

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОГО ДОКАЗУВАННЯ В СУЧASНИХ УМОВАХ ПІСЛЯ ОНОВЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Статтю присвячено проблемам оперативно-розшукової діяльності в Україні, необхідності нормативно-правового визначення та закріплення поняття оперативно-розшукового доказування і висвітленню його значення при розкритті й розслідуванні злочинів. Розглянуто організаційно-правові засади провадження негласних слідчих (розшукових) дій у рамках досудового розслідування та оперативно-розшукових заходів у ході проведення оперативно-розшукової діяльності.

Ключові слова: оперативно-розшукова діяльність, розслідування злочинів, нормативно-правове визначення, негласні слідчі (розшукові) дії, оперативно-розшукові заходи, детектив.

Статью посвящено проблемам оперативно-разыскной деятельности в Украине, необходимости нормативно-правового определения и закрепления понятия оперативно-разыскного доказывания и освещению его значения при раскрытии и расследовании преступлений. Рассмотрены организационно-правовые основы проведения негласных следственных (разыскных) действий в рамках досудебного расследования и оперативно-разыскных мероприятий в ходе оперативно-разыскной деятельности.

Ключевые слова: оперативно-разыскная деятельность, расследование преступлений, нормативно-правовое определение, негласные следственные (разыскные) действия, оперативно-разыскные мероприятия, детектив.

Paper is dedicated to the problems of operative and search activities in Ukraine, as well as to the necessity of normative and legal definition and attaching of the concept of operative and search proving, as well as to the highlighting of its meaning while the solution and investigation of crimes. The organizational and legal bases of the investigative activities within the pretrial investigation and search operations during the research activities are considered.

Keywords: operative and search activities, investigation of crimes, normative and legal definition, undercover investigative (detective) actions, operative and search measures, detective.

Нині створилося і стрімко заглибується протиріччя між об'єктивним зростанням організованої групової злочинності, зумовленим сучасними негативними соціально-економічними процесами в суспільстві, та низькими темпами її попередження правоохоронними органами, що не відповідає реальним потребам практики щодо впливу на злочинність взагалі і на цей вид злочинності зокрема.

Внаслідок цього постає завдання і проблема вивчення та підвищення ефективності оперативно-розшукового документування злочинної діяльності як членів організованих злочинних груп, так і окремих небезпечних злочинців у сучасних умовах, що склалися після прийняття нового Кримінального процесуального законодавства.

суального кодексу України (далі – КПК України) як запоруки підвищення ефективності боротьби зі злочинністю в державі.

Не викликає сумніву, що питання про співвідношення кримінально-процесуальної та оперативно-розшукової діяльності по кримінальних провадженнях на сьогодні відноситься до основних у теорії кримінального процесу й оперативно-розшукової діяльності [1].

Водночас слід зазначити, що значення та ефективність оперативно-розшукового документування (доказування) протиправної діяльності як окремих осіб, так і розроблюваних організованих злочинних груп чи злочинних організацій, у тому числі за допомогою впровадження в них негласних працівників оперативних підрозділів, залежить від достовірності отриманих фактичних даних (результатів ОРД), що можуть бути використаними в інтересах кримінального судочинства.

У своїх наукових дослідженнях з цього питання ми вважаємо за доцільне приділити максимальну увагу переважно поняттю оперативно-розшукового документування, результатами якого можуть бути використані в інтересах кримінального судочинства, та складнощам, які виникли в цій діяльності після прийняття нового КПК України.

На жаль, у сучасних умовах понятійний апарат у законодавстві України, що регулює оперативно-розшукову діяльність, а наразі і в КПК України напрацьований ще недостатньо, що в практичній роботі оперативних та слідчих підрозділів призводить до його неоднозначного тлумачення та використання і створює відповідні складнощі в правозастосувальній практиці. Це пояснюється відсутністю *належних та безспірних правових механізмів* використання результатів оперативно-розшукової діяльності в кримінальному судочинстві, ефективної нормативно-правової регламентації збору (документування), оформлення, підготовки та передачі документованої оперативно-розшукової доказової інформації слідчому, прокурору або судді для використання в кримінальному судочинстві тощо.

Після прийняття 13 квітня 2012 року нового КПК України, складовою частиною якого є Глава 21 “Негласні слідчі (розшукові) дії” відбулося фактичне поєднання *оперативно-розшукової та слідчої функцій* у діяльності відомчих слідчих апаратів України. Це питання викликало найбільше дискусій при аналізі положень КПК України серед вчених-процесуалістів та фахівців у галузі кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності і його доцільно розглянути більш детально.

