

УДК 340.12

**ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ РЕЗУЛЬТАТІВ
ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ**

**THEORETICAL FOUNDATIONS OF LEGALIZATION
OF RESULTS OF INVESTIGATIVE ACTIVITIES**

Шапірко П.М.,
*кандидат юридичних наук, директор
Миколаївського інституту права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

У статті розглянуто теоретичні аспекти легалізації результатів оперативно-розшукової діяльності, виявлено її співвідношення з трансформацією та застосуванням.

Ключові слова: оперативно-розшукова діяльність, докази, легалізація, трансформація.

В статье рассматриваются теоретические аспекты легализации результатов оперативно-розыскной деятельности, раскрыто ее соотношение с трансформацией и применением.

Ключевые слова: оперативно-розыскная деятельность, доказательства, легализация, трансформация.

The paper deals with the theoretical aspects of the legalization of the results of investigative activities, author shows the difference between legalization and transformation and application.

Key words: investigative activity, evidence, legalization, transformation.

Постановка проблеми. У сучасній юридичній науці питання щодо вироблення єдиної термінології, яка б описувала процеси, що виникають під час реалізації оперативно-розшукової інформації, є далеким від свого однозначного вирішення. Серед учених і практиків, а також у науці кримінально-процесуального права виділяють такі поняття, як документування та легалізація, а останнім часом усе частіше використовуються терміни трансформація та інтерпретація.

Виклад основного матеріалу. Стаття 1 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» визначає, що ОРД проводиться насамперед в інтересах кримінального судочинства [1], що безпосереднім чином визначає загальну спрямованість та структуру цього типу юридичної діяльності. При цьому результати оперативно-розшукової діяльності в рамках судочинства завжди існують у певній процесуальній формі, тобто відповідним чином оформлюються з метою подальшого використання в процесі доказування.

У теорії оперативно-розшукової діяльності під документуванням як одним із різновидів оформлення результатів оперативно-розшукових дій зазвичай розуміють: 1) процес пізнання, тобто збирання (виявлення), вивчення (перевірка), оцінка та фіксація в документах фактичних даних про обставини скоєного злочину; 2) діяльність, що забезпечує можливість використання отриманих оперативно-розшуковим шляхом відомостей (матеріалів) у кримінальному судочинстві [2, с. 441]. У цьому контексті нескладно помітити, що поняття «документування» має обмежену сферу застосування: в основному воно використовується для характеристики безпосередніх дій учасників оперативно-розшукової діяльності з фіксації в документальній формі інформації, чого недостатньо для входження цієї інформації до сфери кримінально-процесуальних відносин.

Особливої популярності в останні часи набуває інше поняття – «трансформація». Так, на думку О.О. Пунди, процес перетворення оперативно-розшукової інформації в доказову форму є певною «трансформацією матеріальних об'єктів, документів та вербальної інформації, отриманих оперативно-розшуковим шляхом у докази» [3, с. 320]. Поняття трансформації підтримується також багатьма вчених [4, с. 172]. Водночас слід зазначити, що поняття «трансформація», незважаючи на широку поширеність у межах доказового права та теорії процесуального права, усе ж таки не в повній мірі охоплює всі стадії процесу перенесення результатів оперативно-розшукової діяльності до площини процесуальних дій, оскільки не відображає юридичної природи такої трансформації. Трансформація, на нашу думку, має місце завжди, коли відбувається документальна фіксація будь-якої інформації, отриманої в ході оперативно-розшукових дій. Однак, говорячи про використання цієї інформації в судочинстві, слід використовувати поняття, що апелюють до певної процесуальної форми, чого поняття «трансформація» не передбачає.

Окремої уваги заслуговує поняття «інтерпретація», що особливої популярності сьогодні набуває в межах російської школи процесуального права. Так, М.П. Поляков пропонує розуміти під інтерпретацією «тлумачення отриманих оперативно-розшуковим шляхом результатів, як по відношенню до їх змісту, так форми, з позицій доцільності та можливості їх використання у кримінальному судочинстві» [5, с. 31]. Ця позиція знаходить підтримку і в інших учених [6, с. 74].

Серйозною перевагою використання концепції інтерпретації є, на наш погляд, те, що головним елементом у ній виступає діяльність із переосмислення результатів оперативно-розшукової діяльності з позицій кримінально-процесуального закону. Однак із цим поняттям також пов'язані відповідні теоретичні проблеми. Очевидно, що перед тим, як бути розтлумаченою відповідно до положень кримінально-процесуального права, оперативно-розшукова інформація має бути розкрита, виявлена, задокументована та відповідним чином пов'язана з іншими матеріалами в справі. А тому інтерпретація охоплює лише незначний аспект дій, необхідних для перенесення

оперативно-розшукової інформації до площини кримінально-процесуальної форми.

