їх використанні як окремого виду доказів[2].

У КПК РФ, Республіки Казахстан[3] результати ОРД не мають статусу окремого виду доказів. У цих процесуальних законах закріплена окрема норма, відповідно до якої матеріали ОРД використовуються

[1] Див.: *Шумимо М. Є.* Наукові засади використання оперативно-розшукових матеріалів в доказуванні у кримінальних справах // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи: Матеріали наук.-практ. конф. / Редкол.: Сташис В. В. (голов, ред.) та ін.— К.; Х., 2002.— С. 190-191; *Стахівський С. М.* Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. — К., 2005. — С. 107-110.

[2] Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь.—Мн., 2005.

[3] Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: Официальный текст. — М, 2000; Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13.12.1997 г. № 206-1 // www.pavlodar.com/zakon/, станом на 23.01.2007 р.

для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі, відповідно до процесуальної форми, встановленої для кожного виду доказу (ст. 89 КПК РФ, ст. 130 Республіки Казахстан).

Фактичне злиття ОРД і досудового слідства за КПК Молдови та за Процесуальним законом Латвії в єдину функцію досудового провадження, як це має місце у низці західних країн, певною мірою зняло зазначену проблему, оскільки, наприклад, Процесуальний закон Латвії на досудовому слідстві встановив спеціальні слідчі дії, які по суті є оперативно-розшуковими заходами, протоколи яких визнаються окремим видом доказів у кримінальній справі (ст. 215)[1]. На нашу думку, саме у такому напрямі повинен розвиватися і Кримінально-процесуальний кодекс України.

Вказівка у ч. 8 ст. 186 КПК РФ на те, що фонограма, отримана у результаті контролю й запису телефонних та інших розмов як слідчої дії, постановою слідчого визнається речовим доказом і долучається до матеріалів кримінальної справи, призводить до того, що у слідчо-судовій практиці РФ фонограма, отримана в результаті контролю й запису телефонних і інших розмов у ході ОРД за аналогією визнається речовим доказом.

Неоднозначність правового регулювання використання матеріалів ОРД для отримання доказів у кримінальній справі у кримінально-процесуальних законах різних країн закономірно викликала наукові дискусії з цього питання.

У теорії кримінального процесу одні дослідники вважають, що матеріали ОРД, отримані в ході зняття інформації з каналів зв'язку чи здійснення візуального спостереження в громадських місцях із застосуванням фото-, кіно- і відеозйомки, оптичних та радіоприладів, інших технічних засобів, можуть бути використані як речові докази[2], інші —

[1] Уголовно-процессуальный закон Латвии. — BIB «Bizneza informacijas birojs». — Рига, 2005.

[2] Див.: *Карнеева Л. М., Кертэс И.* Источники доказательств по советскому и венгерскому законодательству.— М., 1984. — С. 108; *Абдрахманов Р. С.* Видеозапись как доказательство // Предварительное следствие в условиях правовой реформы: Сб. науч. тр. — Волгоград:, 1991. — С. 62; *Дубривный В. А.* Расширение пределов допустимости доказательств — одно из необходимых условий успешной борьбы с преступностью // Там само. — С. 54; *Доля Е.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Рос. юстиция. — 1993. — № 3. — С. 7; *Козырев Г.* Документирование прослушивания и звукозаписи телефонных и иных переговоров // Законность. — 1993. — № 4. — С. 33-34; *Доля Е. А.* Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. — М., 1996. — С. 77.

як документи[1]. Висловлюється також думка, що матеріали ОРД є документами, які мають ознаки речових доказів[2].

На користь тієї чи іншої точки зору наводяться переконливі аргументи, що свідчить про різнобічність властивостей зазначених ОРЗ, які за певних умов дозволяють визнавати їх тим чи іншим видом доказу у кримінальній справі.

Обгрунтуванню точки зору щодо віднесення виготовлених кіно-, відео- і фотоматеріалів, звукозапису, отриманих у ході ОРД, до речових доказів служить чимало ознак, характерних саме для цього виду доказів.

