

Вадим ПОЛОВНИКОВ,

кандидат юридичних наук, доцент,
Національна академія Державної прикордонної служби України
імені Богдана Хмельницького, м. Хмельницький

Сергій ХАЛИМОН,

доктор юридичних наук, доцент,
Національна академія Державної прикордонної служби України
імені Богдана Хмельницького, м. Хмельницький

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ПОШУК ШЛЯХІВ ВИРІШЕННЯ

Стаття присвячена системному аналізу проблем правового регулювання оперативно-розшукової діяльності та пошуку шляхів їх подолання. Констатовано, що наука оперативно-розшукового права може і має стати міцним підґрунтям для реформування безпекового потенціалу України. Встановлено, що сучасний стан правового регулювання оперативно-розшукової діяльності потребує вдосконалення. На основі детального аналізу оперативно-розшукового законодавства виявлено основні проблеми, серед яких: втрата монопольного правового регулювання проведення оперативно-розшукових заходів, необхідність розмежування прав оперативних підрозділів на дві групи, (за ступенем санкціонування та втручання у конституційні права і свободи людини).

***Ключові слова:** оперативно-розшукова діяльність, правове регулювання, соціальний і правовий захист, конфіденційне співробітництво.*

Постановка проблеми у загальному вигляді. Проголошення Конституцією України людини, її життя, здоров'я і безпеки найвищою соціальною цінністю передбачає і зумовлює необхідність побудови дієвої системи протидії правопорушенням. Це ставить перед фахівцями різних галузей знань важливі теоретичні та прикладні завдання. Не на останньому місці в цьому процесі знаходиться наука оперативно-розшукового права [1; 2], яка може і має стати міцним підґрунтям для реформування безпекового потенціалу України.

Багатовікова практика використання негласних сил, засобів і методів правоохоронними органами різних держав у боротьбі зі злочинністю доводить, що агентурний метод не поступається навіть новітнім технічним розробкам у галузі електронної розвідки. Зазначене свідчить про актуальність використання негласних сил та засобів у діяльності правоохоронних органів по забезпеченню безпеки, правопорядку та боротьби зі злочинністю.

Одним із напрямків удосконалення будь-якої діяльності є належне унормування її правової основи. Оперативно-розшукова діяльність не є виключенням. На тлі системних змін, що відбуваються в правоохоронних органах, не можна залишати поза увагою правове регулювання оперативно-розшукової діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано вирішення даної проблеми та на які опирається автор. Проблеми оперативно-розшукової діяльності у різні роки були предметом дослідження значної когорти як вітчизняних так і зарубіжних вчених, таких як: К. В. Антонов, О. М. Бандурка, Б. І. Бараненко, Р. С. Белкін, П. Д. Біленчук, В. О. Біляєв, І. Г. Богатирьов, В. І. Галаган, С. Г. Галючек, В. О. Глушков, О. М. Гордієнко, В. Я. Горбачевський, М. Л. Грібов, А. А. Гриненко, В. М. Гринчак, О. М. Джужа, Е. О. Дідоренко, О. Ф. Долженков, Г. О. Душейко, В. П. Захаров, А. В. Іщенко, М. О. Кисельов, А. М. Кислий, О. В. Кириченко, І. П. Козаченко, О. І. Козаченко, С. М. Матвійчук, Д. Й. Никифорчук, С. І. Ніколаюк, С. В. Обшалов, Ю. Ю. Орлов, В. Л. Ортинський, М. А. Погорецький, В. Д. Пчолкін, Е. В. Рижков, В. Г. Самойлов, І. В. Сервецький, Г. П. Середа, Є. Д. Скулиш, О. П. Снігерьов, М. П. Стрельбицький, О. Є. Судаков, В. Є. Тарасенко, В. Ф. Усенко, Ю. Е. Черкасов, В. О. Черепанов, М. П. Шилін, І. Р. Шинкаренко, В. В. Шендрик, М. Є. Шумило та інших.

Теоретичні напрацювання зазначених вчених безсумнівно збагатили теорію оперативно-розшукового права, були, є і будуть підґрунтям для подальших наукових розвідок.