Найбільш вдалими, на нашу думку, поняттям, що відображає всі сутнісні процедурні моменти входження результатів оперативно-розшукової діяльності до кримінального процесу є поняття «легалізація». У сучасній науковій літературі досить часто зустрічаються критичні думки щодо використання концепції легалізації щодо оперативно-розшукової діяльності. Так, С.В. Зуєв вважає, що буквальне значення слова «легалізація» виражається в дозволенні певної діяльності, її узаконення, надання юридичної сили певному акту чи дії. З огляду на це дослідник робить висновок, що до легалізації оперативно-розшукова діяльність не є законною, а її результати не мають юридичної сили, а тому від цього поняття слід відмовитися [7, с. 54].

Так само критично ставиться до поняття «легалізація» М.П. Поляков. Розрізняючи два значення поняття «легалізація» (вужке та широке) автор пише, що у вужькому сенсі легалізація розглядається як процес перетворення інформації, отриманої оперативно-розшуковим шляхом, у докази, а за широкого підходу цим терміном позначають будь-які процеси перетворення оперативно-розшукової інформації в кримінально-процесуальну [8, с. 117]. Однак дослідник наполягає на тому, що сама сутність легалізації не відповідає тій процедурі, що в кінцевому результаті приводить до внесення інформації в площину кримінального процесу, щоправда, не наводячи ніяких аргументів на користь цього твердження.

Тим не менш легалізація в найбільш широкому сенсі розуміється як правова процедура, яку здійснює уповноважений суб'єкт із питань визнання, дозволу, підтвердження, узаконення певних об'єктів, суб'єктів, дій в інтересах зацікавлених осіб [9, с. 57]. Існування легалізації як особливої правової процедури нерозривно пов'язано з необхідністю впорядкування процесуальних дій та об'єднання в цілі стадій юридичного процесу [10, с. 7], а тому можна стверджувати, що легалізація результатів оперативно-розшукової діяльності є не лише одним з елементів, що забезпечує цілісність кримінального судочинства, але й кінцевий етап, мета проведення оперативно-розшукових дій.

Як зазначає А.М. Конєв, на користь використання поняття «легалізація» говорить також те, що юридична легалізація є одночасно формою та процесом юридичної діяльності, а також техніко-юридичною конструкцією, що має специфічні риси та функціональними можливостями в умовах сучасної правової дійсності [11, с. 7]. При цьому дослідник зазначає, що такий специфічний вид легалізації, як легалізація результатів оперативно-розшукової діяльності може розглядатися не лише в ретроспективному плані. У сучасних умовах легалізація результатів оперативно-розшукової діяльності постає як процес підбору належної та доцільної юридичної форми, за допомогою якої значима оперативно-розшукова інформація представляється до сфери публічної кримінально-процесуальної аргументації.

До терміну «легалізація» звертається В.Г. Баяхчев, розуміючи її як «забезпечення легальності джерела походження тієї чи іншої інформації, добутої оперативно-розшуковим шляхом» [12, с. 82]. Легалізація, на його думку, – це лише етап, що передує процесу використання інформації, отриманої оперативно-розшуковим шляхом, у кримінальний процес та її використання в доказуванні за кримінальними справами.

Говорячи про інформацію, справжнє джерело якої не може бути розкрито, дослідник говорить про те, що «необхідно проведення оперативної комбінації, спрямованої на те, щоб джерелом інформації став гласний співробітник. Тому легалізація проводиться ще до передачі матеріалів слідчому, а її способи багато в чому залежать від можливості подальшого виступу в суді осіб, які безпосередньо здійснювали оперативно-розшукові дії як свідків» [12, с. 82].

В.Г. Баяхчев називає декілька способів легалізації: «1) якщо негласний інформатор виявляє певний предмет, що може стати речовим доказом у кримінальній справі, він має проінформувати про це в гласного співробітника, який проведе його документальну фіксацію та відповідним чином легалізує. В іншому випадку буде неможливо легалізувати цей носій інформації; 2) якщо негласні інформатори зафіксували певну подію, очевидцями якої стали також інші громадяни, вони допитуються як свідки, тобто легалізація відбувається у формі документування; 3) випадкова фіксація певних фактів негласним інформатором. Цей спосіб може застосовуватися лише в тому випадку, якщо існує можливість подальшого його виступу в суді без розкриття істинної причини знаходження у відповідному місці» [12, с. 83].