На користь визнання аудіокасети речовим доказом наводяться аргументи, що вона має «одну істотну його ознаку — неповторність»[3], що відео-, звукозаписи за джерелом схожі з речовими доказами, оскільки інформація зберігається на предметах неживої природи , що їм властива упредметненість, предметність матеріалу; наявність безпосереднього відбиття у вигляді звукових образів . На доцільність визнання оперативного звукозапису речовим доказом вказував В. Я. Дорохов, зазначаючи, що «оперативний працівник у цьому випадку допитується як свідок з обставин здійснення звукозапису, а фонограма після її прослуховування визнається речовим доказом і долучається до кримінальної справи[6]. На наш погляд, запропонований

' Див.: *Назаров Ю. П.* К понятию документа в советском уголовном процессе// Проблемы доказательственной деятельности по уголовным делам: Межвуз. сб. — Красноярск, 1967. — С. 82; *Галков В. А.* Перспективы совершенствования использования документов как доказательств в процессе расследования преступлений // Совершенствование правовой основы расследования преступлений органами внутренних дел: Сб. науч. тр. — М., 1991 — С. 22; *Кореневский Ю. В., Токарева М. Н.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам: Метод, пособие. — М„ 2000. — С. 75.

[2] Рекомендации по применению средств видео-, звукозаписи, кино-, фотоаппаратуры, телефонной связи и использованию полученных результатов при раскрытии и расследовании преступлений: Межведомств, инструкция, утвержд. 30 июля 1990 г. Минюстом СССР, Верховным Судом СССР, КГБ СССР и МВД СССР. — М., 1990. — С . 7-8.

[3] *Лившиц Ю. Д., Зуев С. В.* Контроль и запись переговоров — новое следственное действие // Следователь. — 2001. — С. 34.

Див.: *Треушников М. К.* Судебные доказательства. — М., 1999. — С. 97.

[5] *Долгушин А. В.* Процессуальное закрепление материалов оперативной звукозаписи в российском уголовном процессе // Проблемы технико-криминалистического обеспечения раскрытия и расследования преступлений: Материалы науч.-практ. конф., 28 декабря 1993 г. — М., 1994. — С. 87.

[6] *Дорохов В. Я.* Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе. — М., 1981. — С . 432-433.

вченим порядок реалізації цього ОТЗ для отримання доказів у кримінальній справі для кримінального процесу є засобом забезпечення вірогідності отримання доказу, проте він має недоліки щодо дотримання таємності форм і методів цього ОТЗ.

Правники, які вважають аудіо-, відеозапис і фотоматеріали документом, мотивують свою точку зору тим, що при їх виготовленні, як і при підготовці письмового документа, завжди присутній певний інтелектуальний момент — попереднє відображення відповідних об'єктів у свідомості особи, що буде їх фіксувати зазначеними способами, тобто попереднє осмислення й відбір потрібної інформації. Ця точка зору аргументується й тим, що фотографування, кінозйомка і звукозапис по суті лише механізують процес сприйняття й документування події спостерігачем; фото- й кінозйомка виступають деякими наочно-образними посвідченнями значущих для справи фактів і їхніх ознак; фото- і кінозображення — це лише код, а процес формування фото-, кінодокументів — перекодування думок людини на наочно-образне двомірне зображення, аналогічне викладенню певної інформації літерним текстом .

Визнаючи аудіо-, відеозапис, отримані в ході ОРД, доказом — іншим документом, Ю. В. Коренєвський і М. Є. Токарева при цьому вважають результати ОТЗ похідними від речових доказів у тому випадку, якщо таким чином отримано зображення предмета чи документа, які могли стати речовим доказом, але з об'єктивних причин цього не сталося .

Порівняльний аналіз норм, що регулюють це питання, а також аргументів, висловлених на користь віднесення зазначених матеріалів ОРД до речових доказів, інших документів чи протоколів, складених уповноваженими особами за результатами ОРЗ, з відповідними додатками до них, дає підстави для висновку, що такі матеріали за своєю гносеологічною та правовою природою у кримінальному процесі залежно від їх змісту та форми можуть мати статус і речових доказів, і документів, і протоколів, складених уповноваженими особами за результатами ОРЗ, з відповідними додатками до них. Якщо за допомогою

[1] Див.: *Назаров Ю. П.* К понятию документа в советском уголовном процессе // Проблемы доказательственной деятельности по уголовным делам: Межвуз. сб. — Красноярск, 1967. — С. 82, 87.

[2] *Кореневский Ю. В., Токарева М. Н.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам: Метод, пособие. — М., 2000. — С . 75.