Про недоліки нормативно-правового регулювання оперативно-розшукової діяльності, особливо в частині оперативно-профілактичної функції, писав М. А. Погорецький [3, с. 156]. Про непослідовність законотворця в частині наділення оперативного працівника в порядку ч.2 ст. 41 Кримінального процесуального кодексу України (далі КПК України) повноваженнями слідчого зазначав П. Д. Біленчук [4, с. 194]. На проблему визначення кола суб'єктів, які мають право здійснювати оперативно-розшукову діяльність звертав увагу М. А. Погорецький [5], але зазначені проблеми не лише не вирішені, а ще більше ускладнені законотворцем, постійним безсистемним внесенням змін. Згадані публікації лише частково вказують на недоліки оперативно-розшукового законодавства, значна частина із них викладена в публікаціях, які носять закритий зміст.

Метою статті є висвітлення окремих результатів системного аналізу положень чинного Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» та проекту вказаного закону, зареєстрованого у Верховній Раді України, виявлення основних недоліків викликаних неузгодженістю з чинним кримінальним процесуальним законом, та пошук шляхів їх подолання.

Виклад основного матеріалу дослідження. Сучасний стан правового регулювання оперативно-розшукової діяльності потребує вдосконалення. Все частіше лунають думки серед експертів, вчених, представників громадськості, що чинний Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» [6] не відповідає міжнародним стандартам негласної діяльності, а також чинному кримінальному процесуальному закону. Такі думки мають суттєве підґрунтя, адже діючий Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» [6], прийнятий у далекому 1992 році, є дійсно морально застарілим, незважаючи на постійні зміни.

Як зазначають автори пояснювальної записки до проекту нового Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», зареєстрованого у Верховній Раді України, пробіли та неузгодженості законодавства, які з'явилися після набрання чинності КПК України, мали наслідком недоліки в роботі

оперативних підрозділів різних правоохоронних органів і, у першу чергу, Національної поліції, що вилилось у значне погіршення оперативної обстановки в державі взагалі й, зокрема, росту рівня злочинності та збільшення кількості нерозкритих злочинів [7].

Існують різні підходи до вирішення вказаної проблеми. Лунають думки, про повну відмову від правового регулювання оперативно-розшукової діяльності через окремий закон. При цьому, пропонують закріпити цей вид діяльності у кримінальному процесуальному законодавстві. Така позиція має право на існування, хоча і не позбавлена недоліків. Вказані пропозиції знаходять своє відображення в пілотних проектах з об'єднання функцій оперативних працівників та слідчих в єдине підпорядкування. Метою таких проектів є пошук оптимального балансу між інститутом слідчих та оперативних працівників, що має трансформуватись в інститут детективів.

Аналіз чинного Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [6], наукових публікацій з означеної тематики, дає можливість виокремити низку проблемних питань щодо правового регулювання оперативно-розшукової діяльності.

Перша проблема оперативно-розшукового законодавства – втрата монопольного правового регулювання проведення оперативно-розшукових заходів. Прийняття нового КПК України та запровадження нового правового інституту – негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні, суттєво вплинуло на організацію оперативно-розшукової діяльності в частині документування злочинних дій. Адже порядок проведення оперативно-розшукових заходів (реалізації прав), закріплений у ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [6] визначений окремою главою КПК України.

Окрім цього, кримінальний процесуальний закон вимагає при виявленні у процесі проведення оперативно-розшукових заходів ознак вчинення злочину вносити відомості до Єдиного державного реєстру досудових розслідувань у порядку ст. 214 КПК України.

Найсуттєвішим недоліком чинного Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [6], на нашу думку, є створена система стримувань і противаг, закріплена в статтях 6, 8 та 9. Так, підставами для проведення оперативно-розшукової діяльності оперативними підрозділами є: наявність достатньої інформації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про:

- злочини, що готуються;
- осіб, які готують вчинення злочину;
- осіб, які переховуються від органів досудового розслідування, слідчого судді, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання.

Поряд з цим, стаття 8 зазначеного Закону визначає, що оперативним підрозділам для виконання завдань оперативно-розшукової діяльності, за наявності підстав передбачених статтею 6, надається право на здійснення цілого переліку оперативно-розшукових заходів (прав).

