

**МЕЖИ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ НСРД,
ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ВИКОРИСТАННЯМ ТЕХНІЧНИХ ЗАСОБІВ****BOUNDARIES OF JUDICIAL CONTROL IN THE CONDUCT OF CISA RELATED
TO THE USE OF TECHNICAL MEANS**

Лісовий О.О., аспірант кафедри права
та публічного адміністрування
Маріупольський державний університет

Стаття присвячена комплексному дослідженню проблематики меж судового контролю під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, пов'язаних із використанням технічних засобів. Автором висвітлено актуальні теоретичні та організаційно-методологічні питання правозастосування у цій сфері, а також висунуто пропозиції з удосконалення чинного кримінального процесуального законодавства. З огляду на інституційну автономність, незалежність, незаінтересованість у результатах провадження, особисту відповідальність та неупередженість, притаманні діяльності слідчого судді, визначаються основні засади встановлення меж судового контролю під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, пов'язаних із використанням технічних засобів, що створюють найбільш сприятливі умови для з'ясування обставин та ефективного захисту прав людини.

З урахуванням особливостей процедури провадження судового контролю, що базується на принципах змагального кримінального провадження, автор доводить, що межі судового контролю під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, пов'язаних із використанням технічних засобів, спрямовують ініціативу слідчого судді в дослідженні отриманих доказів відповідно до його процесуальних повноважень, наданих кримінальним процесуальним законодавством.

З метою усунення різних юридичних колізій, вдосконалення процедури провадження судового контролю під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, пов'язаних із використанням технічних засобів, автор пропонує низку змін до чинного Кримінального процесуального кодексу, метою яких є досягнення оперативності й наступальності розслідування, з одного боку, і забезпечення законності, права на захист, безпосередності дослідження доказів, розумності строків, інших важливих засад кримінального провадження – з іншого. Пропоновані зміни стосуються закріплення за слідчим суддею права отримувати поточну звітність, безпосередньо досліджувати (оцінювати) докази, отримані під час проведення конкретної санкціонованої ним дії, а також можливості заборони використання недопустимих доказів, отриманих за результатами таких дій, шляхом надання їм відповідного статусу після проведення повної та всебічної оцінки.

Ключові слова: недопустимий доказ, негласні слідчі (розшукові) дії, повноваження, слідчий суддя, судовий контроль, технічні засоби.

The article is devoted to a comprehensive study of the problems of the limits of judicial control in the conduct of covert investigative (search) actions related to the use of technical means. The author highlights current theoretical and organizational and methodological issues of law enforcement in this area, as well as proposals for improving the current criminal procedure legislation. Given the institutional autonomy, independence, disinterest in the results of the proceedings, personal responsibility and impartiality inherent in the activities of the investigating judge, the basic principles of establishing the boundaries of judicial control in covert investigative (investigative) actions related to the use of technical means favorable conditions for clarifying the circumstances and effective protection of human rights.

Taking into account the peculiarities of the judicial control procedure based on the principles of adversarial criminal proceedings, the author argues that the limits of judicial control in covert investigative (search) actions related to the use of technical means direct the initiative of the investigating judge in examining the evidence, procedural powers granted by criminal procedural law.

In order to eliminate various legal conflicts, improve the procedure of judicial control in covert investigative (search) actions related to the use of technical means, the author proposes a number of amendments to the current Criminal Procedure Code, which aim to achieve efficiency and continuity of the investigation, and ensuring legality, the right to defense, the immediacy of the examination of evidence, reasonable time, other important principles of criminal proceedings. The proposed changes concern the right of the investigating judge to receive current reports, directly investigate (evaluate) the evidence obtained during a specific action authorized by him, as well as the possibility of prohibiting the use of inadmissible evidence obtained as a result of such actions by granting them appropriate status, and comprehensive assessment.

Key words: inadmissible evidence, covert investigative (search) actions, powers, investigative judge, judicial control, technical means.

Постановка проблеми. Визначення та встановлення меж судового контролю є однією із заборук забезпечення прав підозрюваного та обвинуваченого, а також права на справедливий судовий розгляд. Для виконання функції судового контролю слідчий суддя користується автономністю, є незалежним від сторін і незаінтересованим у результатах провадження, несе особисту відповідальність та повинен усебічно й неупереджено досліджувати й оцінювати надані сторонами докази.

Ці аспекти суворо регламентовані кримінально-процесуальним законом. Однак іноді дуже складно встановити межі судового контролю під час дослідження доказів, отриманих у ході негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД), пов'язаних із використанням технічних засобів, коли слідчий суддя має проявляти активну позицію з одночасним збереженням об'єктивності і неупередженості.