Очевидно, що така позиція дослідника щодо легалізації відображає лише один з її аспектів, зокрема легалізацію таємно отриманих свідчень без викриття інформатора. У цьому контексті справедливим є судження М.Й. Курочки, який вважає, що результати оперативно-розшукової діяльності не мають прямих юридичних наслідків. Саме тому необхідна легалізація як процедура надання оперативно-розшуковій інформації юридичної сили. У контексті ж використання результатів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному судочинстві йдеться про надання цій інформації кримінально-процесуальної сили. Ця сила визначається декількома моментами: змістом інформації та формою, за допомогою якої вона буде досягнута та передаватися [13, с. 34].

У цьому контексті постає проблема співвідношення трансформації та легалізації, про яку йшлося вище. Трансформація, на наш погляд, – це зміст легалізації, один зі способів її здійснення: легалізація – кінцевий пункт, у певному сенсі ціль; тоді як трансформація – засіб її досягнення. Термін «трансформація» швидше технічний, ніж юридичний.

Отже, фактично, говорячи про легалізацію результатів оперативно-розшукової діяльності, ми маємо розкрити такі значущі моменти:

– процедура трансформації фактичних відомостей, отриманих у результаті оперативно-розшукової діяльності, у докази (первинний етап легалізації);

– умови і способи допустимості доказів (вторинна легалізація).

Найперше теоретичне питання, що пов'язане з легалізацією результатів оперативно-розшукової діяльності, полягає в тому, яким чином пов'язані між собою ці результати та докази. Первинна легалізація, тобто трансформація фактичних даних у докази – одна з найбільш спірних проблем як у рамках теорії оперативно-розшукової діяльності, так і в теорії кримінального процесу. Так, у радянській літературі висловлювалася думка, що збирання доказів є частиною процесу доказування, який у свою чергу є процесуальною діяльністю, що здійснюється виключно у встановлених законом формах, серед яких оперативно-розшукова діяльність не фігурує, оскільки вона не є стадією кримінального процесу [14, с. 41]. Однак, як справедливо зазначає Н.Т. Малаховська, фактичні відомості, отримані в результаті оперативно-розшукових засобів, не можуть втратити свого значення як відображення об'єктивної реальності залежно від того, яким шляхом вони отримані (процесуальним чи непроцесуальним) [15, с. 43].

Українське кримінально-процесуальне законодавство прямо передбачає використання фактичних відомостей, отриманих у результаті оперативно-розшукової діяльності. Так, старий Кримінально-процесуальний кодекс України в ч. 2 ст. 65. передбачав, що докази є даними, що 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 документами [16]. Новий Кримінально-процесуальний кодекс України (ч. 2 та 3 ст. 93) також передбачає, що збирання доказів здійснюється шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених кодексом [17].

Таким чином, кримінально-процесуальне законодавство стає на позицію тих учених, які схильні пов'язувати результати оперативно-розшукової діяльності з доказами безпосереднім чином. Існує навіть думка, висловлена В.Ф. Робозеровим, що кримінально-процесуальний закон, надаючи слідчому право давати вказівки на проведення оперативно-розшукових дій, тим самим створює презумпцію допустимості використання відомостей, отриманих у їх результаті, тобто фактично легалізує ці відомості ще до їх отримання [18, с. 108].

Як справедливо зазначає М.О. Янковий, уся інформація, яка отримується в результаті оперативно-розшукової діяльності, може бути поділена на процесуальну та непроцесуальну. При цьому непроцесуальна інформація може й повинна використовувати-

ватися в доказуванні, тобто трансформуватися в докази, легалізуватися. Однак традиційне заперечення доказового значення непроцесуальної інформації зберігає своє значення, а тому радикальна точка зору В.Ф. Робозерова не відповідає практиці та теорії доказування [19, с. 167]. Узяті самі по собі відомості, отримані в результаті оперативно-розшукової діяльності, не є доказами, оскільки не відповідають його нормативному визначенню. Суттєва особливість оперативно-розшукових заходів полягає в тому, що вони не є кримінально-процесуальними актами, а тому їх проведення лежить поза кримінально-правовою формою.