Водночас, імперативна норма ч.1 ст. 9 Закону вимагає у кожному випадку наявності підстав для проведення оперативно-розшукової діяльності заводити оперативно-розшукову справу.

Іншими словами перш ніж приступити до реалізації такого права, як встановлення конфіденційного співробітництва чи інших оперативно-розшукових прав, оперативному працівнику необхідно мати підстави, визначені у ст.6 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [6]. А при наявності таких підстав, має бути обов'язково заведена оперативно-розшукова справа з дотриманням процедури погодження з прокурором, що є гарантією дотримання прав та свобод людини. Відомо, що практика діяльності оперативних підрозділів йде по шляху того, що, в переважній більшості, підставами заведення оперативно-розшукових справ є інформація отримана негласним шляхом. Але, для отримання такої інформації оперативний працівник повинен встановити конфіденційне співробітництво, право на встановлення якого може бути реалізоване лише після заведення оперативно-

розшукової справи, як того вимагає стаття 9 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [6]. Таким чином, виникає замкнуте коло, без підстав немає прав, а без прав не можна здобути підстави.

У зв'язку з цим, виникає необхідність здійснити законодавче розмежування прав оперативних підрозділів, при здійсненні пошукових заходів і оперативно-розшукових, при проведенні яких здійснюється тимчасове обмеження прав та свобод громадян.

Розмежування прав оперативних підрозділів на дві групи сприятиме ефективному виконанню обов'язків оперативних підрозділів закріплених у статті 7 Закону, а також гарантуватиме дотримання прав та свобод громадян. Така пропозиція відповідатиме новітнім підходам до класифікації оперативно-розшукових заходів за ступенем санкціонування та втручання у конституційні права і свободи людини.

Результати аналізу проекту нового Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [8] свідчать, що його розробники намагались закріпити в ст. 10 проекту оперативно-розшукові заходи та пошукові заходи. Проте, так і залишилась не вирішеною піднята нами проблема, адже в ч.7 ст. 10 проекту зазначено, що «... передбачені в частинах четвертій і п'ятій цієї статті оперативно-розшукові та пошукові заходи, пов'язані з тимчасовим обмеженням прав людини, проводяться з метою запобігання тяжким або особливо тяжким злочинам..... Такі заходи здійснюються на підставі ухвали суду, винесеної за клопотанням керівника відповідного оперативного підрозділу або його заступника, погодженим з прокурором».

Фактично в правовому регулюванні нічого не зміниться. Вважаємо, що включені до ч.5 ст. 10 проекту пошукові заходи є такими, які можуть і повинні проводитись без ухвали суду, якщо вони не обмежують права та свободи громадян.

Наступна досить важлива проблема це соціальний та правовий захист осіб, які надають допомогу оперативним підрозділам у боротьбі із злочинністю на конфіденційній основі. Основний Закон України визначив, що людина, її

життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визначаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України). Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Цитована норма прямої дії Основного Закону має безпосереднє відношення до осіб, які надають допомогу оперативним підрозділам у боротьбі зі злочинністю на конфіденційній основі.

Соціальний і правовий захист осіб, залучених до співробітництва, є важливим фактором розв'язання складного комплексу проблем підвищення активності громадян у боротьбі зі злочинністю, їх взаємодії з правоохоронними органами. Водночас підвищується ступінь ризику таких осіб, ускладнюється завдання щодо самозбереження і забезпечення їх безпеки у процесі виконання завдань оперативно-розшукової діяльності. У зв'язку з цим виникає необхідність перегляду діючого законодавства з питань соціального і правового захисту осіб, які надають сприяння оперативним підрозділам при проведенні оперативно-розшукових заходів.

Діючі норми закону лише декларують такий захист. Стаття 13 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [6] визначає, що співробітництво особи з оперативним підрозділом зараховується до її загального трудового стажу в разі укладення з нею *трудової угоди* (*курсив наш – В.П., С.Х.*). Якщо у зв'язку з виконанням такою особою завдань оперативно-розшукової діяльності настала її інвалідність або смерть, на неї поширюються пільги, передбачені у таких випадках для працівників оперативних підрозділів. Проте, практика йде іншим шляхом. Останнім часом оперативні підрозділи відмовляються від осіб, з якими укладаються трудові угоди. Це викликано низкою об'єктивних обставин, пов'язаних із чіткою персоніфікацією соціального страхування громадян, а звідси і проблемами, які стосуються дотримання вимог конспірації та режиму секретності.