названих засобів у них викладений або засвідчений (зафіксований) процес вчинення злочину чи інші обставини, які мають значення для справи, незалежно від їх носія, то такі матеріали ОРД відповідно до ст. 83 КНК України слід визнавати доказами — іншими документами. При цьому слід враховувати, що упредметненість, предметність таких носіїв, як аудіо-, відеокасети, магнітні диски тощо, не впливають на визнання їх документами, оскільки ст. 27 Закону України «Про інформацію» визначає документ як передбачену законом матеріальну форму одержання, зберігання, використання і поширення інформації шляхом фіксації її на папері, магнітній, кіно-, відео-, фотоплівці або на іншому носії[1]. Виходячи з цього, предметність має будь-який носій інформації. Однією з основних ознак є наявність у документа автора чи виконавця. Зазначені документи завжди мають виконавця, оскільки документування злочину та інших пов'язаних з ним обставин здійснюється відповідною уповноваженою особою (оперативним працівником) чи за її дорученням в окремих випадках особою, що перебуває з оперативним підрозділом в конфіденційних відносинах. Навіть тоді, коли відео-, кіноапаратура, звукозаписуючі та інші пристрої документування і фіксації злочинної діяльності й інших обставин, що мають значення для кримінальної справи, працюють в автономному режимі, у цих документів-носіїв інформації все одне є виконавець, який задає певні параметри роботи цій апаратурі чи пристрою, здійснює за цим процесом відповідний контроль.

Якщо в ході документування і фіксації злочинної діяльності та інших обставин, що мають значення для кримінальної справи, виявлені відповідні об'єкти речового походження: предмети, що були знаряддям злочину, зберегли на собі сліди злочину або були об'єктом злочинних дій, гроші, цінності та інші речі, нажиті злочинним шляхом, інші предмети, які можуть бути засобами для розкриття злочину і виявлення винних або для спростування обвинувачення чи пом'якшення відповідальності, то вони відповідно до ст. 78 КПК України можуть бути визнані речовими доказами. При цьому слід зауважити, що речовим доказом, як переконливо доводить В. Я. Дорохов, є не предмет, узятий сам по собі, а частина його властивостей, станів, виражених у певній формі, які належать до кримінальної справи[2].

[1] Закон України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р. № 2657-ХИ // Відомості Верховної Ради. — 1992. — № 48. — Ст. 650 (з подальшими змінами і доповненнями).

Дорохов В. Я. Природа вещественных доказательств // Советское государство иправо. —1971. —№10. —С. 109.

Введення до кримінального процесу оперативного відео-, кіно-, звукозапису проходить у два етапи: перший — оформлення факту застосування його в процесі проведення ОРЗ, другий — долучення отриманих матеріалів ОРД до кримінальної справи шляхом проведення відповідних слідчих дій.

Недоліком чинного Закону про ОРД, на нашу думку, є те, що він не передбачає обов'язкової вказівки в оперативних документах, які фіксують результати ОРД, на порядок застосування технічних засобів, умови й порядок використання їх результатів, на відміну від застосування технічних засобів у кримінальному процесі (статті 85^1, 85^2 КПК України). Разом із цим ці дані мають істотне значення не лише для самої ОРД, а й для процесу доказування у кримінальній справі. Особливо це є актуальним в умовах бурхливого науково-технічного прогресу в сфері техніки, що фіксує й передає інформацію: фотоплівка, магнітна стрічка, компактдиски й інші електронні носії мають чимало різних стандартів і форматів, тому в ході огляду особою, в провадженні якої перебуває оперативно-розшукова справа, наданого оперативно-розшуковим підрозділом носія інформації повинна бути застосована відтворююча апаратура, що за своїми технічними характеристиками відповідає тій, на якій були виготовлені зазначені носії інформації. В іншому випадку може бути ускладнене встановлення справжнього змісту відбитої на носіях інформації, а в деяких випадках її псування в ході відтворення чи навіть втрата, як це мало місце, наприклад, у кримінальній справі за обвинуваченням Л. у вчиненні злочинів, передбачених ч. 3 ст. 168 і ч. 1 ст. 254 КК України (у ред. 1960 р.), коли у супровідній оперативно-розшукового підрозділу не була вказана апаратура, на якій були зафіксовані фактичні дані та формат запису, у зв'язку із чим у ході технічного відтворення інформації вона була втрачена слідчим[1].

