

УДК 344.65

О. В. Геселев,

старший викладач відділу підготовки прокурорів
з процесуального керівництва та криміналістичного забезпечення
досудового розслідування Інституту спеціальної підготовки
Національної академії прокуратури України,
старший радник юстиції

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РОЗСЕКРЕЧУВАННЯ ТА ВИКОРИСТАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УХВАЛ СЛІДЧОГО СУДДІ ПРО ДОЗВІЛ НА ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

У статті аналізуються проблемні питання, що виникають у зв'язку з правовою неврегульованістю порядку розсекречування та використання у кримінальному провадженні ухвал слідчих суддів про дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій. З урахуванням наявних правових позицій Верховного Суду розглянуто, як відсутність у прокурора забезпеченої правом можливості витребувати та подавати до суду такі ухвали на стадії досудового розслідування негативно впливає на об'єктивну оцінку допустимості доказів, отриманих у результаті вказаних дій, а також на додержання прав людини й верховенства права у кримінальному процесі.

Ключові слова: негласні слідчі (розшукові) дії, ухвали слідчих суддів, використання результатів негласних дій у кримінальному провадженні, повноваження прокурора, допустимість доказів, верховенство права, правовий висновок Верховного Суду.

З прийняттям у 2012 р. Кримінально-процесуального кодексу України спеціальним негласним заходом, спрямованим на встановлення фактичних даних про підготовку і вчинення злочинів та осіб, що їх вчинили, надано процесуальний статус та визначено як негласні слідчі (розшукові) дії [1]. Поряд із безумовно позитивними наслідками запровадження цього процесуального інституту відповідна правозастосовна практика виявила низку суттєвих проблем, пов'язаних із використанням результатів негласних дій для доказування у кримінальному провадженні, підстав та умов визнання їх результатів, насамперед пов'язаних із тимчасовим обмеженням конституційних прав людини як допустимих доказів. Особливо неприйнятним у цьому контексті є існуюча законодавча неврегульованість питань щодо порядку розсекречування та використання для оцінки до-

пустимості доказів, отриманих за результатами негласних слідчих (розшукових) дій, ухвал слідчих суддів, що стали підставами для їх проведення. Досить суперечливою є також ситуація, коли у прокурора відсутні передбачені законом можливості повноцінно використовувати свої повноваження щодо витребування та подання до суду таких ухвал, що розглядається нами як певний прояв необґрунтованого обмеження щодо реалізації функції обвинувачення у кримінальному процесі. Все це має вкрай негативні наслідки для забезпечення верховенства права, інших засад кримінального провадження у такій вразливій щодо дотримання прав людини сфері як негласні слідчі (розшукові) дії. Наявну проблему не вирішили, на нашу думку, і останні рішення вищих судів України.

Питання визначення процесуального статусу та правової природи негласних

слідчих (розшукових) дій досить змістовно досліджувались такими правознавцями як В. Д. Берназ, М. І. Бортун, С. О. Грищенко, Є. О. Дідоренко, Є. А. Доля, І. М. Доронін, Ю. М. Дьомін, О. В. Капліна, І. М. Козьяков, Є. Д. Лук'янчиков, Д. Й. Никифорчук, В. Т. Нор, М. А. Погорецький, Є. Д. Скулиш, О. Ю. Татаров, Л. Д. Удалова та іншими. Проте, незважаючи на високий рівень наукового осмислення зазначеної тематики, окремі проблемні питання використання результатів вказаних дій у доказуванні під час кримінального провадження, наявності прогалин чинного законодавства щодо визнання допустимими доказів, отриманих внаслідок негласних заходів, залишаються поза належною увагою наукових досліджень.

Метою статті є аналіз існуючих проблем правозастосовної діяльності щодо використання у кримінальному провадженні як допустимих доказів результатів негласних слідчих (розшукових) дій, зокрема порядку витребування та подання суду ухвал слідчого судді про дозвіл на проведення цих дій; дослідження проблемних питань щодо реалізації відповідних повноважень прокурора та формулювання можливих підходів щодо їх вирішення.