Так, з прийняттям нового КПК України виникли протиріччя щодо співвідношення норм чинного кримінально-процесуального та оперативно-розшукового законодавства і, зокрема, в частині проведення негласних слідчих дій і негласних оперативно-розшукових заходів, *направлених на оперативно-розшукове документування (доказування)* злочинної діяльності як окремих злочинців, так і злочинних угруповань.

Як слушно зауважили автори Висновку Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект КПК України, “Поєднання оперативно-розшукової та кримінально-процесуальної функцій у розслідуванні кримінальної справи є не тільки неприродним, а й небезпечним. Кримінальний процес не повинен бути одночасно гласним, змагальним і таємним. “Процесуалізація” оперативно-розшукової діяльності виглядає не зовсім вдалим запозиченням європейського та світового досвіду у провадженні таких слідчих дій (наприклад, у країнах з ангlosаксонською системою права також немає чіткого розмежування між кримінальним процесом та оперативно-розшуковою діяльністю, а відтак – і між слідчими та оперативно-розшуковими діями й методами)” [2].

Хоча за таких умов здійснення заходів ОРД відкриває нові можливості використання результатів оперативно-розшукового документування у кримінально-процесуальному доказуванні і, отже, у досягненні цілей кримінального судочинства, але одночасно породжує велику теоретичну і практичну проблему в співвідношенні цих двох сфер боротьби зі злочинністю.

Тому особливо важливого значення в сучасних умовах набуває *вдосконалення правових норм, що вказують на зв'язок ОРД і кримінального процесу, в тому числі нормативно-правового регулювання оперативно-розшукового документування злочинної діяльності в умовах дії оновленого кримінального процесуального законодавства.*

У сучасній обстановці ця проблема набуває особливої актуальності, тому що, виявляючи нові організовані й усе більш небезпечні форми, глибоко законспірований, міжрегіональний і навіть міжнародний характер, злочинність реально загрожує не тільки правопорядку, але й безпеці держави в цілому.

Це зумовило питання про вишукування концептуально нових підходів, засобів і методів боротьби з організованою злочинністю, замовленими вбивствами, тероризмом, наркобізнесом та іншими видами злочинів.

Значний інтерес становить законспірований характер злочинної діяльності організованих кримінальних формувань, що припускає боротьбу з ними з використанням відповідних *негласних засобів і методів*. Лише в цьому випадку можна досягти бажаних результатів. Одним з ефективних негласних методів, що мають реальну перспективу бути використаними в процесі доказування, є отримання інформації від негласних джерел.

Маємо констатувати, що на превеликий жаль поняття “оперативно-розшукове документування протиправної діяльності” на сьогоднішній день законодавчо взагалі не визначене і по-різному тлумачиться фахівцями та науковцями в оперативно-розшуковій діяльності. У цьому контексті після прийняття КПК України одним із найважливіших проблемних питань оперативно-розшукової та кримінально-процесуальної діяльності є законодавче та нормативно-правове визначення і конкретизація таких понять в ОРД, як “оперативно-розшукове документування”, “документообіг”, “оперативно-розшуковий документ”, “оперативно-розшукове документування”, як *процес оперативно-розшукового доказування*, а в КПК України відповідно – “підрозділ детективів”, “детектив” тощо, тобто дефініційне удосконалення оперативно-розшукового та оновленого кримінально-процесуального законодавства. Цим питанням приділена значна увага в працях сучасних фахівців у галузі ОРД [3].

Так, Законом України від 12 лютого 2015 року “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції” у статті 38 КПК України “Орган досудового розслідування” перелік органів досудового розслідування (органів, що здійснюють дізнання і досудове слідство) було доповнено поняттям “підрозділ детективів” як учасника кримінального процесу з імовірними оперативно-розшуковими функціями, але без *законодавчого визначення цього поняття та без розкриття його змісту*.

Варто зазначити, що найбільш радикальним кроком законодавця стали положення норм КПК України і, зокрема, поява цілої глави 21 “Негласні слідчі (розшукові) дії”, що привело до виконання слідчим ролі фактичного *суб’єкта оперативно-розшукової діяльності* (ч. 2 ст. 40 “Слідчий органу досудового розслідування” та ч.6 ст. 246 “Підстави проведення негласних слідчих (розшукових) дій”).

