

## ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

*У статті досліджуються проблемні питання, пов'язані з неузгодженістю окремих положень Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» та Кримінального процесуального кодексу України.*

*Ключові слова: оперативно-розшукова діяльність, оперативно-розшукові заходи, негласні слідчі (розшукові) дії, Кримінальний процесуальний кодекс України, Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність».*

**Фастовець В. А. Проблемные вопросы правовой регламентации оперативно-розыскной деятельности.**

*В статье осуществляется анализ норм Уголовного процессуального кодекса Украины и Закона Украины «Об оперативно-розыскной деятельности» с целью выявить и устранить существующие противоречия.*

*Ключевые слова: оперативно-розыскная деятельность, оперативно-розыскные мероприятия, негласные следственные (розыскные) действия, Уголовный процессуальный кодекс Украины, Закон Украины «Об оперативно-розыскной деятельности».*

**Fastovets V. A. Problems of legal regulation of the operational-search activity.**

*In the article carried out analysis of the norms of the Criminal Procedural Code of Ukraine and the Law of Ukraine «On operative-investigative activity» in order to identify and eliminate existing contradictions.*

*Keywords: operational-search activity, operational-search measures, the unspoken investigative (search) actions, the Criminal Procedural Code of Ukraine, the Law of Ukraine «On operative-investigative activity».*

Протягом дії Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року як учені-процесуалісти, так і практичні співробітники правоохоронних органів зазначали про необхідність більш активного використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності (в тому числі і результатів проведених оперативно-розшукових заходів) у вітчизняному кримінальному процесі. Проте тривалий час правова регламентація цього питання обмежувалась згадуванням у Кримінально-процесуальному кодексі України про можливість органів дізнання здійснювати оперативно-розшукові дії (частини третя–четверта статті 104 КПК України), в тому числі за дорученням слідчого (частина третя статті 114 КПК України).

На момент прийняття Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» у 1992 році в суспільстві вже спостерігалися стрімкі темпи інформатизації й технізації. У свою чергу, злочинні елементи на той момент були не тільки добре ознайомлені з тактикою проведення правоохоронними органами окремих слідчих дій та методами здійснення досудового розслідування, а також масово почали використовувати у своїй протиправній діяльності досягнення науки і техніки з метою протидії правоохоронним органам при здійсненні досудового розслідування та ухилення в подальшому від відповідальності.

Передбачені Кримінально-процесуальним кодексом України традиційні форми та методи здійснення досудового розслідування вже не задовольняли існуючим потребам правоохоронних органів у залученні більш ефективних механізмів протидії злочинності, в тому числі використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі. Вітчизняний законодавець періодично пробував вирішувати вказані проблеми шляхом унесення змін до КПК України 1960 року щодо більш активного використання цієї негласної діяльності оперативних підрозділів під час здійснення досудового розслідування злочинів.

Згідно з унесеними змінами до частини другої статті 65 КПК України до фактичних даних, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлювали наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи, були віднесені також протоколи з відповідними додатками, складені уповноваженими органами за результатами проведених оперативно-розшукових заходів. Водночас, відповідно до внесених змін до частини

п'ятої статті 97 КПК України, заява або повідомлення про злочини до порушення кримінальної справи могли бути перевірені шляхом проведення оперативно-розшукової діяльності.

Однак, не дивлячись на подібні «косметичні» спроби удосконалити чинне кримінально-процесуальне законодавство, багато питань залишилися невирішеними. Це було пов'язано передусім з тим, що здійснення оперативно-розшукової діяльності регламентувалося Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі – Закон України «Про ОРД») та відомчими наказами, більшість з яких була з обмеженим грифом доступу. Разом з тим ані Кримінально-процесуальним кодексом України, ані зазначеними відомчими наказами не передбачалось ефективного механізму використання результатів оперативно-розшукової діяльності для потреб кримінального процесу.