Дані про технічні засоби й умови їх використання необхідні й для визначення допустимості результатів їх застосування як доказів у кримінальній справі. Зокрема, для перевірки справжності кіно-, відео-, аудіозапису чи фотозйомки може бути призначена експертиза, для проведення якої необхідна характеристика кіно-, відео-, аудіо- чи фотоапаратури, параметри її застосування, використаний фіксуючий матеріал тощо. Тому така інформація повинна знайти відображення

[1] Кримінальна справа № 1-65/00 за обвинуваченням Л. за ч. 3 ст. 168 і ч. 1 ст. 254 КК України (у ред. 1960 р.) // Архів військової прокуратури Харківського гарнізону.

в матеріалах кримінальної справи. Дані про таку апаратуру, як вже зазначалося, повинні відображатися в постанові керівника органу, що здійснює ОРД, про надання цих матеріалів слідчому чи в протоколі ОРЗ, якщо такий складався за результатами відповідного ОРЗ. Відсутність даних про технічні засоби й умови їх використання у матеріалах ОРД, що долучаються до кримінальної справи, як свідчить практика, є однією з причин, що викликає необхідність допиту у суді осіб, які здійснювали ОРЗ, з приводу оперативного документування ними відповідних обставин злочину, а також огляду цих технічних засобів та проведення відповідних експертиз.

Окремим способом одержання запису телефонної розмови можна вважати фонограму, зроблену одним зі співрозмовників як з власної ініціативи цієї особи, так і на пропозицію працівників оперативно-розшукових підрозділів, як це нерідко має місце в практиці. Надання такої фонограми слідчому, на думку деяких авторів, варто розглядати «як самостійний, але такий, що ще лише формується, спосіб їх збирання, який потребує чіткої кримінально-процесуальної регламентації»[1].

У слідчій практиці отримання таких матеріалів оформляється або протоколом виїмки (ст. 188 КПК України), або протоколом отримання чи надання предметів та документів. При цьому слід зауважити, що з аналізу змісту ч. 2 ст. 65 КПК України можна зробити висновок, що такі матеріали можуть бути надані особі, в провадженні якої перебуває кримінальна справа, будь-яким громадянином з власної ініціативи, проте жодною з норм КПК докладно не регламентується, у який спосіб здійснюється таке надання.

На наш погляд, оформлення виїмкою акту передачі таких матеріалів будь-яким громадянином особі, у провадженні якої перебуває кримінальна справа, не відповідає сутності цієї слідчої дії (статті 177-188 КПК України), яка за своїм змістом є актом ініціативної вольової дії примусового характеру уповноваженої особи, що наділена владними повноваженнями. Тому, на нашу думку, слід узаконити практику отримання будь-яких фактичних даних (предметів, документів), що можуть бути використані для отримання доказів у кримінальній справі, закріпивши в законі обов'язок складання протоколу отримання предметів та документів, у зв'язку з чим доцільно доповнити ч. 2 ст. 66 КПК України після слів: «установами і організаціями», словами:

Див.: *Козырев Г.* Документирование прослушивания и звукозаписи телефонных и иных переговоров // Законность. — 1993. — № 4. — С. 33.

«про що складається протокол їх надання відповідно до вимог, встановлених цим Кодексом». За внесення такого доповнення до чинного КПК України висловилося 62 % з опитаних нами оперативних працівників, 84 % — слідчих, 68 % — прокурорів, 72 % — суддів.

У теорії кримінального процесу дискусійним є питання щодо порядку використання фонограм, кіно- й відеозаписів, одержаних у ході ОРД, для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальній справі. Зокрема, одні автори вважають, що для того, щоб такі матеріали набули статусу доказів, повинні бути допитані особи, які здійснювали запис, проведено огляд таких матеріалів, що фактично є прослуховуванням чи переглядом відповідно фонограми чи відеозапису. А у випадку визнання досліджуваного об'єкта речовим доказом повинна бути винесена постанова про його долучення до кримінальної справи. У разі потреби повинні бути проведені відповідні експертизи для підтвердження справжності запису, відсутності монтажу, ідентифікації особи за її голосом тощо. Крім цього, за необхідності може бути оглянута місцевість чи приміщення, відбиті на кіно- чи відеоплівці, допитані особи, мова яких зафіксована на відповідних носіях, та особи, що здійснювали відповідний запис[1].

На думку інших вчених, предмети й документи, отримані в результаті ОРЗ, доцільно надавати слідчому без указівки на джерела й способи їх одержання, «якщо ці обставини не мають значення для оцінки їх вірогідності й доказового значення»[2], оскільки «оцінка доказового значення інформації, відбитої на фонограмі, не залежить від того, ким, коли, де й за яких обставин вона добута»[3].