Таким чином, навіть нормативне закріплення можливості використання оперативно-розшукових даних не знімає проблеми. Залишається простір для використання процедури легалізації, яка фактично є вторинною – процесуальною за своєю природою. Сутність вторинної легалізації полягає в набутті оперативно-розшуковою інформацією процесуальної форми. Саме тому первинна легалізація, спрямована на виявлення зв'язків між інформацією, отриманою в результаті оперативно-розшукових заходів, має доповнюватися вторинною легалізацією, яка в цьому контексті постає як процес допуску інформації, отриманої в процесі проведення оперативно-розшукових заходів, до кримінального судочинства. Так, відомості, одержані в результаті оперативно-розшукових заходів, можуть набути значення судових доказів, тобто перейти в площину кримінального судочинства, лише в тому випадку, якщо їх належність до обставин, що досліджуються в кримінальній справі, буде встановлена з джерел, передбачених законом [20, с. 34]. В іншому випадку вони можуть використовуватися лише в контексті первинної легалізації, тобто в непроцесуальній формі.

На думку М.Й. Курочки, на момент одержання оперативно-розшукової інформації та її первинної легалізації складається така ситуація:

- 1) отримано значиму для справи інформацію;
- 2) інформація одержана та зафіксована повноважною особою із числа працівників відповідного підрозділу;

3) факт її одержання відомий слідчому [13, с. 34].

Оперативно-розшукова інформація, зафіксована в непроцесуальній формі (тобто первинно легалізована), і ця ж інформація, закріплена у процесуальній формі (вторинно легалізована в процесі доказування), мають як загальні риси, так і риси відмінності. Загальне тут полягає в тому, що ця інформація за своєю природою відображає факти. Відмінність полягає в тому, що вони збираються, досліджуються та перевіряються різними методами, прийомами та засобами.

Вторинна легалізація результатів оперативно-розшукової діяльності полягає у встановленні нормативних ознак доказів щодо отриманої інформації. Ця проблема лежить у площині належності та допустимості доказів. На думку О.С. Степанова, доказами в кримінальній справі є будь-які відомості, на підставі яких у визначеному законом порядку слідчий,

прокурор, суддя і суд встановлюють наявність і відсутність суспільно небезпечного діяння, винуватість особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи [21, с. 9].

Належність доказів відповідає, з одного боку, на питання про наявність зв'язку між змістом доказу та фактом, який підлягає встановленню, а з іншого – визначає, наскільки точно встановлено та розкрито в доказі факт, що підлягає доказуванню. Інакше кажучи, належний доказ має визначену доказову силу, а неналежний – не має її зовсім.

Таким чином, належність доказів – це один із критеріїв оцінки доказів, що виражає об'єктивний зв'язок будь-яких відомостей, що пов'язані з обставинами конкретної кримінальної справи, а точніше з обставинами, що входять до предмета доказування.

Тільки після виконання процедур, необхідних для всиновлення та забезпечення належності доказів, уможливується вторинна їх легалізація в процесуальній формі. Більше того, якщо в процесі використання легалізованого доказу, сформованого на підставі результатів оперативно-розшукової діяльності, не будуть підтверджуватися його зв'язки, залежності та відносини з іншими доказами, то його буде не легалізовано, тобто визнано неналежним.

З положення ст. 85 Кримінального процесуального кодексу України випливає, що результати оперативно-розшукової діяльності можуть використовуватися в процесі доказування за додержання таких умов:

1) якщо вони відображають обставини та факти, що підлягають доказуванню в кримінальній справі, а також інших обставин, які мають значення для кримінального провадження, достовірність чи недостовірність, можливість чи неможливість використання інших доказів;

2) якщо вони використовуються як основа для формування судових доказів, тобто відповідають вимогам відносності та допустимості.

Відносність доказів – це правова вимога, що встановлена ч. 1 ст. 84 Кримінального процесуального кодексу України та полягає в можливості встановлення на підставі отриманих оперативно-розшуковим шляхом фактів обставин кримінальної справи.

Допустимість – правова вимога, встановлена ч. 1 ст. 86 Кримінального процесуального кодексу України, що полягає в дотриманні законного порядку отримання доказів.

При цьому кримінально-процесуальне законодавство встановлює, що недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій унаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

Істотними порушеннями прав людини й основоположних свобод є, зокрема, такі діяння:

1) здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов;

2) отримання доказів унаслідок катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження або погрози застосування такого поводження;

3) порушення права особи на захист;

4) отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права;

5) порушення права на перехресний допит;

6) отримання показань від свідка, який надалі буде визнаний підозрюваним чи обвинуваченим у цьому кримінальному провадженні.