Аналіз останніх досліджень. Питання отримання доказової та криміналістично значущої в кримінальному судочинстві інформації розглядали О.М. Бандурка, Є.А. Дола, С.В. Єськов, В.П. Захаров, Л.М. Лобойко, В.З. Лукашевич, Є.Д. Лук'янчиков, Д.Й. Никифорчук, В.Л. Ортинський,

Д.П. Письменний, М.А. Погорецький, Д.Б. Сергєєва, Є.Д. Скулиш, В.М. Тертишник, Л.Д. Удалова, І.Ф. Хараберюш, Р.М. Шехавцов, М.Є. Шумило та ін. Проблематику використання технічних засобів під час протидії злочинності, у тому числі в межах проведення НСРД, досліджували В.І. Василичук, М.Л. Грібов, В.Ю. Калугін, М.В. Корнієнко, Д.Й. Никифорчук, В.Л. Ортинський, І.В. Пиріг, Д.Б. Сергєєва, В.М. Тертишник, В.Г. Уваров, І.Ф. Хараберюш, І.Р. Шинкаренко, О.О. Юхно та ін. Дослідженню питань здійснення судового контролю у кримінальному провадженні присвятили свої роботи І.В. Гловюк, М.В. Багрій, В.В. Городовенко, Ю.М. Грошевий, О.В. Кондратьєв, М.А. Макаров, В.І. Маринів, В.В. Назаров, М.А. Погорецький, О.І. Полохович, В.О. Попелюшко, О.Ю. Татаров, А.Р. Туманянц, Л.Д. Удалова, О.Г. Шило та ін. Кожен з учених зробив вагомий внесок у вирішення проблем, що стоять перед сучасним науковим співтовариством.

Однак комплексно питання меж судового контролю під час проведення НСРД, пов'язаних із використанням технічних засобів, ще не досліджувалося. Недостатня наукова розробленість теорії, а також наявні організаційні проблеми зумовили необхідність проведення цього дослідження.

Мета статті – дослідження проблематики меж судового контролю під час проведення НСРД, пов'язаних із використанням технічних засобів, а також розроблення пропозицій з удосконалення чинного кримінального процесуального законодавства у цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Питання меж судового контролю під час проведення НСРД безпосередньо пов'язане з процесуальними повноваженнями слідчого судді в кримінальному провадженні, які слід розглядати на основі інкорпорації кількох чинників, а саме: завдань, які виконує стадія досудового розслідування, процесуального обов'язку слідчого судді, передбаченого КПК, що пов'язаний зі здійсненням судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів учасників кримінального провадження.

Задаючи вектор наукових пошуків у дослідженні цього питання, потрібно усвідомлювати характер прояву ініціативи в діяльності слідчого судді з метою отримання доказів, всебічного дослідження та з'ясування юридично значущих обставин, які мають значення для кримінального провадження, зі всіма притаманними їм властивостями, якостями та ознаками, їх взаємозв'язками та залежностями. Діяльності слідчого судді притаманні інституційна автономність, незалежність, незаінтересованість у результатах провадження, особиста відповідальність, усебічне та неупереджене дослідження й оцінка отриманих доказів [1, с. 14]. Усе це має значення у разі встановлення меж судового контролю під час проведення НСРД, пов'язаних із використанням технічних засобів.

Своєю чергою межі судового контролю зумовлені особливостями процедури його провадження, яка базується на принципах змагального кримінального провадження, що створюють найбільш сприятливі умови для з'ясування обставин та ефективного захисту прав людини. О.В. Кондрагєв, обґрунтовуючи необхідність диференціації та удосконалення процедури судового контролю, для позначення його меж використовує інституціонально-функціональний підхід, який урахує незалежність і неупередженість суду, переваги судової процедури у разі здійснення судового контролю і полягають у тому, що судовий контроль не повинен перетворюватися на управління розслідуванням, неприпустимо у його здійсненні порушувати систему стадій кримінального процесу [2, с. 12].

Зазначимо, що всебічності й повноті дослідження обставин кримінального провадження сприяють своєчасне висування та перевірка всіх можливих версій, у тому числі шляхом проведення НСРД. До поняття повноти і всебічності дослідження обставин кримінального провадження входять: повнота обсягу того, що досліджується, та повнота засобів, за допомогою яких ведеться дослідження. В остаточному підсумку всебічність і повнота дослідження матеріалів веде до встановлення обставин так, як вони існували в дійсності, тобто до встановлення істини [3, с. 21].

Доводи науковців спрямовані на визначення оптимальних меж активної та ініціативної діяльності суду в дослідженні доказів, не заперечуючи при цьому прагнення суду до встановлення об'єктивної істини (всебічного, повного та об'єктивного з'ясування всіх обставин кримінального провадження) та усвідомлюючи важливість змагальності як засобу (методу, прийому, способу) пізнавальної діяльності. Як зазначає М.І. Шевчук, суд не може бути стороннім спостерігачем за змаганням сторін, бездушним формалістом, який індиферентно ставиться до всебічного, повного та неупередженого з'ясування всіх обставин кримінального провадження, а отже, до встановлення істини, оскільки саме суд, а не прокурор чи захисник несе повну відповідальність за прийняте рішення (в тому числі і за неповноту судового розгляду, яка зумовлена пасивністю сторін у дослідженні доказів) [4, с. 135]. Справді, позиція стороннього спостерігача для судді не гарантує захисту прав та законних інтересів осіб та організацій, потерпілих від злочину, а також

захисту особи від незаконного та необґрунтованого обвинувачення та засудження.

