



І. І. Сливич
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права
Ужгородського національного університету

О. С. Семерак
кандидат юридичних наук, професор,
Заслужений юрист України,
завідувач кафедри кримінального права
Ужгородського національного університету

УДК 343.1

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ ЮРИДИЧНІ ФАКТИ ТА ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

Досліджується співвідношення кримінально-процесуальної діяльності з оперативно-розшуковою через відсутність чіткої законодавчої регламентації порядку проведення окремих оперативно-розшукових заходів, які тимчасово обмежують права особи, що негативно впливає на стан дотримання оперативними підрозділами правоохоронних органів України конституційних прав громадян. Запропоновано при упорядкуванні чинного КПК України та розробці нового більш широко використовувати норми з бланкетними елементами (гіпотезами, диспозиціями та санкціями), що з врахуванням розвитку вітчизняного законодавства дозволить попередити колізію положень КПК зі спеціальними законами та забезпечить належний рівень правової визначеності.

Ключові слова: кримінально-процесуальна діяльність, оперативно-розшукові заходи, співвідношення, конституційні права.

Однією з ознак сучасного кримінального процесу є поступова конвергенція кримінально-процесуальної діяльності з оперативно-розшуковою. Ця тенденція спостерігається з 1959 року, коли вперше в ст. 29 Основ кримінального судочинства Союзу РСР та союзних республік на органи дізнання було покладено обов'язок прийняття необхідних оперативно-розшукових заходів з метою виявлення ознак злочину й осіб, які їх вчинили (це положення згодом було дослівно відтворене у відповідних нормах кримінально-процесуального законодавства України й інших союзних республіках колишнього СРСР). Наразі КПК України в окремих нормах не лише згадує про оперативно-розшукову діяльність (ст.ст. 25, 103, 107), але й певною мірою регламентує порядок її проведення (ст.ст. 431, 65, 66, 97), в тому числі з метою отримання інформації, яка може набути значення доказів у кримінальній справі або використана для встановлення інших доказів.

У правозастосовній практиці існують проблемні питання, які виникають в процесі здійснення в межах розслідування кримінальних справ або перевірки відомостей про вчинений злочин або такий, що готується (на стадії порушення кримінальної справи) оперативно-розшукових дій оперативними підрозділами МВС України, Служби безпеки України, податкової міліції Державної податкової служби України відповідно до вимог Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність"

© Сливич І. І., Семерак О. С., 2011



[1], але не вирішені у наукових працях (зокрема таких вчених як К. І. Беляков, Р. А. Гуменюк, С. М. Гусаров, Р. А. Калюжний, М. Я. Швець та інших).

В основному зазначені проблеми стосуються стану законності при проведенні передбачених ч. 2 ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” окремих оперативно-розшукових заходів, які тимчасово обмежують права особи. Згідно із вказаною нормою негласне проникнення до житла чи іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв’язку, контроль за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною чи іншою кореспонденцією, а також застосування інших технічних засобів одержання інформації мають проводитися за рішенням суду за поданням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника і виключно з метою запобігти злочині чи з’ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншим способом одержати інформацію неможливо. Таким чином, законом визначено такий *принцип застосування вказаних оперативно-розшукових заходів*, як їх виключність через зазначення можливості їх проведення, коли вичерпані чи виключені інші способи одержання інформації.

В практичній діяльності оперативних підрозділів (особливо це стосується УБОЗ ГУ МВС України) застосування цих окремих оперативно-розшукових заходів вказує на поступову втрату їх виключного (необхідного) характеру і все більше набирає риси повсякденності, про що свідчить поширеність з року в рік їх застосування. Відслідкувати статистичні дані про застосування оперативно-розшукових заходів складно у зв’язку з їх особливим (таємним) порядком проведення та реєстрації.

Про огульність застосування окремих оперативно-розшукових заходів (далі — ОРЗ) з повним ігноруванням їх виключності свідчать непоодинокі факти, коли через 3-5 днів після заведення ОРС оперативні працівники підрозділів УБОЗ УМВС України зверталися з відповідними поданнями до апеляційного суду, не вживши абсолютно ніяких інших оперативно-розшукових заходів, тобто не переконавшись, що необхідну інформацію іншим способом отримати неможливо.