Змагальність, що передбачає рівні права сторін кримінального провадження на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, а також на реалізацію інших, визначених законом, процесуальних прав, є однією із фундаментальних, конститутивних засад кримінального процесу сучасної України. Реалізацією чи втіленням у конкретних правовідносинах цього принципу стає процедура доказування як визначений законом порядок або послідовність дій та рішень, пов'язаних із збиранням та оцінкою доказів під час досудового розслідування та судового розгляду кримінальних справ. Дискримінація сторін у цьому процесі, тобто порушення рівності їх прав щодо гарантованої законом можливості та здатності збирати і подавати до суду належні і допустимі докази, призводить до порушен-

ня прав осіб, нівелювання в цілому завдань кримінального провадження.

Особливо чутливою така дискримінація стає під час проведення та використання як доказів результатів негласних слідчих (розшукових) дій. Будь-яка неврегульованість або невизначеність у питаннях процесуального оформлення НС(Р)Д, наявність законодавчих лакун щодо процедури проведення та використання їх результатів, беззаперечно призводить до визнання здобутої інформації, як отриманої внаслідок істотного порушення прав людини. З цієї причини одержані фактичні дані як недопустимі докази неможливо у подальшому використовувати для доведення винуватості особи у вчиненні злочину. За таких обставин, навіть за наявності безсумнівних даних про причетність певних осіб до вчинення злочину, встановлених у результаті проведення таких дій, підтвердження достовірності отриманої інформації, ці особи можуть уникнути кримінальної відповідальності. Зрозуміло, це суперечить тим завданням та засадам, на яких і ґрунтується вся система кримінального провадження України.

З іншого боку, «закритий», конфіденційний характер НС(Р)Д надає можливість уповноваженим суб'єктам, у разі порушення підстав та порядку здійснення цих дій, втручатися в особисте життя, спілкування, тією чи іншою мірою обмежувати конституційні права людини. Зазначені особливості з об'єктивною необхідністю впливають на вразливість результатів негласних слідчих (розшукових) дій з точки зору забезпечення прав особи, гарантій їх дотримання у зв'язку з проведенням негласних дій.

Викладене актуалізує питання легітимізації негласних слідчих (розшукових) дій, підстав та процедури визнання отриманих за їх результатами фактичних даних як допустимих доказів. Однією із вкрай важливих проблем легітимізації використання результатів НС(Р)Д у кримінальному провадженні є наявність у його матеріалах, що надаються суду, ухвал слідчого судді про дозвіл на їх проведення. Така ухвала, безумовно, має

важливе значення для оцінки отриманих результатів вказаних дій як допустимих доказів. Дані, що містяться в ухвалі, дозволяють прокурору під час досудового розслідування, а згодом — суду під час судового розгляду, оцінити законність дій суб'єктів проведення НС(Р)Д з позиції дотримання всіх умов ухвали щодо осіб, місця, видів, строків проведення таких дій. Як наслідок, суд здатен сформулювати внутрішнє переконання про допустимість доказів, отриманих за їх результатами; додержання при цьому засад верховенства права, законності, непорушення прав особи [1]. Саме з цієї причини, як можна дійти аналізуючи правовий висновок, викладений Верховним Судом України у постанові від 16 березня 2017 р. у кримінальній справі № 671/463/15-к, долученню до матеріалів кримінального провадження та відкриттю стороні захисту згідно із ст. 290 КПК України *в обов'язковому порядку* підлягають, окрім протоколів, у яких зафіксовано хід та результати проведення процесуальних дій, і матеріали, які є правовою підставою для цього (ухвали, постанови, клопотання), що забезпечать можливість перевірки стороною захисту та судом допустимості таких дій як доказів [2].

Однак у такому випадку одночасно виникає проблема процедури розсекречення або зняття грифу таємності з ухвали слідчих суддів про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової дії), без чого неможливо їх використовувати для оцінки належності та допустимості відповідних доказів. Слід зважати, що на даний час ані у КПК, ані на рівні будь-якого іншого закону відсутній механізм розсекречування цих ухвал, що створює значні труднощі під час правозастосовної діяльності прокурорів. Проте загальний порядок розсекречування, безвідносно до відомчої належності органу, де було засекречено матеріальний носій інформації, досить послідовно врегульовано таким документом як Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використанні їх результатів у кримінальному прова-

дженні, затвердженої спільним наказом Генеральної прокуратури України та інших відомств 16.11.2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5 (далі — Інструкція). Тому доцільним, як на нашу думку, для вирішення проблеми розсекречення ухвал слідчих суддів застосовувати за аналогією приписи Інструкції, які встановлюють процедуру розсекречення процесуальних документів, що стали правовою підставою для проведення негласних дій [3].