Така думка здається нам необгрунтованою. З одного боку, її прибічники прагнуть до нерозголошення засобів і методів ОРД, що становлять державну таємницю, а з іншого — необгрунтовано не враховують один з основних постулатів доказового права — необхідність ретельної, всебічної й об'єктивної перевірки всіх зібраних у справі доказів, що включає в себе й дослідження способу їх отримання. Тому

[1] Див.: *Дорохов В. Я.* Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе.— М., 1981.— С. 433; *Леви А .А., Горинов Ю. А.* Звукозапись и видеозапись в уголовном судопроизводстве. — М., 1983. — С. 9; *Зажицкий В.* Вопросы доказательственного права // Советская юстиция. — 1992. — № 19-20. — С. 4.

[2] *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М/, 1991. — С. 119-123; *Безлепкин Б. Т.* Проблемы уголовно-процессуального доказывания // Советское государство и право. — 1991. — № 8. — С. 102.

[3] *Козырев Г.* Вказана праця 4. — С. 38.

у випадку появи в кримінальній справі результатів застосування технічних засобів при здійсненні ОРЗ як речового доказу, як слушно зазначає Є. А. Доля, повинен бути докладно з'ясований спосіб їх отримання , оскільки відсутність даних про нього в матеріалах кримінальної справи може призвести до невизнання таких фактичних даних доказами у суді.

Так, наприклад, місцевим судом Ленінського району м. Харкова у справі за обвинуваченням А., Є., В. і Я. за ч. 2 ст. 17, ст. 70 КК України (у ред. 1960 р.) не визнані речовими доказами матеріали відеозапису завантаження товару А., Є., В. і Я. у зв'язку з тим, що підсудні оспорювали ці обставини у суді, а допитані у судовому засіданні оперативні працівники Управління СБУ в Харківські області не змогли пояснити, у який спосіб був отриманий зазначений відеозапис[2]. За таких же обставин місцевим судом Московського району м. Харкова у кримінальній справі за обвинуваченням З. за ч. 2 ст. 168, ч. 1 ст. 174 КК України (у ред. 1960 р.) не були визнані доказами й матеріали аудіозапису розмов П. і З. у службовому автомобілі З.[3].

Для забезпечення у кримінальному процесі доброякісних доказів, отриманих на підставі матеріалів ОРД, вважаємо доцільним Закон України про ОРД доповнити нормою такого змісту: «При направленні матеріалів ОРД особам, у провадженні яких перебуває кримінальна справа, для використання їх для отримання фактичних даних та їх джерел, що можуть бути використані як докази у кримінальній справі, з урахуванням вимог таємного діловодства в них повинна міститися інформація про підстави проведення відповідного ОРЗ, про дані, що можуть бути використані для отримання доказів, а також спосіб їх отримання», а ст. 66 чинного КПК України — ч. 4 такого змісту: «Фактичні дані та їх джерела, що підлягають використанню як докази у кримінальній справі, а також отримані у кримінальній справі докази підлягають ретельній, всебічній і об'єктивній перевірці особами, в провадженні яких перебуває кримінальна справа, та іншими особами, що приймають рішення у ній». Під іншими особами слід розуміти прокурора, який здійснює прокурорський нагляд за розслідуванням

ДоляЕ. А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. — М, 1996. — С. 77-81.

[2] Кримінальна справа № 1-47/01 за обвинуваченням А., Є., В. і Я. за ст. 17 ч. 2, ст. 70 КК України (у ред. 1960 р.) // Архів Ленінського районного суду м. Харкова.

[3] Кримінальна справа № 1-76/00 за обвинуваченням З. за ст. 168 ч. 2, ст. 174 ч. 1 КК України (у ред. 1960 р.) // Архів Московського районного суду м. Харкова.

кримінальної справи (ст. 227 КПК України), а також суд, який приймає рішення у кримінальній справі, що перебуває у провадженні органу дізнання чи слідчого, з питань, що обмежують конституційні права людини, в тому числі й на підставі матеріалів ОРД (ст. 165, ч. 5 ст. 177, ч. 4 ст. 178, ст. 187, ст. 187[1], ч. 4 ст. 190 КПК України).