Особливу занепокоєність викликає те, що поширеність проведення спецпідрозділами окремих оперативно-розшукових заходів, які тимчасово обмежують права осіб, призводить і до випадків, коли окремі ОРС, в рамках яких проводилися такі заходи, закриваються на підставах п. 7 ст. 92 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”, тобто в зв’язку з невстановленням у передбачені Законом строки даних, що вказують на ознаки злочину в діях фігурантів таких ОРС.

Ні ст. 31 Конституції України, ні Законом України “Про оперативно-розшукову діяльність” взагалі не визначено, який суд має право надавати дозволи на проведення окремих оперативно-розшукових заходів, які тимчасово обмежують права громадян.

З моменту введення в 1992 році в дію Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” і майже до кінця 1997 року проведення окремих оперативно-розшукових заходів, які тимчасово обмежують права громадян, санкціонувалося особисто прокурорами областей та АРК, або виконуючими їх обов’язки (заступники цих прокурорів такого права не мали).

Згідно статистики тих років зазначені оперативно-розшукові заходи дійсно носили характер виключності. Обмеженою до мінімуму кількістю працівників органів прокуратури в кожному окремо взятому випадку досконало вивчалися матеріали ОРС, які були підставами для проведення таких заходів, і при наявності найменших сумнівів в обґрунтованості відповідних подань в наданні дозволу відмовлялося.

Завдяки хибній позиції керівництва окремих апеляційних судів проведення оперативно-розшукових заходів втрачає свою виключність та все більше набуває ознак повсякденності. Окрім того, мають місце непоодинокі випадки, коли суд давав дозволи на приведення зазначених окремих оперативно-розшукових заходів стосовно осіб, які не були фігурантами розробок по тій чи іншій ОРС, тобто стосовно



цих осіб ОРС взагалі не заводилися, а без заведення ОРС здійснення будь-яких оперативно-розшукових заходів заборонене. Таким чином, працівниками підрозділів УБОЗ фактично з дозволу суду порушувалися вимоги ч. 3 ст. 9 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”.

Згідно із ч. 5 ст. 97 КПК України заява або повідомлення про злочини до порушення кримінальної справи можуть бути перевірені шляхом проведення оперативно-розшукової діяльності, а відповідно до ч. 1 ст. 9 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” у кожному випадку наявності підстав для проведення такої діяльності заводиться оперативно-розшукова справа (ОРС).

Далі ця норма КПК України передбачає, що проведення визначених у законодавчих актах України окремих оперативно-розшукових заходів проводиться з дозволу суду за погодженням з прокурором поданням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника, тобто мова йде однозначно про окремі оперативно-розшукові заходи, які передбачені ч. 2 ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”, але ч. 2 ст. 8 зазначеного Закону не передбачає попереднього погодження подання керівництва оперативного підрозділу з прокурором.

П. 10 ст. 14 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” передбачено, що прокурор в межах своєї компетенції опротестовує незаконну постанову суду про дозвіл або відмову на проведення оперативно-розшукових заходів і внесення протесту зупиняє проведення оперативно-розшукових заходів, дозвіл на які дано судом.

Згідно з вищезгаданою ч. 5 ст. 97 КПК України на постанову судді про надання дозволу на проведення окремих оперативно-розшукових заходів прокурором може бути принесена апеляція, але лише “... з додержанням порядку і у випадках, передбачених ст.ст. 177, 178 і 190 КПК України ...”, тобто лише у випадках, пов’язаних з проведенням обшуку, виїмки та огляду, які не мають жодного відношення до окремих оперативно-розшукових заходів, передбачених ч. 2 ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”, тобто на проведення заходів у відповідності до ч. 2 ст. 8 Закону прокурор не може вносити апеляцію.

Є ще одна норма закону в зазначеному ряді протиріч. Це ст. 187 КПК України, яка передбачає право слідчого під час проведення досудового слідства накладати арешт на кореспонденцію та знімати інформацію з каналів зв’язку. При цьому відповідне подання слідчого до апеляційного суду підлягає попередньому узгодженню з прокурором. Разом із тим відповідна постанова голови апеляційного суду (чи його заступника) оскарженню не підлягає і на неї не може бути внесено подання прокурора.

Ч. 3 цієї статті передбачає, що арешт на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв’язку з метою запобігти злочину може бути застосовано до порушення кримінальної справи, тобто на стадії документування злочинних дій розроблюваної в рамках ОРС особи в процесі проведення оперативно-розшукової діяльності. Згідно із змістом ч. 10 цієї статті КПК України постанова суду виносить в режимі, який забезпечує нерозголошення даних досудового слідства або оперативно-розшукової діяльності, тобто зміст ст. 187 КПК України стосується і оперативно-розшукової діяльності, а не лише досудового слідства.