Так, після рішення прокурора про розсекречення матеріальних носіїв інформації щодо проведення негласних дій, керівник органу прокуратури, за аналогією з процедурою розсекречення інших матеріалів, може надіслати голові апеляційного суду як керівнику органу, де було засекречено відповідну ухвалу, клопотання, у якому зазначаються підстави для скасування грифу секретності та інші дані. Після розсекречення така ухвала передається прокурору та долучається ним до матеріалів кримінального провадження для надання доступу до її ознайомлення стороні захисту при виконанні вимог ст. 290 КПК України. В іншому варіанті прокурор може витребувати такі ухвали в порядку ст. 93 КПК, направивши до голови апеляційного суду відповідний запит. У цьому випадку прокурором одночасно реалізується один із способів збирання доказів стороною обвинувачення, передбачений вказаною статтею.

Проте описувані процедури прокурор обирає у конкретному кримінальному провадженні, так би мовити, «за фактом», як певний спосіб усунення під час правозастосування суттєвої прогалини у процесуальному законодавстві, а також за браком сталої судової практики з цього питання, у тому числі відсутності вкрай необхідних у ситуації наявної правової невизначеності роз'яснень вищих судів України. Головним є те, що кінцеве рішення про розсекречення або нерозсекречення таких ухвал приймається апеляційним судом, що від прокурора ніяким чином не залежить.

Спробу дещо впорядкувати таку ситуацію було зроблено колегією суддів Дру-

гої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду. В ухвалі від 05.07.2018 р. у справі № 751/7557/15-к викладено правову позицію цього суду щодо можливості відступу від зазначеного вище правового висновку постанови Верховного Суду України від 16.03.2017 р. у справі № 5-364кс16 про те, що невідкриття процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій (ухвал, постанов, клопотань), у порядку ст. 290 КПК України після закінчення досудового розслідування є безумовною підставою для визнання судом відомостей, що містяться в них і результатів проведення таких дій недопустимими доказами [4].

Вказана ухвала касаційної інстанції заслуговує, на нашу думку, на підтримку з наступних міркувань. Аналізуючи її, треба насамперед звернути увагу на встановлений законом порядок використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні. Так, згідно з ч. 2 ст. 91 КПК України сторона обвинувачення здійснює збирання доказів у кримінальному провадженні, у тому числі шляхом проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Відповідно до змісту статей 252, 255, 256 КПК України саме прокурор, який здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, приймає рішення про можливість використання для доказування у кримінальному провадженні протоколів щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них, зокрема, аудіо- або відеозаписів, фотознімків, інших результатів, здобутих за допомогою застосування спеціальних технічних засобів. До зазначених матеріалів щодо результатів проведення негласних слідчих (розшукових) дій, визначених у КПК України, які є в розпорядженні прокурора, надається доступ підозрюваному та його захиснику в порядку, передбаченому ст. 290 КПК України. Єдиною умовою для надання доступу до них є визнання прокурором зібраних під час досудового розслідування доказів достатніми для

складання обвинувального акта, у зв'язку з чим прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний повідомити підозрюваному та його захиснику про завершення досудового розслідування та надання доступу до його матеріалів.

Разом із тим, у своїй постанові від 16.03.2017 р. Верховний Суд України зазначив, що відкриття матеріалів (ухвал, постанов, клопотань), які стали правовою підставою для проведення процесуальних (у тому числі негласних) дій, забезпечить можливість перевірки стороною захисту та судом допустимості результатів таких дій як доказів. Надання стороною обвинувачення у суді таких матеріалів, до яких не було надано доступу стороні захисту, і долучення їх як доказів на стадіях судового розгляду, призводить, як вказує Суд, до порушення права обвинуваченого на захист, тому є окремою підставою для їх визнання недопустимими доказами [2].

