

ВИКОРИСТАННЯ МАТЕРІАЛІВ ОПЕРАТИВНИХ ПІДРОЗДІЛІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

USAGE OF MATERIALS OF OPERATIVE BODIES IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS

Тимофєєв А.О., старший викладач
спеціальної кафедри № 1 «Досудове розслідування та правове забезпечення
оперативно-службової діяльності СБУ»

*Інститут підготовки юридичних кадрів для Служби безпеки України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Членов М.В., старший викладач
спеціальної кафедри № 1 «Досудове розслідування та правове забезпечення
оперативно-службової діяльності СБУ»

*Інститут підготовки юридичних кадрів для Служби безпеки України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Статтю присвячено проблемам у сфері визнання допустимими доказами матеріалів оперативних підрозділів у рамках кримінального провадження. Вивчено поточний стан законодавства та судової практики в питанні визнання доказами матеріалів оперативних підрозділів. Вивчено особливості визнання допустимими доказами результатів пошукових заходів, які проводились в рамках оперативно-розшукових справ. Розглянуто особливості визнання допустимими доказами результатів оперативно-розшукових заходів, які проводились в рамках контррозвідувальних справ, на підставі Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність». Розглянуто проблемні аспекти співвідношення Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», Закону України «Про контррозвідувальну діяльність» та Глави 21 Кримінального процесуального кодексу України в частині проведення та визнання допустимими результатів оперативно-розшукових заходів. Виявлено слабкі місця щодо взаємодії слідчого з оперативними підрозділами при передачі інформації про обставини вчинення кримінального правопорушення, отримані в результаті оперативно-розшукової та контррозвідувальної діяльності. Звернено увагу на обмежений перелік процесуальних засобів взаємодії між слідчим та співробітниками оперативного підрозділу. Проаналізовано судову практику Верховного Суду щодо визнання допустимими доказами результатів оперативно-розшукових заходів, які містять відомості про фактичні обставини кримінального правопорушення, які були отримані в ході оперативно-розшукової та контррозвідувальної діяльності. Висвітлено основні прогалини законодавства в частині визнання допустимими матеріалів, зібраних в ході оперативно-розшукової та контррозвідувальної діяльності. Запропоновано зміни до Кримінального процесуального кодексу України з метою усунення вищевказаних прогалин та гармонізації законодавства.

Ключові слова: оперативно-розшукові заходи, контррозвідувальні заходи, допустимі докази, належні докази, взаємодія слідчого та оперативних підрозділів.

The article is devoted to problems in the field of recognition of materials of operative units as acceptable in the framework of criminal proceedings. The current condition of legislation and judicial practice in the issue of recognition the materials of operational units as evidences has been studied. Peculiarities of recognition the results of operative-investigative measures as permissible evidences, which were carried out in the framework of operative-investigative cases, were studied. The features of recognition the results of operative-investigative measures which were carried out in the framework of counter-intelligence cases, on the basis of the Law of Ukraine "About operative-investigative activities" as permissible evidences, were viewed. Problematic aspects of the correlation of the Law of Ukraine "About operative-investigative activities" and Chapter 21 of the Criminal Procedure Code of Ukraine in terms of conducting and recognizing admissible results of operative-investigative activities are considered. Weaknesses were identified in the interaction of the investigator with operative bodies in the provision of information about circumstances of a criminal offense, obtained as a results of operative and investigative activities. Attention was drawn to the limited list of procedural tools of interaction between the investigator and the operative bodies. The judicial practice of the Supreme Court regarding the recognition as affordable evidences of the results of investigative measures and materials with direct circumstances of a criminal offense, which were obtained by the investigative and counter-intelligence activities, was analyzed. The main gaps in the legislation, in the case of the recognition of admissibility of materials collected in the frame of investigative and counter-intelligence activities are highlighted. Amendments to the Criminal Procedure Code of Ukraine are proposed in order to eliminate the above-mentioned gaps and harmonize the legislation.

Key words: operative-investigative measures, counter-intelligence measures, admissible evidence, proper evidence, interaction of the investigator and operative bodies.

Вступ. Досудове розслідування є важливою стадією кримінального провадження, яка має тісний зв'язок як з іншими стадіями, так і з тією діяльністю, про яку в Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) хоч і згадується, але належної уваги не приділяється. Мова йде про оперативно-розшукову діяльність (далі – ОРД).

