5. Пілюков Ю. Процесуальні вимоги до висновку експерта у кримінальномупровадженні. Актуальні проблеми правознавства. №3, 2018. С. 99-102.

6. Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 07.03.2023 у справі №761/30364/17 (провадження № 51-41км23)/Єдиний державний реєстр судових рішень : веб-сайт. URL: https://reyestr.court.gov.ua/ Review/109645972.

7. Тимчишин А.М. Спеціальні знання у кримінальному процесі України : монографія. Одеса : Видавництво «Юридика», 2023. 362 с.

***Готін Олександр Миколайович,***
кандидат юридичних наук

## ПОРУШЕННЯ ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ ТА ЗМАГАЛЬНОСТІ СТОРІН КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

До прийняття чинного Кримінального процесуального кодексу України у наукових колах та серед практиків домінувала точка зору щодо необхідності уведення до процесуального Закону інституту слідчого судді, як суб'єкту судового контролю. Впровадження судового контролю мало на меті перехід до змагального процесу, де суд був би не суб'єктом кримінального переслідування, а контролером, що функціонує для підтримання балансу між сторонами. Були очікування, що створювана модель поставить крапку в каральних методах поліцейської держави, а тотальному контролю за людиною і втручанням у приватне буде нарешті покладено край.

Принцип змагальності та рівності сторін означає, що у кримінальному процесі функції правосуддя, обвинувачення, захисту та розгляду справи по суті – відокремлені один від одного та притаманні різним органам та суб'єктам кримінального процесу, а також те, що сторони мають рівні права стосовно доступу до доказів та їх вивчення, оскарження щодо прийняття доказів у суді та вирішення їх допустимості. Тобто, суддя – неповинен займати сторону обвинувачення або якимось чином надавати стороні обвинувачення процедурні переваги у порівнянні з можливостями сторони захисту. Але чи реалізується цей принцип повноцінно саме у «секторі»

судового контролю за проведення оперативно-розшукових заходів та негласних слідчих (розшукових) дій?.

Практика застосування зазначеного інституту судового контролю у найбільш ризикованих процедурах обмежень прав та свобод людини у процесі фіксації злочинних дій, відступ від стандартів правосуддя спостерігається в питанні судових санкцій на ОРЗ та НСРД. Прописаний Законом постулат щодо можливості судового контролю під час проведення оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування у спосіб ухвалення якісно вмотивованого рішення слідчого судді сприймається як ілюзорний.

За оцінками правників, що мають досвід застосування процесуальних вимог КПК України 1960 року (коли санкції на проведення окремих оперативно-розшукових заходів надавалися прокурором), оперативному працівнику було складніше отримати дозвіл, оскільки потрібно було ретельніше обґрунтовувати підстави та потребу втручання в приватне життя особи.

Практично, поняття судового розсуду в кримінальному судочинстві охоплює повноваження слідчого судді обирати між альтернативами, кожна з яких є законною, та інтелектуальне-вольову владну діяльність суду з вирішення у визначених Законом випадках спірних правових питань, виходячи з цілей, принципів права, загальних засад судочинства, конкретних обставин справи, відомостей про особу, справедливості, достатності обраного слідчим суддею заходу, що обмежує конституційні права та свободи.

Підставами судового розсуду при призначенні оперативне-розшукових заходів та НСРД виступають: принципи права; уповноважуючі норми, в яких використовуються формулювання щодо повноважень суду на кшталт «може», «вправі»; юридичні терміни й поняття, які є багатозначними або не мають нормативного закріплення; оціночні поняття, зміст яких визначається не законом або нормативним актом, а правосвідомістю і правовою культурою слідчого судді, наприклад, при врахуванні достатності підстав для надання дозволу на проведення розгляданих оперативно-розшукових заходів.

Водночас, ряд питань санкціонування ОРЗ та НСРД, зокрема, критерії достатності мотивів для ухвалення судового рішення на кшталт: чи вчинене кримінальне правопорушення відповідної тяжкості; наскільки достатньо зібрано органом досудового розслідування доказів, щоб слідчий суддя прийняв рішення про обмеження конституційних прав та свобод; чи дозволять призначені негласні заходи отримати докази, які можуть мати суттєве значення

для з'ясування обставин кримінального правопорушення або встановлення осіб, що скоїли злочин – всі ці питання віддані на суб'єктивний розсуд судді.