На наш погляд, заслуговує на увагу думка з цього приводу Д. І. Бєднякова, 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, що надали речові об'єкти, а можливість перевірки наданого за допомогою інших процесуальних дій»[1]. Окрім того, допит осіб, що безпосередньо здійснюють ОТЗ, є проблематичним, оскільки форми й методи ОРД становлять державну таємницю. Тому, як свідчить практика, якщо обставини виникнення наданих органам слідства та суду матеріалів ОРД повно відбиті у відповідних документах, що долучаються до кримінальної справи, й дозволяють не ставити під сумнів їх вірогідність, то потреби в допиті оперативних працівників, які здійснювали ОРЗ, не виникає. Однак, якщо немає можливості перевірити такі дані за допомогою інших слідчих дій, а також з причин таємності чи конфіденційності розкрити спосіб їх отримання, то вони не можуть бути визнані доказами у кримінальній справі.

Надання матеріалам ОРД окремого статусу доказів у кримінальній справі — протоколам, складеним уповноваженими особами за результатами ОРЗ, з відповідними додатками до них, з нашого погляду, не зніме проблему необхідності їх дослідження слідчим, їх перевірки процесуальними засобами, що неминуче спричинить появу таких доказів, як речовий доказ та інший документ. За своїм змістом такий протокол з додатками не відрізняється, наприклад від зведення прослуховування телефонних розмов з додатком до нього їх фонограми. При цьому слід виходити з того, що такі протоколи та додатки до них складаються поза кримінальним процесом і 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. Для уніфікації оформлення результатів ОРД, покращення оперативно-розшукового документування,

[1] *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений.— М., 1991. — С. 121.

спрощення використання матеріалів ОРД в інтересах кримінального судочинства, розширення засобів доказування у кримінальному процесі і водночас підвищення заходів забезпечення нерозголошення форм та методів ОРД і забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства, введення у КПК України такого виду доказів, як протоколи, складені уповноваженими особами за результатами ОРЗ, з відповідними додатками до них, є доцільним. У зв'язку з цим ідея вчених щодо надання таким протоколам, складеним уповноваженими особами за результатами ОРЗ, з відповідними додатками до них статусу окремого виду доказів у кримінальному процесі[1] здається нам переконливою, проте окремі положення щодо її реалізації викликають критичні зауваження.

Вченими пропонується доповнити чинний КПК України новою статтею 85 «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 спостерігалося 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»[2].

[1] Див.: *Дідоренко Е. О., Кириченко С. О., Розовський Б. Г.* Процесуальна регламентація оперативно-розшукової діяльності потребує завершення: Наукова доповідь. — Луганськ, 2002.— С. 3-31; *Куценко О.* Протокол здійснення оперативно-розшукових заходів — новий вид доказів у кримінальному судочинстві // Вісник прокуратури. — 2002.— № 2 . — С. 41-42; *Грошевий Ю., Дідоренко Е., Розовський Б.* Кримінально-процесуальні аспекти оперативно-розшукової діяльності // Право України. — 2003. — С. 73-78; *Розовский Б. Г.* Ненаучные заметки о некоторых научных проблемах уголовного процесса: Эссе. — Луганск, 2004. — 331-422.

Дідоренко Е. О., Кириченко С. О., Розовський Б. Г. Вказана праця. — С. 7; *Розовский Б. Г.* Вказана праця. — С. 386-387.

На наш погляд, така пропозиція потребує уточнень, оскільки її положення не повністю відповідають засадам ОРД (оперативності, конспіративності і 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 логічним, адже в умовах непередбачуваності, стрімкого розгортання подій, протиборства, фізичного протистояння, в тому числі із застосуванням зброї, немає можливості складати 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. 9[i] 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 на матеріалах 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 спостерігалося 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. 9 [i] 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 витрачати 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 знищені. 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 авторів, 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 розмов 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 п'яти 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[1].

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 85[3] «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, * 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.

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 області.

У протоколі зазначаються: місце й дата проведення оперативно-розшукового заходу; час його початку і закінчення; зміст проведеного оперативно-розшукового заходу та всі істотні 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 при дотриманні вимог закону, могжуть 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. При 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.

* * * * *

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, що 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 входження 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.

ВИСНОВКИ

Метою дослідження була розробка теоретичних і правових засад сучасної наукової концепції використання матеріалів ОРД у кримінальному процесі й обґрунтування рекомендацій по вдосконаленню чинного законодавства та відомчих нормативно-правових актів і практики його застосування в цій сфері.