Перетворення судді на пасивного спостерігача слід розглядати як порушення гарантованого державою права на судовий захист [3, с. 11, 29]. Як надмірна активність, так і пасивність слідчого судді у дослідженні доказів, забезпеченні захисту від незаконного та необґрунтованого обмеження (порушення) прав і законних інтересів учасників провадження може мати наслідком прийняття незаконного та несправедливого рішення [5, с. 41–42]. З метою уникнення негативних наслідків, як слушно зазначає І.Б. Михайловська, слід визначати шляхом пошуку компромісу між покладеним на суд обов'язком ухвалювати законні, обґрунтовані та вмотивовані рішення, з одного боку, та необхідністю зберегти чітку межу, яка відокремлює функцію правосуддя від функції обвинувачення – з іншого [6, с. 26]. Деякі вчені висловлюють пропозиції щодо закріплення переліку випадків, за яких суд вправі проявляти ініціативу у разі збирання доказів, критеріїв для вступу суду у процес збирання доказів, умов, за яких суд вправі вчиняти за власною ініціативою ту чи іншу процесуальну дію, а також були здійснені спроби визначити мету такої ініціативної діяльності суду. Цікавим є підхід А.А. Плашевської, О.В. Пиюка, Е.В. Баранової, Л.О. Воскобітової [7, с. 8; 8, с. 41; 9, с. 26].

Водночас наведені вище положення відображують ступінь активної участі суду в доказуванні, скоріше, під час судового розгляду. Стосовно меж судового контролю під час проведення НСРД, пов'язаних із використанням технічних засобів, ми поділяємо позицію вчених-процесуалістів, які вважають, що активна участь слідчого судді в доказуванні може і повинна реалізовуватися шляхом перевірки поданих сторонами доказів обґрунтованості клопотання про здійснення НСРД, а також доказів (матеріалів), отриманих за результатами НСРД.

У разі вирішення питання щодо повноти даних, наведених у клопотанні слідчого, прокурора про дозвіл на проведення НСРД, слідчий суддя має враховувати специфіку конкретної дії та ту обставину, що у певних випадках неможливо вказати всі відомості, передбачені ч. 2 ст. 248 КПК України [10, с. 22]. Так, на момент звернення з клопотанням не завжди може бути відома конкретна інформація про особу (прізвище, ім'я, по батькові), стосовно якої слідчий, прокурор планує провести НСРД, у тому числі відомості про особу, яка користується кінцевим обладнанням телекомунікацій, а також інші дані. У такому разі слідчий (прокурор) у своєму клопотанні повинен обґрунтувати причини ненадання відомостей, а слідчий суддя – переконатися, що вони є об'єктивними. Викладене, зокрема, зумовлене тим, що необхідність проведення НСРД може виникати до встановлення особи, підозрюваної у скоєнні злочину, за наявності обмежених даних та відсутності конкретних відомостей про таку особу [11, с. 31].

Відповідно до ст. 267 КПК України сторона обвинувачення зобов'язана також звернутись з відповідним клопотанням до слідчого судді у порядку, визначеному ст. ст. 246, 248 та 249 КПК України, для отримання дозволу на обстеження шляхом таємного проникнення до публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи з метою виявлення і фіксації слідів скоєння тяжкого або особливо тяжкого злочину, речей і документів, що мають значення для їх досудового розслідування; виготовлення копій чи зразків зазначених речей і документів; виявлення та вилучення зразків для дослідження під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину; виявлення осіб, які розшукуються; встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю особи [12, с. 175].

Під час розгляду клопотання про проведення НСРД слідчий або прокурор повинен довести наявність фактичних підстав для цього, а саме, що вчинено злочин відповідної тяжкості; під час їх проведення можуть бути отримані докази, які самостійно або в сукупності з іншими доказами

можуть мати суттєве значення для з'ясування обставин злочину або встановлення осіб, які його вчинили. Також на слідчого, прокурора покладається обов'язок довести, що неможливо отримати відомості про злочин та особу, яка його вчинила, в інший спосіб, ніж як у результаті цих дій [13, с. 23]. Як суб'єкти судово-контрольного провадження вони можуть надавати пояснення з приводу поданих матеріалів чи клопотання [14, с. 12].

Підставами постановлення слідчим суддею ухвали про дозвіл на проведення НСРД є розглянуті у відповідному судовому засіданні доводи прокурора, слідчого про те, що скоєний злочин відповідної тяжкості, а також про те, що під час проведення НСРД можуть бути отримані докази, які самостійно або у сукупності з іншими доказами можуть мати суттєве значення для з'ясування обставин злочину або встановлення осіб, які його вчинили.

В окремих випадках щодо проведення НСРД законодавець визначає також й особливі підстави та умови подання клопотань, наявність яких своєю чергою становить предмет судового розгляду такого клопотання. Приміром, для отримання дозволу на проведення моніторингу банківських рахунків прокурор під час судового розгляду має довести наявність обгрунтованої підозри, що особа здійснює злочинні дії з використанням банківського рахунку, або необхідно здійснити розшук чи ідентифікацію майна, що підлягає конфіскації або спеціальній конфіскації, у кримінальних провадженнях, віднесених до підслідності НАБУ. При цьому слідчий суддя в ухвалі щодо надання дозволу на моніторинг банківських рахунків зобов'язаний повідомити керівника банківської установи про обов'язок нерозголошення інформації про проведення цієї слідчої дії і про відповідну кримінальну відповідальність (ч. 2 ст. 269-1 КПК України) [14, с. 16; 15, с. 158].

У клопотанні слідчого, прокурора про надання дозволу на негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження, та в ухвалі слідчого судді додатково зазначаються відомості про конкретні зразки, які планується отримати (ч. 3 ст. 274 КПК України).