Практична діяльність свідчить: надання занадто широкої дискреції, основаної на безмежних суб'єктивних поглядах, призводить не до покращення, а до погіршення правового регулювання, бо породжує множинність варіацій судових рішень залежно від поглядів суддів на ситуацію, призводить до диспропорцій, полярності рішень з призначення ОРЗ і НСРД. Причому дана закономірність проявляється не тільки відносно рішень, які виносяться за однакових вихідних даних, умов,обставин, ситуацій різними суддями, але й які ухвалюються за тотожних ситуацій одними і тими слідчими суддями. По-суті, слідчий суддя стає заручником ситуації – упродовж 6 годин він зобов'язаний прийняти відповідне рішення, будучи обмеженим в дослідженні клопотанням із витягом з ЄРДР. Будучи «затиснутим» об'єктивними обставинами, слідчий суддя фактично змушений «закривати очі» на дотримання стандартів правосуддя й ухвалювати рішення про обмеження конституційних прав та свобод в угоду забезпечення результатів кримінального провадження, про що просять прокурор і слідчий. Зрозуміло, що такий судовий контроль є ілюзорним і практично слідчий суддя, а за ним і суддя який розглядає справу по суті – «приймають сторону» обвинувачення.

Що стосується сторони захисту, то нерідко складається враження, що питання призначення і проведення НСРД (ОРЗ) – кулуарна справа слідчого судді і органу досудового розслідування, «двері» до якої захисникові зачинені. Зокрема, взагалі відсутні дієві процедури оскарження ухвал про призначення/проведення оперативно-розшукових заходів та НСРД. Частинами 1 та 2 ст. 309 КПК України визначено перелік ухвал слідчого судді, які можуть бути оскарженні в апеляційному порядку. Скарги на інші ухвали слідчого судді оскарженню не підлягають і заперечення проти них можуть бути подані під час підготовчого провадження в суді (ч. 3 ст. 309 КПК України). Статті 314–317 КПК України не містять ні спеціального застереження, ні чіткої регламентації повноважень і процесуальних рішень суду першої інстанції в разі подання стороною в підготовчому засіданні заперечень на ухвали слідчих суддів. В підготовчому засіданні, зазвичай, для сторони захисту постає проблема відмови суду розглядати заперечення на ухвали слідчих суддів про НСРД, ОРЗ з посиланням на законодавчу неврегульованість даного інституту оскарження. За результатами підготовчого провадження суд, здебільшого, долучає заперечення на

ухвали слідчих суддів до матеріалів справи, не ухвалюючи жодних рішень з їх приводу. І в ході подальшого судового розгляду не приймає процесуальних рішень з питань законності ухвал слідчих суддів, лише вирішує питання допустимості або недопустимості результатів ОРЗ та НСРД. Таким чином порушується (або значно обмежується) права сторони захисту.

З метою усунення зазначених проблем необхідно:

внести зміни до § 1. Загальні положення про негласні слідчі (розшукові) дії Глави 21. Негласні слідчі (розшукові) дії КПК, якими розширити і деталізувати процедуру розгляду слідчим суддею клопотання слідчого, прокурора про дозвіл на проведення НСРД;

внести зміни до Глави 27. Підготовче провадження. Розділу IV. Судове провадження у першій інстанції КПК, передбачивши алгоритм оскарження в підготовчому провадженні ухвал слідчих суддів про надання дозволу на проведення ОРЗ та НСРД, повноваження суду при розгляді зазначених питань, вимоги до процесуальних документів з оскарження, зокрема до змісту судових ухвал;

увести в дію нормативно-правовий акт (наказ, інструкцію, положення тощо) під грифом таємності, яким передбачити покрокову процедуру розгляду слідчим суддею клопотань органу досудового розслідування та прокурора про надання дозволів на здійснення ОРЗ і НСРД (доступ до даного нормативно-правового акту з грифом і його використання має бути забезпечений й адвокатам, котрі мають допуск до державної таємниці);

передбачити на стадії виконання вимог ст. 290 КПК України право захисників мати доступу, а після передачі обвинувального акту до суду (з урахуванням обмежень щодо державної таємниці) – мати право оскаржувати в підготовчому провадженні незаконні рішення органу розслідування, прокурора, слідчого судді, яких не розсекречено.

Зазначене дозволить: наповнити реальним змістом гарантії рівності сторін кримінального провадження; вирішити проблеми, що виникають внаслідок не розсекречення прокурором процесуальних документів – підстав ОРЗ і НСРД; унеможливити приховування органом досудового розслідування від суду і захисту доказів з грифом таємності, які доводять невинуватість особи; пришвидшити судовий розгляд справ, які тягнуться в часі з-за нагромадження в них процесуальних документів і кількості процедур, що пов’язано з прагненнями сторони захисту подолати перепони з боку сторони обвинувачення і «витягнути» з останньої приховані, нерозсекречені матеріали досудового розслідування.