Водночас органи досудового розслідування (слідчі підрозділи) і їх співробітники не зазначені в ст. 5 “Підрозділи, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність” Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” та ст. 41 “Оперативні підрозділи” КПУ України. Це викликає суперечності і в теорії, і в практичній діяльності слідчих і оперативних підрозділів. До речі, виконання більшості негласних слідчих (розшукових) дій неможливе без використання класичних методів та прийомів оперативно-розшукової діяльності.

Натомість Законом України від 12 лютого 2015 року №198-VIII “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції” шляхом внесення відповідних змін до частини першої статті 41 КПК України новостворені підрозділи детективів та підрозділи внутрішнього контролю антикорупційного бюро України наділені правом здійснення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих дій у кримінальному провадженні за письмовим дорученням детектива або прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури. Цим же законом підрозділ детективів визначений як орган досудового розслідування шляхом внесення відповідних змін до ст. 38 КПК України. Звідси не зовсім зрозумілим є положення закону про те, для чого новоствореним підрозділам детективів та підрозділам внутрішнього контролю антикорупційного бюро України, як органам досудового розслідування для проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих дій у кримінальному провадженні потрібне письмове доручення детектива або прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури? Не зрозумілий їх статус і як суб'єктів ОРД.

Тому необхідно і логічно, перш за все, внести зміни і до ст. 5 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”, хоча це навряд чи віправить неузгодженість, конкуренцію і незрозумілість норм зазначених законів, які потребують у цій частині дефініційного удосконалення.

Вказані неузгодженості породжують відповідні складнощі в практичній діяльності як оперативних, так і слідчих підрозділів. При цьому варто зазначити, що *перелік негласних слідчих дій у Главі 21 КПК практично повністю і майже текстуально відтворює перелік негласних оперативно-розшукових заходів, закріплених у ст.8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”*. Цей перелік у КПК є навіть ширшим, оскільки в ньому детально конкретизовано (ст. 271) контроль за вчиненням злочину. Окрім контролюваної поставки та контролюваної і оперативної закупки (п.2 ст. 8 ЗУ “Про ОРД”), у ст.271 КПК України зазначені додатково спеціальний слідчий експеримент та імітування обстановки злочину, а в ст. 274 – негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження. *При цьому законодавець не надав нормативно визначених критеріїв розмежування оперативно-розшукових заходів та негласних слідчих (розшукових) дій.*

Як бачимо, положення глави 21 КПК України створюють конкуренцію із Законом України “Про оперативно-розшукову діяльність” і по-різному врегульовують одні і ті ж питання оперативно-розшукової та кримінально-процесуальної діяльності. У ній не регламентовано залучення слідчим агентури, оплату їхніх послуг; взагалі видається нереалістичною спроба покладання на слідчого обов’язків, притаманних спеціалістам оперативних служб і підрозділів, оскільки за своїм статусом слідчий виключно гласну роботу і приймає рішення щодо таких процесуальних дій, як допити, огляди, обшуки, вилучення тощо. Незрозумілою є і назва глави, оскільки слідча дія тому і називається слідчою, що вона відповідно до національної доктрини кримінального процесу має гласний, публічний характер. Згідно з положеннями зазначеної глави оперативні підрозділи

вимушени здійснювати оперативне документування як процес оперативного доказування відповідно до норм КПК України.

Якщо звернутись до прийняття рішення про проведення ОРЗ, то цей процес передбачає досить істотну підготовку, зокрема, заведення оперативно-розшукової справи, що передбачає накопичення й, що головне, перевірку певних обсягів інформації, а це, у свою чергу, має забезпечити винятковість застосування й недопущення порушення прав та свобод людини під час проведення таких заходів. Що стосується слідчих, то у КПК України не визначається категорія осіб, щодо яких слідчий зможе приймати рішення про застосування негласних слідчих (розшукових) дій. Таким чином, фактично такою особою може стати будь-яка людина. І це за умов значно більших строків проведення негласних слідчих дій (при їх подовженні), на відміну від фактичної можливості при здійсненні відповідного ОРЗ. Повідомлення такої особи в межах календарного року після закінчення проведення негласної слідчої (розшукової) дії виглядає досить примарною та слабкою гарантією дотримання законності.