Обов'язковим елементом ухвали слідчого судді є зазначення строку дії ухвали. Якщо ж слідчий, прокурор вважає, що проведення НСРД слід продовжити, то слідчий за погодженням з прокурором або прокурор має право звернутися до слідчого судді з клопотанням про постановлення ухвали згідно з вимогами ст. 248 КПК України, зазначивши при цьому додаткові відомості, які дають підстави для продовження НСРД. В окремих випадках з метою посилення обгрунтованості та вмотивованості прийняття процесуальних рішень про надання дозволу на проведення НСРД законодавець прямо передбачає додаткові інформаційні елементи, які мають обов'язково знайти своє відображення у клопотаннях сторони обвинувачення, а надалі – й у відповідній ухвалі слідчого судді.

Зі змісту ч. 2 ст. 263 КПК України видається, що в ухвалі слідчого судді про дозвіл на втручання у приватне спілкування шляхом зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж мають бути зазначені ідентифікаційні ознаки, які дозволять унікально ідентифікувати абонента спостереження, транспортну телекомунікаційну мережу, кінцеве обладнання, на якому може здійснюватися втручання у приватне спілкування. Також ч. 3 ст. 264 КПК України передбачається, що в ухвалі слідчого судді про дозвіл на втручання у приватне спілкування шляхом зняття інформації з електронних інформаційних систем додатково повинні бути зазначені ідентифікаційні ознаки електронної інформаційної системи, в якій може здійснюватися втручання у приватне спілкування (ч. 3 ст. 264 КПК України). Логічним є припущення, що аналогічні вимоги висуваються й до відповідних клопотань слідчого, прокурора, з якими вони звертаються до слідчого судді [12, с. 183].

Хоча функція судового контролю не пов'язана з вирішенням питання винуватості чи невинуватості особи у вчи-

ненні кримінального правопорушення [16, с. 115], судовий контроль на досудовому провадженні підтримує паритет між функціями кримінального переслідування та захисту. У практиці зарубіжних країн слідчий суддя виступає певним «інструментом» довіри суспільства до суду, на який покладено обов'язок реалізації гарантій конституційних прав людини, який з метою об'єктивного дослідження обставин кримінального провадження виконує завдання із забезпечення суду якісним матеріалом проведеного дослідження, вірогідність яких під час розгляду не викликала би сумнівів [17, с. 334; 18, с. 110].

У вітчизняному законодавстві та судовій практиці питання про те, чи повинен слідчий суддя брати участь у доказуванні або має обмежитися лише контрольними повноваженнями, є невизначеним. Саме тому проблематика участі слідчого судді в пізнавальній діяльності під час здійснення контролю за досудовим провадженням (у тому числі за НСРД) викликає жвавий інтерес у наукових колах. Зокрема, такі автори, як І.В. Іваненко, Г.Р. Колеснік та Н.Г. Муратова, серед проблем правового регулювання судово-контрольної діяльності у досудовому розслідуванні виділяють невизначеність правового статусу та повноважень слідчого судді, невизначеність і відсутність чіткого порядку відбору кандидатів на виконання судово-контрольної функції тощо [19, с. 15; 20; 21, с. 334].

Зазвичай недопустимими визнаються докази обвинувачення, а з клопотанням про визнання їх недопустимими найчастіше виступають обвинувачені та їх захисники. Як слушно вказують С.В. Андрусенко та А.О. Смук, обмежене тлумачення заборони використання такі докази, отримані з порушенням закону, полегшує реалізацію обов'язку доказування, який лежить на стороні обвинувачення, яка на стадії досудового розслідування наділена повноваженнями збирати докази [22, с. 62].

За результатами вивчення кримінальних проваджень, в яких проводилися НСРД, пов'язані з використанням технічних засобів, встановлено, що клопотання про визнання доказів, отриманих під час НСРД, недопустимими завжди подавалися стороною захисту. Як показало опитування, на запитання: чи необхідні слідчому судді повноваження щодо вирішення питань про визнання доказів недопустимими 80% опитаних суддів дали позитивну відповідь. Очевидно, це нашоухує на думку про внутрішню суперечність повноважень слідчого судді сучасному змагальному кримінальному процесу, обвинувальним ухилом кримінального судочинства.

Під ініціативною діяльністю суду слід розуміти діяльність, яка зумовлена керівним становищем суду і полягає у реалізації судом на його власний розсуд наданих йому законом прав, які не передбачені іншими нормами кримінального процесуального закону як його обов'язки, з метою створення необхідних умов для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків, виконання завдань кримінального провадження. Ступінь судової активності виступає сутнісною характеристикою, яка є вирішальною у визначенні ролі суду в процесі доказування, під яким згідно з ч. 2 ст. 91 КПК України слід розуміти збирання, перевірку та оцінку доказів з метою встановлення обставин, які мають значення для кримінального провадження.

На думку В.В. Вапнярчука, ініціативна діяльність проявляється в тому, що вона реалізується за власним спонуканням, своїм розсудом, не є обов'язковою для суб'єкта, який її здійснює, елемент же активності в ній присутній у зв'язку із здійсненням певних енергійних дій [23, с. 237]. На перший погляд, змагальний тип кримінального процесу потребує пасивної ролі суду (судді). Поняття активної діяльності суду відображає його участь у процесі реалізації як власних прав, так і обов'язків, хоч і проявляється найбільш яскраво в реалізації його дискреційних повноважень.