Проведений аналіз свідчить про необхідність подолання неадекватності засобів боротьби з сучасною злочинністю, передбачених чинним законодавством, характеру її проявів і форм та створення системи таких засобів, яка б, з одного боку, дозволяла своєчасно виявляти, документувати, ефективно розслідувати злочини і в розумні строки розглядати кримінальні справи у суді, постановляючи у них законні, обґрунтовані й справедливі рішення, спрямовані на поновлення прав потерпілих та відшкодування їм збитків, завданих злочинами, а з іншого — створення таких гарантій, які б забезпечили непритягнеиня до кримінальної відповідальності й неосудження невинних.

Теорія кримінального процесу поступово звільняється від доктринальної спадщини радянської доби, залишаючи лише ті інститути та правові норми, які протягом десятиліть довели свою ефективність у боротьбі зі злочинністю та захисті прав людини.

Згідно із розроблюваною Концепцією державної політики у сфері кримінальної юстиції та забезпечення правопорядку в Україні, метою якої є становлення системи кримінальної юстиції та органів правопорядку, що функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і гарантує додержання прав людини й основоположних свобод, передбачено усі кримінально карані діяння у подальшому охопити новим узагальнюючим поняттям — «кримінальні правопорушення» з його відповідною видовою диференціацією за ознаками й особливостями, що притаманні кожному з видів, на злочини та кримінальні проступки. З огляду на це у новому Кримінально-процесуальному кодексі України слід відмовитися від системи досудового розслідування злочинів, яке поділяється на дізнання та слідство, оскільки такий поділ є недоцільним, тому що відмінності між цими двома формами не стосуються змісту розслідування справи. За чинним КПК України (1960 р.) і органи дізнання, і органи слідства можуть порушити провадження у кримінальній справі, здійснювати ті ж самі слідчі дії, отримувати та закріплювати докази тощо, проте останнім часом намітилася закономірна стійка тенденція до зменшення кількості кримінальних справ, провадження у яких порушується органами дізнання.

Стадія порушення провадження у кримінальній справі у новому Кримінально-процесуальному кодексі України має бути не лише залишена, а й отримати подальше вдосконалення, оскільки в умовах поширеного правового нігілізму в Україні, в тому числі й серед правозастосовників, вона має особливе значення в захисті прав людини від необгрунтованого втручання в них правоохоронних органів. Важливе значення у вітчизняному кримінальному процесі має акт порушення провадження у кримінальній справі, який передбачає можливості прокурорському нагляду та судовому контролю за його здійсненням, спрямовані на забезпечення прав людини, її захист від необгрунтованого їх обмеження відповідними правоохоронними органами.

Досудове провадження повинно полягати у гласному та негласному зборі й фіксації фактичних даних про обставини злочину, необхідних для доказування обвинувачення в суді, у зв'язку з чим у новому КПК України поряд із слідчими діями слід ввести й інститут спеціальних слідчих дій (зняття інформації з каналів зв'язку, встановлення засобів негласного спостереження за місцем чи особою, огляд і виїмка кореспонденції тощо), які мають розшуковий характер, докладно врегулювавши їх процесуальну форму, що посилить взаємозв'язок ОРД і кримінального процесу, зблизить розшукову діяльність і досудове слідство та підвищить ефективність боротьби зі злочинністю, захист прав і законних інтересів людини, забезпечення безпеки суспільства й держави від злочинних посягань.

Водночас потребує зміни й процесуальний статус органу досудового розслідування та подальшого удосконалення інституту оперативно-розшукового забезпечення досудового розслідування кримінальної справи та її судового розгляду, що має знайти своє місце у новому Кримінально-процесуальному кодексі України .

Зближення ОРД і досудового розслідування кримінальних справ вимагає забезпечення процесуальної рівноправності сторін, посилення змагальності та диспозитивності досудового провадження й вдосконалення процесуальної регламентації способу збирання і подання суду інформації сторонами захисту та обвинувачення. Зміни у цьому напрямку мають бути передбачені у новому КПК України.

З розширенням змагальності та диспозитивності на досудовому провадженні виникає необхідність передбачення механізмів забезпе-

чення можливості отримання доказової інформації стороною захисту, в тому числі й на її клопотання, з метою отримання такої інформації чи її перевірки, проведення відповідних оперативно-розшукових заходів та порядку ознайомлення з їх результатами.