Вивчення проекту Закону України «Про оперативно-розшукову

діяльність» [8] показало, що розробники не усунули зазначений недолік і фактично процитували закріплену у діючому законі норму щодо соціального і правового захисту. Тобто «... співробітництво особи з оперативним підрозділом зараховується до її загального трудового стажу в разі укладення з нею *письмової трудової угоди* (курсив наш – В.П., С.Х.). Якщо у зв'язку з виконанням *такою особою* (курсив наш – В.П., С.Х.) завдань оперативно-розшукової діяльності настала її інвалідність або смерть, на неї поширюються пільги, передбачені в таких випадках для службових осіб оперативних підрозділів».

Отже, особи, що надають допомогу оперативним підрозділам на конфіденційній основі, залишаються фактично без будь-якого соціального та правового захисту, адже переважна більшість осіб, що залучаються до виконання завдань оперативно-розшукової діяльності не укладають письмових угод про співробітництво. Зазначене не може позитивно впливати на якість негласного апарату і на результати його роботи.

Викликає занепокоєння ч. 5 ст. 22 проекту Закону [8] щодо неузгодженості з нормами Кримінального кодексу України (далі – КК України). Зокрема, відповідно до ч. 5 ст. 22 законопроекту до співробітництва може залучатися особа, що вчинила протиправне діяння, яке не спричинило тяжких наслідків, у разі її активного сприяння розкриттю злочину. Така особа може бути звільнена від кримінальної відповідальності відповідно до положень чинного законодавства України. Проте чинний КК України закріплює вичерпний перелік підстав звільнення від кримінальної відповідальності і не передбачає такої підстави звільнення, як активне сприяння розкриттю злочину. З позиції КК України такі дії особи можуть визнаватись лише пом'якшуючими обставинами і можуть бути враховані при призначенні покарання.

Варто також звернути увагу на те, що законопроект, як і чинний Закон не містить вимоги про те, що особи, до яких застосовувалися оперативно-розшукові заходи по їх завершенню повинні про це повідомлятися. Законодавчо закріплений порядок повідомлення є однією із процесуальних

гарантій забезпечення судового контролю над втручанням у конституційні права та свободи громадян.

Висновки. Підсумовуючи викладене необхідно зазначити, що діючий Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» в сучасних умовах потребує суттєвої ревізії чи навіть повної зміни. Запропонований проект нового Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» також не позбавлений недоліків. На нашу думку, для ефективного вирішення цієї проблеми необхідно провести широке обговорення за участю експертів, практиків (представників всіх суб'єктів оперативно-розшукової діяльності) та вчених з оперативно-розшукового права. І лише на основі результатів таких обговорень можна приступати до створення робочої групи з розробки нового законодавства, що регламентуватиме оперативно-розшукову діяльність. Виваженість у цьому процесі викликана тим, що оперативно-розшукова діяльність це така сфера діяльності правоохоронних органів, яка найбільше може зачіпати конституційні права та свободи громадян. А отже від якості законодавства, яке регламентуватиме таку діяльність, залежатиме дотримання конституційних прав та свобод громадян.

Список використаної літератури

1. Підюков П. П., Сервецький І. В., Юрченко О. М. Оперативно-розшукова діяльність як форма застосування оперативно-розшукового права : правова природа і сутність поняття. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Львів, 2010. – № 1. – С. 428–435.
2. Сервецький І. В. Теоретичні засади розшукового права. Вісник Академії управління МВС. Київ, 2008. – № 3. – С. 57–67.
3. Погорецький М. А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі. Харків: Арсіс ЛТД, 2007. – 576 с.
4. Біленчук П. Д., Пашковський В. В. Проблеми правового регулювання кримінально-процесуальної та оперативно-розшукової діяльності. Науковий вісник Херсонського державного університету Серія Юридичні науки. Херсон, 2014. – Вип. 5 – том. 3. С. – 192–196.
5. Погорецький М. А. Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» : проблеми застосування окремих норм. Вісник Академії правових наук

України. Проблеми боротьби зі злочинністю. Харків, 2001. – Вип. 3 (26). – С. 205–213.