Активна позиція судді (суду) в кримінальному процесі передбачає можливість здійснення судом дій за власною

ініціативою, спрямованих на отримання нових та дослідження наявних доказів незалежно від волевиявлення сторін [24, с. 23; 25, с. 18–19]. Як зазначає А.І. Макаркін, у змагальному процесі доказова інформація може набути статусу доказів лише в ході дослідження її судом [26, с. 34]. Дослідження судом доказів «надбудовує» їх процесуальну форму, надає їм більш високий юридичний статус, наділяє здатністю слугувати основою вироку [6, с. 66]. Із вказаними твердженнями погоджується М.І. Шевчук, яка вважає, що всебічне, повне та об'єктивне дослідження судом обставин кримінального провадження та пошук об'єктивної істини в кримінальному провадженні має бути досягнуто в результаті змагання сторін кримінального провадження, яке доповнюється субсидіарною активністю суду в дослідженні доказів, межі якої повинні бути визначені в кримінальному процесуальному законодавстві [4, с. 196].

Слідчий суддя не ініціює проведення НСРД, а лише розглядає клопотання. Однак до повноважень зі збирання та перевірки доказів можна віднести повноваження слідчого судді за клопотанням сторін кримінального провадження або за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питань, передбачених ст. ст. 151, 156, 172, 193 КПК. При цьому для забезпечення належного встановлення цих обставин КПК зобов'язує сторони кримінального провадження подати слідчому судді докази обставин, на які вони посилаються (ч. 5 ст. 132 КПК), додавати до клопотання копії матеріалів, якими обґрунтовуються його доводи; зазначати в клопотанні перелік свідків, яких необхідно допитати. Як справедливо вказує І.В. Глобюк, хоча слідчий суддя не названий у ст. 93 КПК суб'єктом, який має право збирати докази, на наявність у нього цих правомочностей вказують інші положення КПК [27, с. 4].

Виходячи із взаємопов'язаних норм КПК, слідчий суддя бере участь у доказуванні як за ініціативою сторін (під час розгляду скарг), так і за власною ініціативою. Таким чином, він має право за власною ініціативою дослідити матеріали, отримані в рамках судового контролю під час НСРД, пов'язаних із використанням технічних засобів, або заслухати свідка, який володіє відомостями про обставини проведених НСРД та ОРЗ. До повноважень (функцій) слідчого судді, які безпосередньо впливають на законність проведення НСРД та ОРЗ, пов'язаних із використанням технічних засобів, слід віднести: дозвільні (пов'язані з вирішенням питань про проведення конкретних дій та заходів, що обмежують конституційні права особи); контрольні (судовий контроль у вузькому розумінні); забезпечувальні (повноваження щодо забезпечення доказів) тощо [28, с. 304; 29, с. 306]. В.О. Попелюшко надає більш загальний перелік повноважень слідчого судді, який складається з дев'яти пунктів, останнім (але не менш важливим) з яких є повноваження щодо захисту прав людини, закріплених у ст. 206 КПК, реалізація яких полягає в безпосередньому, за власною ініціативою здійсненні ним дій та прийнятті рішень [30, с. 11–16].

Задля детального з'ясування питання щодо ініціативної реалізації функцій слідчого судді щодо дослідження доказів під час здійснення судового контролю під час проведення НСРД, пов'язаних із тимчасовим обмеженням прав громадян (у т.ч. НСРД з використанням технічних засобів), необхідно визначитися з тим, чи може слідчий суддя бути ініціатором визнання доказів, отриманих у ході НСРД, недопустимими. Вказані повноваження слідчого судді остаточно в теорії кримінального процесу не визначені, а правозастосовна практика з цього приводу є вкрай неоднозначною. Непоодинокі пропозиції щодо побудови інституту слідчих суддів на автономній організаційно-структурній побудові у межах судової системи шляхом прийняття спеціального закону про слідчих суддів [19, с. 15; 21, с. 334] на сьогодні залишаються нереалізованими.

Значна увага науковців і правозахисників приділяється питанню допустимості доказів, отриманих під час прове-

дення НСРД та ОРЗ, на що звертає увагу Д.В. Пономаренко [31]. За результатами проведеного нами анкетування встановлено, що більшість працівників суду стикається з проблемами у разі встановлення допустимості доказів, отриманих у ході НСРД та ОРЗ. 80% представників суду відповіли, що суд має за власною ініціативою вирішувати питання про визнання доказів недопустимими. 90% опитаних вказали на існування юридичних колізій, пов'язаних із неузгодженістю нормативно-правових актів, що регламентують повноваження слідчого судді стосовно можливості виступати ініціатором визнання отриманих у ході НСРД та ОРЗ доказів недопустимими. Як справедливо зазначає С.Л. Шаренко, показання потерпілих, свідків, отриманих ними в ході допиту та зафіксовані протоколом допиту, на які здебільшого посилаються прокурори і слідчі як на докази обґрунтованості пред'явленої підозри, часто не є допустимими, оскільки слідчі судді, як правило, не заслуховують показання потерпілих, свідків [32, с. 121].

Розглянемо деякі норми законодавства та акти судової практики з цього приводу. Положення ч. 3 ст. 62 Конституції України та ч. 3 ст. 17 КПК України вказують на те, що підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Зазначене правило знаходить своє відображення в ч. 2 п. 19 ППВСУ «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» № 9 від 01.11.1996 [33], п. 4 ППВСУ «Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина» № 7 від 30.05.1997 [34], ч. 4, 5 п. 3.2 рішення Конституційного Суду України № 12-рп/2011 від 20.10.2011 [35]. Аналогічні висновки містяться в п. 8 Листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, де зазначено, що фактичні дані, отримані незаконним шляхом (отримані в не передбаченому процесуальним законом порядку чи з його порушенням), є очевидно недопустимими [36].