Таким чином, зі змісту ст.ст. 97 та 187 КПК України витікає, що як подання слідчого, так і подання керівника відповідного оперативного підрозділу до апеляційного суду щодо надання дозволу на проведення окремих оперативно-розшукових заходів (частиною яких і є арешт на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв’язку) підлягають попередньому узгодженню з прокурором, але ч. 2 ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” цього не передбачає, тобто мають місце суттєві протиріччя між окремими нормами чинного законодавства.



На практиці і оперативні працівники, і керівництво апеляційного суду в питаннях необхідності попереднього погодження з прокурором подань оперативних підрозділів керуються вимогами ч. 2 ст. 8, тобто не визнають необхідності такого погодження.

Відсутність чіткої законодавчої регламентації порядку проведення окремих оперативно-розшукових заходів, які тимчасово обмежують права особи, негативно впливає на стан дотримання оперативними підрозділами правоохоронних органів України конституційних прав громадян. Не вирішує вказане питання і Порядок отримання дозволу суду на здійснення заходів, які тимчасово обмежують права людини, та використання добутої інформації, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 26 вересня 2007 р. № 1169 [2], оскільки відповідно до п. 3 цього Порядку погодження подання про проведення оперативно-розшукового заходу погоджується з прокурором лише у визначених законом випадках.

На наш погляд, законодавче вирішення питання про повернення органам прокуратури України права санкціонування (погодження) проведення оперативними підрозділами правоохоронних органів окремих оперативно-розшукових заходів, або хоча б законодавче закріплення необхідності попереднього узгодження з прокурором подання оперативного підрозділу на отримання дозволу на проведення таких оперативно-розшукових заходів, значно зменшить кількість цих заходів, оскільки сумнівні подання не будуть потрапляти до апеляційного суду, окрім того, необхідне законодавче вирішення і питання щодо порядку внесення органами прокуратури протестів або апеляцій на рішення судів, пов'язаних з проведенням таких оперативно-розшукових заходів. Окрім того приведення у повну відповідність до вимог Закону України "Про оперативно-розшукову діяльність" окремих відомчих нормативних актів МВС України також буде сприяти зміцненню законності оперативно-розшукової діяльності.

Тому є необхідним виключення з КПК України норм, що стосуються умов та порядку проведення оперативно-розшукових заходів, (ч.ч. 4-5 ст. 141, ч. 5 ст. 97 КПК України та ін.), оскільки вони повинні визначатися законодавством про оперативно-розшукову діяльність. З метою виконання вимог, що ставляться до закону Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. в аспекті дотримання права на повагу до приватного життя (ст. 8 Конвенції), в Законі України "Про оперативно-розшукову діяльність" пропонується передбачити порядок отримання дозволу та проведення дій, що суттєво обмежують конституційні права громадян, уніфікованих з процесуальною формою таких слідчих дій, як зняття інформації з каналу зв'язку та дослідження такої інформації. За результатами проведення таких оперативно-розшукових заходів повинен складатися відповідний протокол з відповідними додатками застосування технічних засобів, а відомості, що містяться в них, можуть застосуватися при провадженні у кримінальних справах як докази.

Мають місце суперечності у визначенні юридичних фактів між КПК України і законами України, що не стосуються правоохоронної діяльності. Відповідно до ч. 5 ст. 141 КПК України "прослуховування телефонних та інших розмов, розкриття інформації, яка містить банківську таємницю, здійснюється з письмового дозволу власника такої інформації або за рішенням суду, крім випадків, передбачених Законом України "Про боротьбу з тероризмом" [3]. Таким чином, підставою для виникнення правовідносин, наприклад, з витребування з банківської установи інформації, що містить банківську таємницю, є лише письмовий дозвіл власника такої інформації або ж рішення суду, але згідно п. 3 ст. 62 Закону України "Про банки і банківську діяльність" [4] інформація щодо юридичних та фізичних осіб, яка містить банківську таємницю, розкривається банками "... органами прокуратури України, Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ України,



Антимонопольного комітету України на їх письмову вимогу стосовно операцій за рахунками конкретної юридичної особи або фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності за конкретний проміжок часу". Тобто відповідне рішення суду вже не є обов'язковою підставою для виникнення правовідносин з отримання вказаної інформації, що, звісно, не сприяє ні підвищенню ефективності кримінально-процесуальної діяльності, ні забезпеченню законності як в діяльності банківських установ, так і в діяльності правоохоронних органів.