В ч. 1 ст. 214 КПК України передбачено декілька підстав для внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) [1]. Однією з таких підстав є повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення, що направляється оперативними підрозділами за інформацією отриманою в рамках проведення оперативно-розшукової або контррозвідувальної діяльності (далі – КРД). До повідомлення додається рапорт оперативного співробітника, в якому стисло викладаються

відомості про вчинення кримінального правопорушення і, у разі відсутності легалізованих матеріалів, не додаються інші документи, які були сформовані під час ОРД, які могли б суттєво пришвидшити подальше досудове розслідування та притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинений злочин.

Це зумовлено відсутністю чіткої процедури легалізації матеріалів ОРД та КРД в рамках кримінального провадження, адже ч. 2 ст. 99 КПК України містить лише бланкетну норму стосовно цього. При цьому процедура передачі матеріалів з оперативного до слідчого підрозділу та їх взаємодія регулюється внутрішніми нормативно-правовими актами, зокрема і Служби безпеки України. Саме розгляду цієї проблематики й буде присвячена дана стаття.

Аналіз останніх наукових досліджень вказує на те, що проблема використання матеріалів оперативно-розшуко-

вої та контррозвідувальної діяльності як доказів під час досудового розслідування, не є новою. Зокрема, С. Шульгін зазначає, що оскільки порядок проведення контррозвідувальної діяльності не регулюється положеннями КПК України, вважаємо, що на результати їх проведення не поширюються вимоги ст. 253 КПК України щодо повідомлення особи, конституційні права якої були обмежені, про факт і результати відповідного заходу, а також положення ч. 1 ст. 257 КПК України про можливість використання матеріалів контррозвідувальної діяльності у доказуванні тільки за умови відповідного дозволу слідчого судді апеляційного суду [2, с. 315]. С. Князев при цьому зазначає, що співробітники оперативних підрозділів, з огляду на наявні уміння, навички і знання, мають можливість з власної ініціативи здобути шляхом проведення негласної роботи докази (відомості), за допомогою яких слідчий може перевірити або зібрати докази під час формування підозри й обвинувачення [3, с. 296]. Схожу точку зору має й Бабакин В.М., який зазначає, що результати ОРД слідчий може використати тільки у випадку, коли можна встановити джерело отримання тієї чи іншої інформації, доказати її об'єктивність і достовірність, перевірити її зміст слідчими діями. На його думку, будь-яка інформація, здобута за допомогою оперативно-розшукових заходів, може набути значення судових доказів тільки в тому випадку, якщо вона введена в кримінальне судочинство процесуальним шляхом [4, с. 106]. При цьому, існують чисельні вироки судів різних інстанцій, які вказують на можливість використання матеріалів ОРД та КРД в рамках кримінальних проваджень безпосередньо, без подальшого підтвердження їх результатів за допомогою засобів, передбачених КПК України. Тому дана тема на сьогоднішній день є досить актуальною та не до кінця дослідженою.

Метою статті є юридичний аналіз положень кримінального процесуального законодавства та судової практики України, які передбачають використання матеріалів ОРД та КРД як доказів у кримінальному провадженні, а також іншої інформації, наданої оперативними підрозділами під час досудового розслідування.

Виклад основного матеріалу. Стадія досудового розслідування є однією з найбільш важливих, адже саме на цьому етапі здійснюється безпосередній збір доказів, на підставі яких здійснюється подальший судовий розгляд.

Доказами, відповідно до ч. 1 ст. 84 КПК України, є фактичні дані, отримані у передбаченому КПК України порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. При цьому, як джерела доказів КПК України визначає показання, речові докази, документи та висновки експертів. Однак, на практиці, цими джерелами не обмежується можливість отримання органами досудового розслідування інформації про обставини вчинення злочину.

1. Використання матеріалів ОРД та КРД у кримінальному провадженні. Відповідно до ч. 2 ст. 214 КПК України, досудове розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей до ЄРДР. При цьому, оперативним підрозділом ще до такого внесення (в рамках ОРД чи КРД) фіксується інформація про злочинну діяльність особи, яка може бути унікальною, тобто такою, яку не можливо буде отримати повторно при проведенні досудового розслідування (наприклад, обставини одержання неправомірної вигоди, вчинення терористичного акту чи диверсії). Проте, така інформація фіксується не в порядку, передбаченому КПК України.

Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі – ЗУ «Про ОРД»), до одного з завдань ОРД відноситься пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп. Відповідно до ст. 8 ЗУ «Про ОРД», оперативні

підрозділи мають право проводити оперативно-розшукові заходи, порядок проведення яких регулюється відповідно до положень Глави 21 КПК України, з урахуванням особливостей, встановлених ЗУ «Про ОРД» [5]. Такі особливості, зокрема, встановлені в частині використання матеріалів ОРД, згідно з ч. 2 ст. 99 КПК України.

Згідно зі ст. 10 ЗУ «Про ОРД», матеріали ОРД можуть використовуватись, зокрема, як приводи та підстави для початку досудового розслідування, так і для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальному провадженні. З цих положень можна зробити висновок, що отримані результати проведення оперативно-розшукових чи контррозвідувальних заходів можуть бути підставою для внесення відомостей до ЄРДР або для проведення слідчих чи негласних слідчих (розшукових) дій в рамках кримінального провадження. Цю позицію поділяє Бабакин В. М., який зазначає, що результати оперативно-розшукової діяльності повинні містити відомості, що мають значення для встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, зазначення джерела отримання можливого доказу або предмета, що може стати доказом, а також дані, які надають можливість перевірити в умовах кримінального судочинства докази, сформовані на їх основі [4, с. 106].

Разом з цим, відповідно до ч. 1 ст. 257 КПК України, якщо в результаті проведення негласної слідчої (розшукової) дії виявлено ознаки кримінального правопорушення, яке не розслідується у даному кримінальному провадженні, то отримана інформація може бути використана в іншому кримінальному провадженні тільки на підставі ухвали слідчого судді, яка постановляється за клопотанням прокурора. Ці положення, за аналогією, доцільно застосовувати до матеріалів ОРД, так як ЗУ «Про ОРД» посилається на Главу 21 КПК України в частині проведення оперативно-розшукових заходів, тому, на нашу думку можна зробити висновок, що їх використання можливе в рамках кримінального провадження, в разі наявності відповідної ухвали слідчого судді.

Схожі проблеми стосуються й можливості використання матеріалів КРД. Так, відповідно до ст. 7 Закону України «Про контррозвідувальну діяльність» (далі – ЗУ «Про КРД»), органи, підрозділи, співробітники, зокрема, мають право здійснювати заходи, передбачені ч. 3 ст. 8 ЗУ «Про ОРД» [6]. Проте, ЗУ «Про КРД» не містить окремих положень про порядок використання фактичних даних, які отримані за результатами таких заходів, як це передбачено ст. 10 ЗУ «Про ОРД».

Водночас, відповідно до ст. 99 КПК України, матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог ЗУ «Про ОРД», за умови відповідності вимогам цієї статті, є документами та можуть використовуватись в кримінальному провадженні як докази. Хоч вищевказані заходи і проводились в рамках КРД, проте здійснювались в порядку, передбаченому ЗУ «Про ОРД», тому виникає питання: «Чи можливе їх використання як доказів в рамках кримінального провадження?».

З цього приводу висловився Верховний Суд у справі № 239/621/15-к від 15.02.2018 та зазначив наступне: «... негласні розшукові заходи проводилися Департаментом контррозвідувального захисту інтересів держави в сфері інформаційної безпеки СБУ в рамках ОРД до початку досудового розслідування на підставі ст. 7 п. 6 ЗУ «Про КРД», ст. 8 ЗУ «Про ОРД», у зв'язку з чим отримані в такий спосіб матеріали оперативно-розшукової діяльності можуть використовуватись як приводи та підстави для початку досудового розслідування згідно ст. 10 п. 1 ЗУ «Про ОРД», що й було підставою для внесення військовою прокуратурою сил АТО 04.09.2015 відомостей до ЄРДР та початку досудового розслідування у кримі-

нальному провадженні № 42015051110000020 відносно ОСОБА_1 за ст. 258-3 ч. 1 КК України. Відповідно до вимог ст. 99 ч. 4 КПК України матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог ЗУ «Про ОРД», за умови відповідності вимогам цієї статті, є документами та можуть використовуватися в кримінальному провадженні як доказ» [7].

Тож, виходячи з вищевказаної правової позиції, матеріали за результатами оперативно-розшукових заходів, проведених під час КРД так само мають визнаватися доказами (як документ), у зв'язку з їх проведенням на підставі ЗУ «Про ОРД».