Висновки. Таким чином, можна констатувати, що сучасна легалізація результатів оперативно-розшукової діяльності є складним багатоаспектним дво-

етапним процесом, специфічним сплавом законної та підзаконної методики із застосуванням творчого підходу слідчого. Недивно при цьому, що дослідники феномену легалізації результатів оперативно-розшукової інформації звертають увагу на деякі теоретичні проблеми легалізації як такої. Виходячи із сучасного змісту поняття легалізації, необхідно прийняти до уваги той факт, що для розуміння сутності феномену легалізації результатів оперативно-розшукової діяльності не можна обмежуватися традиційним «секретно-конспіративним» підходом, крім того, слід розглядати це явище з різних позицій. Легалізація, крім зазначеного смислу, несе в собі ще й смисл, що випливає не із семантики цього слова, а з його змістовного наповнення, що характерне для інших сфер юридичної науки. Саме тому легалізацію результатів оперативно-розшукової діяльності слід розглядати як надання юридичної сили отриманій інформації, тобто її кримінально-процесуальне оформлення.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України станом на 2 грудня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 22. – Ст. 303.
2. Оперативно-розшуковая деятельность : [учебник] / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Сипилова и др. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ИНФРА-М, 2004. – XIV, 848 с.
3. Пунда О.О. Використання результатів оперативно-розшукової діяльності у доказуванні в кримінальному процесі / О.О. Пунда // Держава і право : зб. наук. праць. Серія «Юридичні і політичні науки». – Вип. 16. – К. : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2002. – С. 319–321.
4. Крашенинников Н.И. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в следственной и судебной практике / Н.И. Крашенинников // Правоведение. – 2001. – № 3. – С. 170–175.
5. Поляков М.П. О понятии уголовно-правовой интерпретации результатов оперативно-розыскной деятельности / М.П. Поляков // Професионал. – 1999. – № 5–6. – С. 30–33.
6. Громов Н.А. Оперативно-розыскная деятельность: совершенствование форм вхождения ее результатов в уголовный процесс : [учеб.-практ. пособ.] / Н.А. Громов, А.Н. Гуцин, С.А. Зайцева и др. – 2-е изд. доп. и перераб. – М. : Изд-ль Шумилова И.И., 2004. – 118 с.
7. Зуев С.В. Понятие и структура привлечения результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс / С.В. Зуев // Следователь. – 2005. – № 3. – С. 54–55.
8. Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности : [монография] / М.П. Поляков ; под научн. ред. проф. В.Т. Томина. – Нижний Новгород : Нижегородская правовая академия, 2001. – 262 с.
9. Манько Д.Г. Юридична природа легалізації / Д.Г. Манько // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. – О. : Юрид. л-ра., 2001. – Вип. 11. – С. 56–60.
10. Манько Д.Г. Легалізація як правова процедура : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. / Д.Г. Манько. – О., 2009. – 20 с.
11. Конев А.Н. Юридическая легализация (теория, практика, техника) : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / А.Н. Конев. – Владимир, 2012. – 35 с.
12. Баяхчев В.Г. Проблемы использования в доказывании по уголовным делам материалов, собранных оперативно-розыскными подразделениями органов внутренних дел / В.Г. Баяхчев // Законность, оперативно-розыскная деятельность и уголовный процесс : матер. междунар. науч.-практ. конф. – Ч. 2. – СПб. : СПбГУ, 1998. – С. 80–84.
13. Курочка М.И. Легалізація оперативно-розшукової діяльності у доказуванні / М.И. Курочка // Право України. – 1999. – № 10. – С. 34–36.
14. Белкин Р.С. Собрание, исследование и оценка доказательств: сущность и методы. / Р.С. Белкин. – М. : Наука, 1966. – 295 с.
15. Малаховская Н.Т. Некоторые теоретические вопросы применения оперативной техники / Н.Т. Малаховская // Труды ВНИИ ООП МООП СССР. – 1967. – № 9. – С. 35–50.
16. Кримінально-процесуальний кодекс України у редакції від 18 жовтня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1961. – № 2. – Ст. 15.
17. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. // Офіційний вісник України. – 2012. – № 37. – Ст. 1370.
18. Робозеров В.Ф. Оперативно-розыскная информация в системе судебного доказывания / В.Ф. Робозеров // Правоведение. – 1978. – № 6. – С. 106–108.
19. Янковий М.О. До питання про використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному судочинстві / М.О. Янковий // Південноукраїнський правничий часопис. – 2008. – Вип. 1. – С. 165–168.
20. Дидоренко Э.А. Процессуальный статус оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве : [монография] / Э.А. Дидоренко, С.А. Кириченко, Б.Г. Розовский. – Луганск : РИО Луганск. ин-та внутр. дел, 2000. – 95 с.
21. Степанов О.С. Належність та допустимість доказів у кримінальному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / О.С. Степанов. – К., 2007. – 20 с.