Ч. 4 ст. 87 КПК України вказує на те, що в межах судового розгляду докази, отримані внаслідок істотного порушення прав і свобод людини, мають визнаватися недопустимими. Згідно з ч. 2 ст. 86 КПК недопустимий доказ не може бути використаний під час прийняття процесуальних рішень, на нього не може посылатися суд у ухваленні судового рішення. Виходячи з положень п. 24 ч. 1 ст. 3 та глави 28 КПК, процедура визнання доказу недопустимим не поширюється на стадію досудового розслідування, відповідно, не входить до правомочностей слідчого судді. Однак це суперечить положенням ст. 94 КПК, відповідно до якої слідчий суддя за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінює кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття правильного та законного рішення.

Основними порушеннями, які зазвичай виступають юридичною підставою для визнання доказів, отриманих під час проведення НСРД, пов'язаних із використанням технічних засобів, недопустимими, є: недотримання порядку складання протоколу НСРД, складання протоколу НСРД без участі фігуранта кримінального провадження, вчинення провокації злочину, перевищення службових повноважень посадовими особами, відсутність доручення слідчого на здійснення НСРД оперативними працівниками, відсутність у матеріалах кримінального провадження оригіналів аудіо- та відеозаписів за результатами НСРД, відсутність у рішенні про фіксацію НСРД ідентифікуючих ознак технічних засобів. Значущість такої проблематики підтверджується прикладами судової практики [37; 38; 39].

З огляду на вищезазначене виникає риторичне запитання: чи вправі слідчий суддя під час реалізації контрольної функції в кримінальному процесі ігнорувати виявлені ним порушення закону, допущені суб'єктами здійснення НСРД

та ОРД у разі отримання доказу, за відсутності клопотання від сторони захисту щодо визнання цього доказу недопустимим? Очевидно, що відповідь має бути негативною. З усієї сукупності поглядів у теорії кримінального процесу ми підтримуємо висловлювання тих дослідників, які вважають, що суд зобов'язаний виключати докази, отримані з порушенням закону, незалежно від наявності клопотань сторін кримінального провадження чи їх позиції, коли недопустимість доказів прямо впливає з положень кримінального процесуального закону [40, с. 329–330; 41, с. 100; 42, с. 200; 43, с. 214].

Слід погодитися з А.Ф. Бондюком, який, досліджуючи питання ініціації певних дій з реалізації слідчим суддею своїх повноважень, доводить необхідність закріплення повноважень слідчого судді щодо доказування в порядку розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого чи прокурора під час досудового розслідування. Науковець використовує авторські терміни «повноваження активної дії» та «повноваження пасивної дії». Повноваження активної дії мають дозвільний характер з метою попередження незаконного та необґрунтованого обмеження прав людини, яке ще не відбулося, однак є намір до його здійснення. Повноваження пасивної дії мають характер постфактум, а саме коли право обмеження або інші неправомірні дії чи бездіяльність органів досудового розслідування уже мали місце і слідчий суддя констатує незворотню дію (наприклад, ч. 1 ст. 250 КПК) [1, с. 217].

Як зазначає М.І. Шевчук, індиферентна позиція суду у разі виявлення ним допущених органами досудового розслідування процесуальних порушень суперечить ролі суду як гаранта прав і свобод людини і громадянина, який повинен у судовому провадженні перевіряти законність та обґрунтованість дій і рішень, вчинених на стадії досудового розслідування, і у разі виявлення порушень вимог закону вживати передбачених кримінальним процесуальним законом заходів для їх усунення [4, с. 135]. Принцип заборони використання доказів, отриманих із порушенням закону, є непорушним. Саме ним слід керуватися представникам судової влади як під час реалізації правосуддя (вирішення кримінального провадження по суті), так і під час виконання інших функцій (у т. ч. під час здійснення судового контролю).

Як уже було зазначено, недопустимим вважається доказ, отриманий не в передбаченому КПК порядку. Це насамперед означає недотримання положень ч. 1 ст. 252 та ч. 1 ст. 104 КПК, які вимагають, аби в протоколі був зафіксований і хід, і результати негласної слідчої (розшукової) дії. Крім того, судовою практикою закріплено правило, згідно з яким для забезпечення допустимості результатів НСРД мають бути відкриті не лише результати цих дій, а й документи, які стали правовою підставою їх проведення (тобто клопотання ініціатора НСРД та ухвала слідчого судді) [44]. Доказ отриманий внаслідок проведення НСРД за відсутності ухвали слідчого судді чи постанови прокурора є недопустимим [45].

Згідно з ч. 3 ст. 252 КПК, після припинення (завершення) НСРД протоколи з додатками передаються прокурору, який приймає рішення щодо їх збереження для подальшого використання у провадженні (ч. 3. 4 ст. 252 КПК). Прокурор наді-

лений правом на розсекречування протоколів НСРД, але він не приймає рішень, які належать до виключної компетенції суду.

Дослідження протоколу НСРД як доказу з приводу його допустимості (або недопустимості) здійснюється судом лише на стадії судового розгляду в кримінальному провадженні. Вказівка щодо можливості дослідження такого носія доказів, як протоколи НСРД, слідчим суддею на стадії досудового розслідування в КПК відсутня, що є значним недоліком. Усе це на фоні протиріч між положеннями п. 24 ч. 1 ст. 3 та ст. 94 КПК з приводу можливості визнання слідчим суддею доказу, отриманого в межах санкціонованої ним НСРД, недопустимим. Відкритим також залишається питання отримання слідчим суддею зворотного зв'язку від ініціатора НСРД про хід і проміжні результати санкціонованої ним НСРД.