Важливість внесення змін до КПК України зумовлена також наявністю певних спільних ознак між КРД та ОРД в аспекті їх кінцевої мети. Відповідно до п. п. 2, 3 ст. 9² ЗУ «Про ОРД» однією з підстав для закриття оперативно-розшукової справи є набрання законної сили вироку суду. Аналогічно, відповідно до п. 6 абз. 11 ст. 8 ЗУ «Про КРД», підставою для закриття контррозвідувальної справи є притягнення особи до кримінальної відповідальності (тобто, набрання законної сили вироку суду), за дії, що були основою для заведення контррозвідувальної справи.

Тобто, результатом здійснення оперативно-розшукової та контррозвідувальної діяльності, зокрема, є притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які вчинили те чи інше кримінальне правопорушення. При цьому у ст. 99 КПК України відсутнє посилання на ЗУ «Про КРД», що може призвести до різної судової практики в питанні визнання належними та допустимими доказів, в яких містяться фактичні обставини про вчинення кримінального правопорушення, які були зібрані в результаті проведення КРД уповноваженими органами. На нашу думку, доцільним є внесення змін до ч. 2 ст. 99 КПК України, якими доповнити її після слів «...з дотриманням вимог Закону України Про оперативно-розшукову діяльність» словами «або Закону України «Про контррозвідувальну діяльність».

2. Використання інформації оперативних підрозділів під час досудового розслідування. Під час досудового розслідування оперативні підрозділи направляють на адресу слідчих, прокурорів велику кількість інформації, яка була ними отримана. Відповідно до КПК України, взаємодія слідчого, прокурора з оперативними підрозділами відбувається шляхом направлення для виконання відповідних доручень. Відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК України, слідчий, прокурор має право доручити проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, що є вичерпним переліком. При цьому, в ч. 2 ст. 41 КПК України зазначено, що під час виконання доручень слідчого оперативні підрозділи не мають права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою, тобто мають діяти виключно в рамках наданого доручення.

На практиці трапляються випадки виходу за межі вищевказаних повноважень у зв'язку з необхідністю отримання фактичних даних для проведення подальших слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій. Такою інформацією, зокрема, може бути: номер мобільного телефону фігуранта кримінального провадження, адреса фактичного проживання або перебування особи тощо.

Щодо форм та можливості отримання такої інформації існує позиція Верховного Суду у справі № 585/1899/17 від 20.05.2020, в якій зазначено наступне: «Згідно з п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК слідчий уповноважений доручити відповідним оперативним підрозділам проведення слідчих (розшукових) дій та НСРД, вичерпний перелік яких визначений у главах 21, 22 КПК. Відповідно до ч. 1 ст. 41 КПК оперативні підрозділи органів Національної поліції здійснюють слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за

письмовим дорученням слідчого, прокурора. Натомість рапорти ст. оперуповноважених Роменського ВП ГУНП в Сумській області від 14.11.2016 та від 19.12.2016 складені не за результатами слідчих (розшукових) чи негласних слідчих (розшукових) дій, а за результатами пошукових заходів у межах кримінального провадження. При цьому зміст і порядок проведення пошукових заходів не є тотожним змісту і порядку здійснення слідчих (розшукових) дій або НСРД, а тому вимоги, передбачені статтями 40, 41 КПК до оцінки правомірності проведення пошукових заходів не застосовуються» [8].

В даному судовому рішенні було визнано допустим джерелом рапорти оперативних співробітників, в яких було зазначено інформацію щодо мобільних телефонів фігурантів справи, за результатами якої здійснювались негласні слідчі (розшукові) дії.

Однак, на сьогоднішній день існує практика направлення доручень слідчими та прокурорами не тільки стосовно проведення слідчих та негласних слідчих дій, а й для встановлення орієнтуючої (допоміжної) інформації, що має значення для організації досудового розслідування, встановлення обставин вчинення кримінального правопорушення та причетних до нього осіб. При цьому, поняття «пошукові заходи», яке було застосовано Верховним Судом України, не має нормативного визначення та не застосовується в КПК України.