Вищезазначені проблеми підтвердили необхідність проведення реформування вітчизняного кримінально-процесуального законодавства. 15 лютого 2008 року було прийняте рішення Ради національної безпеки і оборони України «Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів», затверджене Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008. Черговим етапом цієї реформи стала підготовка та прийняття Верховною Радою України 13 квітня 2012 року Кримінального процесуального кодексу України [1] (далі – КПК України), який набрав чинності 20 листопада 2012 року. Водночас прийняття вказаного нормативно-правового документа супроводжувалося внесенням змін до низки інших нормативно-правових актів, у тому числі і до Закону України «Про ОРД» [2] з метою приведення його у відповідність до положень КПК України.

Однак редакція окремих змін, передбачених Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» [3], не дозволяє повною мірою визначити співвідношення кримінально-процесуальної та оперативно-розшукової діяльності, а також визначити порядок здійснення окремих оперативно-розшукових заходів. Вищезазначене у свою чергу зумовлює виникнення проблемних питань, пов'язаних з можливістю подальшого використання в кримінальному провадженні як доказів матеріалів, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб, зібраних оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України «Про ОРД».

Слід зазначити, що розробленням окремих теоретичних та практичних аспектів здійснення оперативно-розшукової діяльності як органами безпеки, там й іншими правоохоронними органами займалися різні вчені-процесуалісти, зокрема, Ю. М. Грошевий, В. С. Зеленецький, В. В. Крутов, М. А. Погорецький, Є. Д. Скулиш, І. В. Слюсарчук, М. О. Шилін, М. Є. Шумило та інші.

Деякі питання особливостей провадження негласних слідчих (розшукових) дій, а також проведення оперативно-розшукових заходів розглядали у своїх наукових працях В. Ю. Артемов, О. А. Білічак, В. О. Глушков, Ю. О. Найдьон та інші.

Однак питання, пов'язані з правовою регламентацією оперативно-розшукової діяльності після набрання чинності КПК України 2012 року та внесення відповідних змін до Закону України «Про ОРД» на даний час залишаються малодослідженими.

Отже, метою цієї статті буде розгляд окремих правових норм Закону України «Про ОРД» та Кримінального процесуального кодексу України на предмет встановлення їх відповідності, а також формулювання власних пропозицій щодо вирішення виявлених проблемних питань.

Аналіз положень Закону України «Про ОРД» дозволяє зробити висновок, що редакція окремих змін, унесених до вказаного нормативно-правового акта у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України, створюватиме проблеми оперативним підрозділам під час здійснення ними оперативно-розшукової діяльності, а також проведення оперативно-розшукових заходів.

Так, згідно з пунктом 1 частини першої статті 6 Закону України «Про ОРД» однією з підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності є наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, яка потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про злочини, що готуються, а також про осіб, які готують учинення злочинів. У свою чергу, відповідно до частини дев'ятої статті 7 Закону України «Про ОРД» у разі виявлення ознак злочину оперативний підрозділ, який здійснює оперативно-розшукову діяльність, зобов'язаний невідкладно направити зібрані матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, до відповідного органу досудового розслідування для початку та здійснення досудового розслідування в порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України.

Необхідно зазначити, що згідно зі статтями 14, 16 КК України готування до злочину є підставою для притягнення винної особи до кримінальної відповідальності, за винятком готування до злочинів невеликої тяжкості. Тому ми розділяємо позицію М. О. Шиліна, який зазначає, що відповідно до Закону України «Про ОРД» наявність достатньої інформації про злочини, що готуються, а також про осіб, які готують учинення злочинів, є, з одного боку, підставою для початку оперативно-розшукової діяльності, а з другого – підставою для початку кримінального провадження [4].