Очевидними є недоліки правового регулювання інституту судового контролю за здійсненням НСРД та інституту слідчих суддів у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві порівняно із законодавством низки зарубіжних країн, де слідчий суддя наділений значно ширшими повноваженнями. Так, наприклад, згідно зі ст. 72 КПК Франції, слідчий суддя вправі здійснювати всі процесуальні дії під час дізнання (розслідування). Його процесуальні функції у розслідуванні збігаються з функціями Прокурора Республіки. Прибуття та місце слідчого судді позбавляє повноважень інших суб'єктів кримінального провадження [46, с. 25–26]. Ст. 217 КПК Казахстану навіть передбачає здійснення слідчим суддею депонування показань – проведення допиту потерпілого (свідка) у разі, коли є підстави вважати, що його подальший допит під час досудового розслідування або судового засідання може виявитися неможливим з об'єктивних причин [47; 48, с. 75].

Висновки. Межі судового контролю під час проведення НСРД, пов'язаних із використанням технічних засобів, спрямовують ініціативу слідчого судді в дослідженні отриманих доказів відповідно до його процесуальних повноважень, наданих КПК. Правовою основою цього слугують положення КПК, якими на слідчого суддю покладено обов'язок дослідження всіх обставин кримінального провадження та оцінки доказів. З огляду на вищезазначене, задля усунення юридичних колізій, абсолютно доцільним виглядає пропозиція щодо внесення змін до ст. 89 КПК України в частині закріплення за слідчим суддею у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час здійснення судового контролю, правомочності визнавати цей доказ недопустимим. Крім того, слідчий суддя, який санкціонує певну НСРД, пов'язану з використанням технічних засобів, має бути наділений правом отримувати поточну звітність, безпосередньо досліджувати (оцінювати) докази, отримані під час проведення цієї НСРД. Таке право потрібно закріпити в КПК. Порядок представлення такої інформації та матеріалів доцільно було б закріпити на підзаконному рівні. Це сприяло б одночасно досягненню оперативності й наступальності розслідування, з одного боку, і забезпеченню законності, права на захист, безпосередності дослідження доказів, розумності строків, інших важливих засад кримінального провадження – з іншого.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бондюк А.Ф. Процесуальні основи статусу слідчого судді у кримінальному провадженні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2017. 20 с.
2. Кондратьев О.В. Організаційно-правові проблеми судового контролю : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.10. Харків, 2005. 32 с.
3. Моисеева Т.В. Объективность и беспристрастность суда первой инстанции : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09. Москва, 2004. 32 с.
4. Шевчук М.І. Ініціатива суду та її межі у з'ясуванні обставин кримінального провадження під час судового розгляду : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Львів. націон. ун-т ім. І. Франка. Львів, 2015. 244 с.
5. Панько Н.К. Деятельность адвоката-защитника по обеспечению состоятельности : монография. Воронеж, 2000. 146 с.
6. Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. Москва : Проспект, 2006. 189 с.
7. Плашевская А.А. Собираение судом доказательств при рассмотрении дела по первой инстанции в уголовном процессе России : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09. Томск, 2006. 27 с.
8. Воскобитова Л.А. Механизм реализации судебной власти посредством уголовного судопроизводства : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : 12.00.09. Москва, 2004. 55 с.