Вважаємо, не потребує додаткової аргументації теза про те, що проведення як ОРЗ, так і негласних слідчих (розшукових) дій має передбачати комплексну негласну роботу відносно осіб, які розробляються, у тому числі й з активним використанням інституту конфіденційного співробітництва. Напрацювання оперативних підрозділів у цьому напрямі безперечно є більш успішними, ніж у слідчого, який взагалі до сьогодні не має ані осіб, з якими у нього встановлене конфіденційне співробітництво, ані досвіду оперативної роботи тощо. Тож ще одне питання: чи буде ефективним проведення такої слідчої дії без використання можливостей оперативного підрозділу? Шукаючи відповідь на це питання, як здається на перший погляд, можна послатися на надану КПК України можливість використання конфіденційного співробітництва і слідчим. Проте така робота передбачає необхідність володіння специфічними вміннями та навичками, затрати значних обсягів часу та цілеспрямованих зусиль, дотримання вимог конспірації, забезпечення безпеки зазначених осіб тощо, а це дозволяє ставити виважене й обґрутоване питання про готовність сучасних слідчих до такої, м'яко кажучи, специфічної діяльності.

Також, на наш погляд, потребує узгодження запропонований спосіб проведення негласних слідчих дій із такими загальновизнаними зasadами кримінального процесу і провадження (а також і Конституції України), як “невтручання у приватне життя” (п.8), “безпосередність дослідження показань, речей і документів” (п. 16), “публічність” (п. 18), та ін. (ст. 7 КПК України).

Основоположні принципи кримінального процесу вимагають від слідчих здійснювати розслідування в кримінальних справах неупереджено. При розгляді в суді кримінальних справ може виникнути необхідність у розкритті окремих секретних аспектів оперативно-розшукової діяльності. У такому разі, наприклад, суди США користуються Законом “Про процедури з секретною інформацією” 1980 року. Такий стан речей, на нашу думку, обумовлений декількома факторами. Першим з них є те, що в країнах з ангlosаксонською системою права немає чіткого розмежування між кримінальним процесом та оперативно-розшуковою діяльністю, а відтак – і між слідчими та оперативно-розшуковими діями й методами.

У США отримання та реєстрація інформації про подію чи вчинок особи, які містять ознаки злочину, що готується, здійснюється або вже здійснений, є підставою для виконання широкого кола дій, що не суперечать правовим приписам, які можуть бути використані як докази при здійсненні в суді кримінального переслідування. Це практично весь набір негласних оперативно-розшукових дій,

а також інших заходів, в тому числі негласних слідчих дій. Подібний підхід фактично законодавчо закріплений і в КПК. Таким чином, можна зробити висновок, що запровадження у КПК України “негласних слідчих дій” у редакції, передбаченій главою 21 законопроекту, є не зовсім обґрунтованим, оскільки не відповідає основним принципам кримінального процесу та реаліям правозастосованої практики.

Беручи до уваги низку наведених питань, за умов невичерпності проблемних моментів, пов’язаних з положеннями КПК України, цілком логічним вбачається, на наш погляд, основне з них: яку ж саме роль та місце автори відводять оперативно-розшуковій діяльності, та чи взагалі залишається потреба в ній при одночасному існуванні КПК України та Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” та нелогічному суміщенні оперативно-розшукових та кримінально-процесуальних функцій? На нашу думку, розмежування повноважень оперативних підрозділів та слідчого дозволяє здійснювати ефективну боротьбу зі злочинністю. Слідчий, безумовно, є ключовою фігурою в кримінальному процесі, проте наділення його оперативно-розшуковими (за своєю суттю) засобами й методами встановлення доказів у кримінальній справі, вважаємо, негативно позначиться як на кримінальному судочинстві України в цілому, так і на якості та своєчасності розслідування окремого кримінального провадження тощо.

На підставі досить стислого аналізу окремих положень ОРД та КПК України маємо констатувати, що наведені нами та інші можливі питання, на жаль, залишаються без аргументованої відповіді, що дозволяє зробити висновок про недостатню підготовленість такого відповідального кроку, як запровадження інституту “негласна слідча (розшукова) дія” у КПК України, бо залишається при цьому безліч невирішених і взаємопов’язаних проблем у ОРД та діяльності оперативних підрозділів.

Як зазначає законодавець, було б логічним за умови легалізації через КПК України практично всієї негласної оперативно-розшукової діяльності вирішити питання законодавчого обґрунтuvання доцільності подальшого існування ОРД з одночасним уведенням таких нових понять, як “детектив”, “агент” тощо, як це спостерігаємо в країнах з англо-саксонською системою права, наприклад у Німеччині або у США, при поєднанні оперативно-розшукових та кримінально-процесуальних функцій у діяльності цих суб’єктів.