Згадка про «пошукові заходи» міститься в ЗУ «Про ОРД» та ЗУ «Про КРД». Так, відповідно до ст. 2 ЗУ «Про ОРД», оперативно-розшукова діяльність – це система гласних і негласних пошукових та контррозвідувальних заходів, що здійснюються із застосуванням оперативних та оперативно-технічних засобів. Згідно з ст. 1 ЗУ «Про КРД» контррозвідувальна діяльність – спеціальний вид діяльності у сфері забезпечення державної безпеки, яка здійснюється з використанням системи контррозвідувальних, пошукових, режимних, адміністративно-правових заходів, спрямованих на попередження, своєчасне виявлення і запобігання зовнішнім та внутрішнім загрозам безпеці України, розвідувальним, терористичним та іншим протиправним посяганням спеціальних служб іноземних держав, а також організацій, окремих груп та осіб на інтереси України. При цьому, п. 2 ст. 10 ЗУ «Про ОРД» передбачає можливість використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальному провадженні.

Отже, під час пошукових заходів в рамках ОРД та КРД оперативні підрозділи отримують інформацію, яка може бути використана, в тому числі, під час досудового розслідування. Проте, на сьогоднішній день виникає питання в процесуальному порядку оформлення такої інформації, адже ст.ст. 40, 41 КПК України передбачають єдину форму співпраці між слідчим та оперативним співробітником в рамках досудового розслідування, а саме у формі доручення, в рамках якого можливе лише виконання слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, але не надання фактичної інформації, отриманої в рамках проведення оперативно-розшукових дій.

На нашу думку, виходом із цієї ситуації може бути внесення законодавчих змін до абз. 2 ч. 1 ст. 41 КПК України, виклавши її в наступній редакції: «Оперативні підрозділи, визначені в абзаці першому цієї статті мають право самостійно надавати слідчому, прокурору для додання до існуючих кримінальних проваджень матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, за умови, якщо такі матеріали отримані з дотриманням вимог Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність" або Закону України «Про контррозвідувальну діяльність».

Висновки. Матеріали, отримані відповідними оперативними підрозділами під час ОРД та КРД можуть використовуватись не тільки як приводи і підстави для початку

досудового розслідування шляхом реєстрації відомостей про кримінальне правопорушення в ЄРДР, але і для отримання фактичних даних, які можуть бути доказами у кримінальному провадженні. При цьому, на сьогодні склалась різна правозастосовна практика щодо можливості використання матеріалів ОРД та КРД як доказів у кримінальному провадженні.

Крім того, спостерігається проблема відсутності законодавчого регулювання порядку передачі оперативними підрозділами інформації для використання під час

досудового розслідування кримінального провадження. Оперативні підрозділи передають таку інформацію переважно шляхом відповідей на доручення слідчих, прокурорів в порядку ст.ст. 40-41 КПК України, а в окремих випадках шляхом надання такої інформації в порядку ст. 93 КПК України. З метою вирішення вказаних прогалин правового регулювання і забезпечення єдності судової практики, запропоновано внесення законодавчих змін до ч. 2 ст. 99 КПК та ст. 41 КПК України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р., № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n2520> (дата звернення: 28.08.2023).
2. Шульгін С. Використання матеріалів контррозвідальної діяльності як доказів у кримінальному провадженні. *Підприємництво, господарство і право*. Випуск 5. 2020. С. 313–318. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2020/5/56.pdf> (дата звернення: 28.08.2023).
3. Князев С. Взаємодія слідчого зі співробітником оперативного підрозділу у кримінальному провадженні. *Підприємництво, господарство і право*. Випуск 11. 2019. С. 295–301. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2019/11/51.pdf> (дата звернення: 28.08.2023).
4. Бабакін В.М. Використання матеріалів оперативно розшукової діяльності у кримінальних провадженнях щодо злочинів, учинених молоддю. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. Випуск 32. Том 3. 2015. С. 104–108. URL: https://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/777/vikoristannya_materialiv_operativno_rozs.pdf?sequence=2 (дата звернення: 28.08.2023).
5. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18.02.1992 р., № 2135-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/374-15#Text> (дата звернення: 28.08.2023).
6. Про контррозвідальну діяльність: Закон України від 26.12.2002 р., № 374-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/374-15#Text> (дата звернення: 28.08.2023).
7. Постанова ККС ВС України від 15 лютого 2018 року (справа № 239/621/15-к). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72269232> (дата звернення: 28.08.2023).
8. Постанова ККС ВС від 20 травня 2020 року (справа № 585/1899/17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89395920> (дата звернення: 28.08.2023).