Вихід полягає у виключенні з КПК України ч. 4 ст. 141 (у зв'язку з тим, що вказані в ній відносини повинні регламентуватися спеціальним законодавством про забезпечення безпеки осіб, що беруть участь у кримінальному судочинстві) та викладенні чч. 3 і 5 ст. 141 КПК України у такій редакції:

"Обшук, виїмка, огляд приміщення у громадян, зняття інформації з каналів зв'язку та її дослідження, накладення арешту на кореспонденцію і виїмка її в поштово-телеграфних установах можуть провадитись тільки на підставах і в порядку, встановлених цим Кодексом".

Розкриття інформації, яка містить банківську таємницю, здійснюється відповідно до Закону України "Про банки та банківську діяльність", оскільки прослуховування телефонних та інших розмов не є процесуальною дією, а регламентується законодавством про оперативно-розшукову діяльність, а Закон України "Про боротьбу з тероризмом" порядку розкриття банківської таємниці не торкається.

Таким чином, при упорядкуванні чинного КПК України та розробці нового слід більш широко використовувати норми з бланкетними елементами (гіпотезами, диспозиціями та санкціями), що з врахуванням розвитку вітчизняного законодавства дозволить попередити колізію положень КПК зі спеціальними законами та забезпечить належний рівень правової визначеності.

Викладене дозволяє дійти висновку, що з процесуальною фактичною системою можуть бути тісно пов'язані фактичні системи інших галузей права, кримінально-процесуальні юридичні факти можуть впливати на існування правовідносин інших галузей права.

Список використаних джерел

1. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18.02.1992 р. № 2135–ХІІ [Текст] // ВВР. — 1992. — № 22. — Ст. 303.
2. Про затвердження Порядку отримання дозволу суду на здійснення заходів, які тимчасово обмежують права людини, та використання добутої інформації : постанова Кабінету Міністрів України від 26.09.2007 р. № 1169 [Текст] // ОВУ. — 2007. — № 73. — Ст. 2725.
3. Про боротьбу з тероризмом : Закон України від 20.03.2003 р. № 638–ІV [Текст] // ВВР. — 2003. — № 25. — Ст. 180.
4. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 р. № 2121–ІІІ [Текст] // ВВР. — 2001. — № 5-6. — Ст. 30.

*Рекомендовано до друку кафедрою кримінального права
Ужгородського національного університету
(протокол № 11 від 16 травня 2011 року)*

Надійшла до редакції 19.05.2011



Сливич И. И., Семерак А. С. Уголовно-процессуальные факты и оперативно-розыскная деятельность

Исследуется соотношение криминально-процессуальной деятельности с оперативно-розыскной из-за отсутствия четкой законодательной регламентации порядка проведения отдельных оперативно-розыскных мероприятий, которые временно ограничивают права личности, которая негативно влияет на состояние соблюдения оперативными подразделениями правоохранительных органов Украины конституционных прав граждан. Предложено при упорядочивании действующего УПК Украины и разработке нового более широко использовать нормы с бланкетными элементами (гипотезами, диспозициями и санкциями), что с учетом развития отечественного законодательства позволит предупредить коллизию положений УПК со специальными законами и обеспечит надлежащий уровень правовой определенности.

Ключевые слова: уголовно-процессуальная деятельность, оперативно-розыскные мероприятия, соотношение, конституционные права.

Slivich, I. I.; Semerak, O. S. Criminal Procedural Legal Facts and Operative Investigative Activity

In article the parity of criminal-remedial activity with operatively - search because of absence of a precise legislative regulation of the order of carrying out of separate operatively-search actions which temporarily limit the rights of the person is investigated, which negatively influences a condition of compliance by operative divisions of law enforcement bodies of Ukraine of constitutional laws of citizens. Suggested that when arranging the existing Code of Criminal Procedure of Ukraine and development of new, more widely used standards with blanket elements (hypotheses, dispositions and sanctions) that given the development of domestic legislation would prevent conflict provisions of the Criminal Procedural Code of Ukraine by special laws and provide the appropriate level of legal certainty.

Key words: criminal-procedural activity, operational-search measures, correlation, constitutional rights.