6. Про оперативно-розшукову діяльність: закон України від 18.02.1992 № 2135-ХІІ // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2135-12/print1474876318476519> (дата звернення: 10.09.2017).

7. Пояснювальна записка до проекту Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» від 04.04.2017 № 6284 / Верховна Рада України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61497 (дата звернення: 10.09.2017).

8. Проект Закону «Про оперативно-розшукову діяльність» від 04.04.2017 № 6284 / Верховна Рада України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61497 (дата звернення: 10.09.2017).

Половников В., Халимон С. Проблемы правового регулирования оперативно-розыскной деятельности: поиск путей решения

Статья посвящена системному анализу проблем правового регулирования оперативно-розыскной деятельности и поиску путей их преодоления. Констатировано, что наука оперативно-розыскного права может и должна стать прочной основой для реформирования безопасностного потенциала Украины. Установлено, что современное состояние правового регулирования оперативно-розыскной деятельности нуждается в совершенствовании. На основе детального анализа оперативно-розыскного законодательства, выявлены основные проблемы, среди которых: потеря монопольного правового регулирования проведения оперативно-розыскных мероприятий, необходимость разграничения прав оперативных подразделений на две группы, (по степени санкционирования и вмешательства в конституционные права и свободы человека).

Ключевые слова: *оперативно-розыскная деятельность, правовое регулирование, социальная и правовая защита, конфиденциальное сотрудничество.*

Polovnikov V., Khalymon S. Problems of legal regulation of operative and search activity: search of the solution ways

The article is devoted to the systematic analysis of the problems of legal regulation of operative search activity and the search of ways to solve them. It is stated that the science of operative search law may and must become a solid foundation for reforming the security potential of Ukraine. It is defined that the current state of legal regulation of operative search activity requires improvement.

The main problems were revealed on the basis of a detailed analysis of operative search legislation. Firstly, the loss of legal regulation monopoly of carrying out operative search measures.

Secondly, the necessity to divide the rights of operational units into two groups (by the degree of sanctioning and interference with constitutional rights and human freedoms), which will facilitate the effective carrying out of the duties of operational units, stated in Article 7 of the Law, and will guarantee the observance of the rights and freedoms of citizens . The mentioned division will meet the latest approaches to the classification of operational and search measures.

The results of the analysis of the Law of Ukraine draft on Operational and Investigative Activity indicate that its authors tried to include operative search measures in Art. 10 of the project. However, the raised problem remains unresolved. In fact, nothing will change in legal regulation. We believe that the search measures included in Part 5 of Art. 10 of the project are those that can't and shouldn't be carried out judicially.

One of the important problems of operational and search activity is analyzed - social and legal protection of people who assist the operational units in the fight against crime on a confidential basis. This is an important factor in solving a complex set of problems in increasing the active participation of citizens in combating crime, their cooperation with law enforcement agencies, which is due to an increase in the risk of such people, the complication of tasks for self-preservation and ensuring their safety in the process of conducting operational and search activities.

Related to this, there is a necessity to review the current legislation on social and legal protection of people who assist the operational units in carrying out operative search measures.

The current provisions of law only declare such protection. Article 13 of the Law of Ukraine "On Operative Search Activity" stipulates that the cooperation of a person with an operational unit will be credited to her general employment record in case of conclusion of an employment contract with him. In case of disablement or death that happened while carrying out the tasks of operative search activity by a person, he is subjected to the benefits provided in such cases for employees of operational units.

However, the practice follows the different way and, more recently, operational units refuse the people with whom labor agreements are concluded. This is due to a number of objective circumstances related to the clear personalization of social insurance of citizens, as well as the problem of keeping with the requirements of conspiracy and secrecy regime.

The Law of Ukraine draft "On Operative Search Activity" does not eliminate this fault, leaving the provision in its original form.

Key words: *operative search activity, legal regulation, social and legal protection, confidential cooperation.*