Вирішення цієї проблеми було б можливим, якби законодавець узгодив між собою положення Закону України «Про ОРД». Так, відповідно до статті 1 Закону України «Про ОРД» до завдань оперативно-розшукової діяльності, окрім пошуку і фіксації фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, розвідувально-підривною діяльністю спеціальних служб іноземних держав та організацій з метою припинення правопорушень та в інтересах кримінального судочинства, належить також *отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави*. Проте всупереч цьому положенню при формулюванні пункту 3 частини першої статті 6 Закону України «Про ОРД» законодавець зазначив таку підставу для проведення оперативно-розшукової діяльності, як «потреба в отриманні *розвідувальної інформації* в інтересах безпеки суспільства і держави». У свою чергу, згідно зі статтею 1 Закону України «Про розвідувальні органи України» [5], розвідувальна інформація – це усні та зафіксовані на матеріальних носіях відомості, які неможливо отримати офіційним шляхом, про реальні та потенційні можливості, плани, наміри і дії іноземних держав, організацій та окремих осіб, що загрожують національним інтересам України, а також про події і обставини, що стосуються національної безпеки і оборони. Крім того, відповідно до статті 6 зазначеного нормативно-правового акта до розвідувальних органів, що мають право збирати розвідувальну інформацію, належать Служба зовнішньої розвідки України, розвідувальний орган Міністерства оборони України та розвідувальний орган спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади у справах охорони державного кордону. Таким чином, можна дійти висновку, що отримання розвідувальної інформації не належить до завдань органів Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ України, Державної податкової служби, а отже, використовувати зазначену вище підставу для проведення оперативно-розшукової діяльності вказані органи не мають права.

Таким чином, залишається незрозумілим, чим саме керувався законодавець, коли при формулюванні згаданої вище підстави для проведення оперативно-розшукової діяльності не врахував «потребу в отриманні інформації в інтересах безпеки громадян», зазначену у завданнях оперативно-розшукової діяльності. Внаслідок цих правових прогалин склалася ситуація, коли перед оперативними підрозділами поставлені певні завдання (що робити), які вони неспроможні виконати через відсутність правової регламентації механізмів їх виконання (яким саме чином робити).

У свою чергу, виконання завдання з отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави значно ускладнилося з моменту внесення змін до Закону України «Про ОРД». Зокрема, відповідно до частини третьої статті 8 цього Закону, оперативно-розшукові заходи застосовуються виключно з метою запобігання вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, запобігання і припинення терористичних актів та інших посягань спеціальних служб іноземних держав та організацій, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо. Водночас необхідно мати на увазі, що отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави не завжди пов'язано із запобіганням вчиненню конкретного злочину, адже повна і об'єктивна інформація щодо оперативної обстановки – це також досить вагомий і значний інструмент боротьби зі злочинністю.

Указане питання є надзвичайно актуальним, адже відсутність належного правового регулювання таких питань може поставити під сумнів законність проведення оперативно-розшукової діяльності, а отже, законність використання її результатів як приводів до порушення кримінального провадження або як засіб встановлення наявності чи відсутності фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження, тобто в якості доказів.

Слід зазначити, що крім розгляду підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності, окремого вирішення потребує проблема визначення співвідношення оперативно-розшукової та кримінальної процесуальної діяльності. Адже для багатьох оперативних співробітників є надзвичайно актуальним питання: чи можна продовжувати проводити оперативно-розшукову діяльність (у тому числі здійснювати оперативно-розшукові заходи) після відкриття

кримінального провадження на підставі її результатів?

На нашу думку, оперативно-розшукова діяльність не може здійснюватися одночасно з кримінальною процесуальною діяльністю та потребує свого завершення у кожному випадку відкриття кримінального провадження з наступних причин:

1) відповідно до згаданих вище положень статті 7 Закону України «Про ОРД» у кожному випадку виявлення в ході проведення оперативно-розшукової діяльності ознак злочину оперативний підрозділ зобов'язаний невідкладно направити зібрані матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про зазначений злочин, до відповідного органу досудового розслідування для відкриття кримінального провадження в порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України. Разом з тим, у разі якщо ознаки злочину виявлені під час проведення оперативно-розшукових заходів, що тривають і припинення яких може негативно вплинути на результати кримінального провадження, підрозділ, який здійснює оперативно-розшукову діяльність, повідомляє відповідний орган досудового розслідування та прокурора про виявлення ознак злочину, закінчує проведення оперативно-розшукового заходу, після чого направляє зібрані матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про злочин, до відповідного органу досудового розслідування;

2) аналіз положень статей 36, 40 КПК України дає можливість дійти висновку щодо відсутності права у слідчого і прокурора доручати оперативним підрозділам у ході здійснення досудового розслідування проводити оперативно-розшукову діяльність (у тому числі здійснювати оперативно-розшукові заходи);

3) з урахуванням того, що негласні слідчі (розшукові) дії за своїм змістом відповідають оперативно-розшуковим заходам, навіть з логічних міркувань для оперативних підрозділів у рамках відкритого кримінального провадження немає сенсу здійснювати оперативно-розшукові заходи, оскільки слідчим або прокурором за потреби та за наявності передбачених КПК України підстав можуть бути прийняті рішення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій та доручено їх виконання цим же оперативним підрозділом.