9. Пиюк А.В. Роль суда в собиранні доказательств по уголовному делу на стадии предварительного расследования и при рассмотрении дела в суде первой инстанции : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09. Томск, 2004. 29 с.
10. Комарницька О. Організаційні та процесуальні аспекти діяльності прокурора при погодженні клопотання на проведення негласних слідчих (розшукових) дій. *Часопис Академії адвокатури України*. 2015. Т. 8. № 1. С. 17–26.
11. Відшкодування матеріальної шкоди, завданої кримінальними правопорушеннями : методичні рекомендації / Чернявський С.С. та ін. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2016. 122 с.
12. Сухомлин Ю.В. Подання, розгляд і вирішення клопотань учасників кримінального провадження на стадії досудового розслідування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2019. 260 с.
13. Городовенко В.В. Слідчий суддя як суб'єкт надання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій. *Кримінальний процесуальний кодекс України: перші проблеми та здобутки* : матер. круглого столу, 20 листопада 2013 р. Запоріжжя : ЗДУ, 2013. С. 21–23.
14. Косов В.В. Суб'єкти судово-контрольного провадження на досудових стадіях кримінального процесу : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2012. 20 с.
15. Іверук Н.О. Моніторинг банківських рахунків як негласна слідча (розшукова) дія: проблеми законодавчої регламентації і практичної реалізації та шляхи їх вирішення. *Вісник кримінального судочинства*. 2018. № 1. С. 155–161.
16. Кримінальний процес : підручник / Ю.М. Грошевий та ін. ; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Харків : Право, 2013. 824 с.
17. Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств : учебное пособие. Москва : Зерцало-М, 2001. 480 с.
18. Литвинчук О.І. Використання досвіду побудови системи органів досудового розслідування Франції та Німеччини в контексті розроблення положень нового кримінально-процесуального законодавства України. *Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС імені 10-річчя незалежності України*. Луганськ, 2005. Вип. 2/2005. С. 100–110.
19. Колеснік Г.Р. Функціональне призначення нагляду і контролю у досудовому розслідуванні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2018. 20 с.
20. Іваненко І.В. Інститут слідчого судді за новим Кримінальним процесуальним кодексом. URL: <https://cka.court.gov.ua/sud2390/rastise/uzagalnennja/0001> (дата звернення: 12.01.2021).
21. Муратова Н.Г. Система судебного контроля в уголовном судопроизводстве: вопросы теории, законодательного регулирования и практики : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Казанский нац. ун-т. Казань, 2004. 599 с.
22. Андрусенко С.В., Смух А.О. Проблемні питання проведення негласних слідчих (розшукових) дій при оперативно-розшуковій провіді організованої злочинності. *Актуальні проблеми оперативно-розшукової діяльності з протидії організованій злочинності* : матер. міжнар. наук.-практ. інт.-конфер. 28 квітня 2017 р. Одеса : ОДУВС, 2017. С. 85–86.
23. Вапнярчук В.В. Сутність активної та ініціативної діяльності суду в кримінальному провадженні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Сер. *Право*. 2014. № 25. С. 135–142.
24. Лукичев Н.А. Продолжение суждения о роли суда по установлению объективной истины по уголовным делам в свете конституционного принципа состязательности процесса. *Следователь*. 2002. № 3. С. 18–25.
25. Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе : научно-методическое пособие. Москва : Проспект, 2000. 144 с.
26. Макарин А.И. Состязательность на предварительном следствии. Санкт-Петербург, 2004. 265 с.
27. Гловюк І.В. Слідчий суддя у кримінально-процесуальному доказуванні. *Часопис Академії адвокатури України*. 2013. № 3. С. 1–5.
28. Нагачевський С.В. Функції слідчого судді під час здійснення досудового розслідування. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2015. № 3. С. 301–309.
29. Гловюк І.В. Функціональна спрямованість діяльності слідчого судді. *Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки»*. 2013. Т. 26 (65). № 2-1 (Ч. 2). С. 303–309.
30. Попелюшко В.О. Слідчий суддя у кримінальному провадженні. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія: *Право*. 2014. № 1. С. 11.
31. Пономаренко Д. Визнання доказів не допустимими за критеріями ЕСПЛ та їх реалізація. URL: <https://blog.liga.net/user/ponomarenko/article/20313> (дата звернення: 12.01.2021).
32. Шаренко С.Л. Участь слідчого судді в оцінці доказів під час досудового провадження. *Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення* : матеріали постійно діючого наук.-практ. семінару, 17 жовт. 2014 р. Харків : Право, 2014. Вип. 6. С. 118–122.
33. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 01.11.1996 № 9. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96> (дата звернення: 12.01.2021).
34. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про посилення судового захисту прав та свобод людини і громадянина» від 30.05.1997 № 7. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-97> (дата звернення: 12.01.2021).
35. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням СБ України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України від 20 жовтня 2011 р. № 12-рп/2011. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11> (дата звернення: 12.01.2021).
36. Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» № 223-1446/04-12 від 05.10.2012. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v1446740-12> (дата звернення: 12.01.2021).
37. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду України від 14.04.2020 за судовим провадженням № 51-10064км18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88904111> (дата звернення: 12.01.2021).
38. Вирок Краматорського міського суду Донецької області від 25.11.2019 за кримінальним провадженням № 4201405000000787. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85857592> (дата звернення: 12.01.2021).
39. Вирок Шаргородського районного суду Вінницької області від 02.12.2019 за кримінальним провадженням № 4201300000000120. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86053950> (дата звернення: 12.01.2021).
40. Астафьев А.Ю. Процессуальная независимость судьи как субъекта доказывания: пределы дискреционных полномочий. *Вестник Воронежского государственного университета. Серия «Право»*. 2013. № 1. С. 327–339.
41. Васяев А.А. Должен ли суд проявлять активность при исследовании доказательств? *Современное право*. 2009. № 11. С. 96–101.
42. Захаров Д.А., Руденко А.В. Роль суда в формуванні доказової бази у кримінальному провадженні. *Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки»*. Том 25 (64). 2012. № 2. С. 199–204.
43. Малахова О. Щодо процесуального порядку визнання доказів недопустимими в судовому розгляді. *Правова політика в Україні: питання теорії та практики* : зб. матер. міжнар. наук.-практ. конф., 24 жовтня 2014 р. Київ, Національна академія прокуратури України. 2014. Т. 2. С. 213–215.
44. Постанова ВС/ВП № 751/7557/15-к від 16.01.2019. Судова практика ВСУ. Правові позиції та висновки у кримінальних справах. 2019. № 01. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/79298340> (дата звернення: 12.01.2021).
45. Вирок Вінницького міського суду від 13.01.2017 № 127/23772 за кримінальним провадженням № 1-кп/127/196/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84130578> (дата звернення: 12.01.2021).
46. Головки Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. Москва : Спарк, 1995. 130 с.
47. Кримінально-процесуальний кодекс Республіки Казахстан від 04.07.2014 № 231-V. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852 (дата звернення: 12.01.2021).
48. Касько В. Реализация принципа состязательности в уголовном процессуальном законодательстве Украины и проекте УПК Казахстана. *Материалы Центра исслед. правовой политики*. Алматы, 2014. С. 70–76.