До таких ситуацій призводить необґрунтоване штучне змішування ОРД і кримінального процесу та їх суб’єктів, законодавчо закріплене в КПК України, необґрунтовані та нелогічні одночасні “процесуалізація” ОРД та “оєрдизація” кримінального процесу.

Виникає логічне запитання про повноваження слідчого проводити самостійно негласні слідчі (розшукові) дії, які за змістом є оперативно-розшуковими. Відповідно до п.п. 2, 3, 5 ч. 1 ст. 40 КПК України слідчий уповноважений проводити негласні слідчі (розшукові) дії самостійно, доручати проведення негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам, звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді з клопотаннями про проведення негласних слідчих (розшукових) дій. У свою чергу, згідно з ч. 3 ст. 41 КПК України доручення слідчого, прокурора щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій є обов’язковими для виконання оперативним підрозділом. А чи зможе слідчий фізично самостійно виконати рішення про проведення такої негласної слідчої дії як, наприклад, виконання спеціального завдання, що полягає в отриманні відомостей, речей і документів, які мають значення для досудового розслідування, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж або обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи тощо. У зв’язку з

цим, також постає логічне запитання про можливу підміну понять “негласна слідча (розшукова) дія” і “оперативно-розшуковий захід” за новим кримінально-процесуальним законодавством.

Фактично, КПК України ті дії, які раніше називались негласними оперативно-розшуковими, нині пропонує називати негласними слідчими (розшуковими).

КПК України передбачено, що оперативно-розшукова діяльність, пов’язана з розслідуванням злочину, та слідство проводитимуться в рамках єдиного процесу розслідування (ст.275 “Використання слідчим даних конфіденційного співробітництва”, ст. 41 ч. 2 “Під час виконання доручень слідчого, прокурора співробітник оперативного підрозділу набуває повноважень слідчого”, відповідно до п. 3 розділу X1 “Перехідних положень” ведення оперативно-розшукових справ, які на день набрання чинності Кодексом перевібають у провадженні підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, продовжується. За наявності відповідних підстав такі оперативно-розшукові справи передаються органам досудового розслідування для початку досудового розслідування в порядку, встановленому цим Кодексом, з урахуванням підслідності тощо.

У ч. 2 ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” передбачено правило, згідно з яким прийняття рішення про проведення негласних оперативно-розшукових заходів, подання та розгляд відповідних клопотань, проведення негласних оперативно-розшукових заходів, фіксація та використання їх результатів, проведення цих заходів до постановлення ухвали слідчого судді та інші питання їх проведення регулюються згідно з положеннями глави 21 КПК України з урахуванням особливостей, встановлених цим законом.

Усе, розглянуте вище, дає підстави для висновку про те, що загальні положення про негласні слідчі (розшукові) дії потребують не лише окремого та глибоко вивчення, але й відповідного наукового осмислення та обґрунтування.

Отже, будь-які зміни до законодавства, особливо ті, що пов’язані із втручанням у сферу приватного життя особи (*інтрозивні втручання*), повинні здійснюватись на підставі глибоких наукових досліджень із зазначеної проблематики, а також із врахуванням положень національної доктрини науки кримінального процесуального права.

Це неодмінно приведе до суттєвих змін чинного КПК України, оскільки значна кількість цих положень на практиці є дуже проблематичною, а деякі з них безпосередньо порушують конституційні права та законні інтереси людини і громадяніна, задекларовані Конституцією України.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Пясецький А.І. Оперативно-розшукова діяльність і кримінальний процес / А.І. Пясецький, В.П. Климчук, Н.В. Пелипенко // Науковий вісник НАВСУ. – 2002. – № 5. – С. 160–167.
2. Висновок Головного науково-експертного управління на проект Кримінального процесуального кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511=42312&pf35401=212945.
3. Дидоренко Э.А. Основы оперативно-розыскной деятельности в Украине (понятие, принципы, правовое обеспечение) : учебное пособие / Э.А. Дидоренко, Б.И. Бараненко, В.А. Глазков, Н.И. Курочка, В.А. Силуков, А.Г. Цветков. – К. : Центр учебной литературы, 2007. – С. 146–149.

Отримано 04.06.2015