Визнання зібраних фактичних даних доказами у кримінальній справі має здійснюватися виключно судом у присутності і за безпосередньої участі сторін обвинувачення та захисту, що потребує передбачення відповідних механізмів для попередження зловживання наданими сторонам процесуальними правами щодо подання недостовірної інформації, затягування провадження у кримінальній справі тощо.

У новому Кримінально-процесуальному кодексі України потребує зміни статус прокурора в досудовому розслідуванні, який повинен полягати у здійсненні ним контролю за дотриманням законності під час його провадження відповідно до моделі контрольних функцій прокуратури у країнах Європи.

Прокурор має оцінювати та спрямовувати хід досудового розслідування з огляду на свою майбутню позицію у суді при підтриманні державного обвинувачення. Він повинен бути наділений правом процесуального керівництва як за досудовим розслідуванням, так і оперативно-розшуковою діяльністю, що здійснюється до порушення провадження у кримінальної справи і в ході супроводу її досудового розслідування і судового розгляду.

Повноваження прокурора за новим КПК України — це контроль за додержанням законів при проведенні досудового розслідування через процесуальне керівництво розслідуванням конкретної кримінальної справи; здійснення кримінального переслідування особи, у тому числі висунення обвинувачення та складання обвинувального акту; підтримання державного обвинувачення в суді; контроль за заведенням, подовженням строків ведення та закриттям оперативно-розшукових справ; контроль за проведенням конкретних оперативно-розшукових заходів, що включає в себе також і обов'язковість виконання доручень прокурора на проведення конкретного оперативного-розшукового заходу чи його скасування.

Подальшого вдосконалення у новому Кримінально-процесуальному кодексі України потребує інститут судового контролю в процесі досудового провадження, який повинен передбачати тимчасове обмеження конституційних прав людини і її основоположних свобод лише за рішенням суду, у зв'язку з чим суддя повинен здійснювати: надання дозволу на проведення спеціальних слідчих дій; обрання запобіжних заходів та надання дозволу на застосування інших заходів процесуального примусу, пов'язаних з тимчасовим обмеженням особистих та майнових прав особи.

Питання про застосування заходів процесуального примусу повинно вирішуватися у судовому засіданні з дотриманням принципів рівності та змагальності при обов'язковій участі сторін обвинувачення і захисту.

У разі прийняття будь-яких процесуальних рішень на підставі матеріалів ОРД не лише сторона обвинувачення, а й сторона захисту повинна мати можливість до вирішення справи по суті ознайомитися з вмотивуванням таких рішень в установленому порядку й мати можливість навести свої доводи та оскаржити такі рішення.

Відповідно до функціонального призначення правоохоронних органів виникає необхідність зміни підслідності кримінальних справ.

У зв'язку із впровадженням нової Концепції державної політики у сфері кримінальної юстиції та забезпечення правопорядку в Україні потребує докорінної зміни і підготовка кадрів для органів кримінальної юстиції та правопорядку, яка повинна бути багаторівневою системою, життєздатність та ефективність якої доведена в демократичних правових країнах Європи та США.

За реалізацією звертатися: 8 (057) 716-42-89

Наукове видання

ПОГОРЕЦЬКИЙ Микола Анатолійович

ФУНКЦІОНАЛЬНЕ ПРИЗНАЧЕННЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Монографія

Комп'ютерна верстка Л. М. Марамзіна
Підписано до друку 30.04.2007. Формат 60х90/16. Папір офсетний № 1.
Гарнітура Тайме. Друк офсетний. Ум. друк. арк. 36,0.
Обл.-вид. арк. 34,1. Тираж 500 пр. Замовлення №

Свідоцтво серія ДК № 317 від 25.01.2001 р.
Редакційно-видавнича фірма «Арсіс, ЛТД»,
61046, м. Харків, вул. Багратіона, 6.

Надруковано з оригінал-макета, виготовленого РВФ «Арсіс, ЛТД»,
у друкарні «Принт-Лідер», м. Харків, вул. Рудіка, 8

ЗАМІЧЕНІ ПОМИЛКИ

Сторінка	Рядок	Надруковано	Треба читати
128	8-й зверху 11-й знизу	До загальних ОРД Спеціальні ОРД	До загальних ОРЗ Спеціальні ОРЗ
441	Посилання 2	[2] Теория государства и права: Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М., 1997. — С . 107-108.	[2] *Гевко В. В.* Використання непроцесуальної інформації під час доказування у стадії попереднього розслідування: Дис. ... канд. юрид. наук. — К., 1996. — С 107-108.