Однак при внесенні змін до Закону України «Про ОРД» з метою приведення його у відповідність до нового КПК України законодавець так і не провів чіткого розмежування між оперативно-розшуковою діяльністю та кримінальною процесуальною. Зокрема, у статті 9-2 вказаного Закону визначені підстави закриття оперативно-розшукових справ (а отже, і завершення оперативно-розшукових заходів), серед яких відсутня така підстава, як відкриття кримінального провадження.

Таким чином, унаслідок відсутності узгодження положень Закону України «Про ОРД» з КПК України залишаються незрозумілими окремі моменти як щодо початку оперативно-розшукової діяльності, так і щодо її завершення, що, безумовно, створюватиме проблеми для оперативних співробітників під час здійснення ними діяльності щодо виявлення злочинів та осіб, які їх вчинили. Так, якщо оперативний співробітник у рамках заведеної оперативно-розшукової справи під час проведення оперативно-розшукових заходів виявив злочин та направив зібрані матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані щодо цього злочину, до відповідного органу досудового розслідування, який відкрив кримінальне провадження та розпочав досудове розслідування, то постає логічне питання: що йому робити далі в рамках цієї оперативно-розшукової справи?.. Проводити оперативно-розшукові заходи, які слідчий буде дублювати проведенням негласних слідчих (розшукових) дій, немає сенсу, а закрити вказану оперативно-розшукову справу у нього немає законних підстав. Вочевидь, що вказана проблема потребує свого термінового вирішення шляхом внесення відповідних змін до Закону України «Про ОРД».

Отже, підсумовуючи наведене, можна зробити наступні висновки:

1. У зв'язку з невідповідністю визначених в Законі України «Про ОРД» завдань оперативно-розшукової діяльності та приводів до початку останньої пропонується викласти пункт 3 статті 6 Закону України «Про ОРД» у наступній редакції: «потреба в отриманні інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави». Крім того, зазначити в цій статті таку підставу для проведення оперативно-розшукової діяльності, як «пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України».

2. З урахуванням того, що мета оперативно-розшукової діяльності не обмежується виключно здобуттям фактичних даних щодо злочинів, які готуються, а також осіб, які їх готують, частину третьої статті 8 цього Закону доцільно виключити.

3. Зважаючи на неузгодженість статті 9-2 Закону України «Про ОРД» з положеннями КПК

України в частині припинення оперативно-розшукової діяльності, вважаємо за доцільне зазначену статтю доповнити такою підставою закриття оперативно-розшукових справ, як «направлення зібраних матеріалів оперативно-розшукової діяльності, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, до відповідного органу досудового розслідування для відкриття кримінального провадження».

**Список використаних джерел:**

1. Кримінальний процесуальний кодекс України [текст]: – К. : «Центр учбової літератури», 2012. – 254 с.
2. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18.02.1992 // Відомості Верховної Ради України 1992. – № 22. – Ст. 303.
3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України : Закон України від 13 квітня 2012 року № 4652-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 37. – Ст. 1371.
4. Шилін М. О. Оперативно-розшукова діяльність та негласні слідчі дії: проблеми правового регулювання у світлі нового Кримінального процесуального кодексу України / М. О. Шилін // Вісник прокуратури. – К., 2013. – № 1 (139). – С. 59–64.
5. Про розвідувальні органи України : Закон України від 22.03.2001 // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 19. – Ст. 94.

*\* Фастовець Валерій Анатолійович – кандидат юридичних наук, заступник завідувача кафедри криміналістики Національної академії Служби безпеки України.*