Однак, вирішуючи питання про допустимість таких матеріалів як доказів, слід враховувати наступне. Прокурор, приймаючи рішення про використання як доказів результатів негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні, дійсно зобов'язаний вжити необхідних заходів щодо їх розсекречення. Однак спеціально створеною експертною комісією у складі органу, де здійснювалося засекречування, може бути відмовлено у скасуванні грифу секретності або не розсекречено з різних причин будь-які матеріали щодо вказаних дій. У такому випадку відповідні документи з об'єктивних причин, що не залежать від прокурора, не можуть перебувати в його розпорядженні на момент відкриття матеріалів кримінального провадження стороні захисту і до них не може бути наданий доступ у порядку ст. 290 КПК України.

Ситуація ускладнюється й тим, що визначена Інструкцією спеціальна процедура розсекречення та відкриття матеріалів щодо негласних слідчих (розшукових) дій не стосується ухвал слідчих суддів суду апеляційної інстанції, які стали правовою підставою для їх прове-

дення. Вказані вимоги Інструкції щодо порядку розсекречування матеріалів негласних слідчих (розшукових) дій не розповсюджуються на діяльність судів і не є обов'язковими для слідчих суддів відповідних апеляційних судів. Оскільки законодавчо визначений порядок розсекречення судами вказаних ухвал і надання їх прокурору для подальшого використання з метою оцінки допустимості доказів, здобутих у результаті НС(Р)Д, відсутній, судді можуть відмовити, і у деяких випадках дійсно відмовляють, прокурорам у такому розсекречуванні, посилаючись на неврегульованість цього питання у законі, навіть незважаючи на правову позицію щодо цього, викладену у постанові Верховного Суду України від 16.03.2017 р. Це повністю позбавляє прокурора можливості не тільки давати оцінку допустимості доказів, а й взагалі, якщо виходити з приписів вказаної постанови, використовувати як докази у кримінальному провадженні протоколи негласних слідчих (розшукових) дій, хоча б і за умов відсутності порушень закону та конституційних прав осіб під час їх проведення та оформлення результатів. Крім того, це робить прокурора залежним як від загальної ситуації правової невизначеності, так і від свавільних рішень окремих слідчих суддів.

Тому за наведених обставин цілком обґрунтованим і таким, що відповідає вимогам КПК, є рішення прокурора надавати стороні захисту доступ до матеріалів щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій у тому обсязі, який є в його розпорядженні на час завершення досудового розслідування і який прокурор визнає достатнім для складання обвинувального акта та використання у подальшому для доказування у кримінальному провадженні. Це може стосуватись окремих протоколів, у яких фіксуються хід та результати проведення негласних слідчих (розшукових) дій з додатками до них, постанов слідчого, прокурора, вказівок, доручень, інших матеріалів. Невідкриття стороні захисту після закінчення досудового розслідування ухвал слідчого судді про дозвіл на

проведення НС(Р)Д у разі їх нерозсекречення та ненадання прокурору з вищевказаних причин, не призводить до порушення права підозрюваного на захист. У зв'язку із цим таке невідкриття не може тягнути за собою, як на нашу думку, безумовного «автоматичного» визнання недопустимими доказами матеріалів щодо результатів негласних дій, доступ до яких надається підозрюваному та його захиснику. З цієї ж причини такі ухвали слідчого судді, що на момент відкриття матеріалів досудового розслідування не перебували в розпорядженні прокурора, після їх подальшого розсекречення дійсно, як про це зазначається в ухвалі Верховного Суду від 05.07.2018 р., можуть бути відкриті стороні захисту в порядку, передбаченому ч. 11 ст. 290 КПК України, тобто як додаткові матеріали, отримані до або під час судового розгляду, в тому числі у суді першої чи апеляційної інстанції [4].

Разом із тим, Велика палата Верховного Суду у своїй постанові від 16.01.2019 р. у справі № 751/7557/15-к, прийнятої за результатами розгляду вказаної ухвали колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 05.07.2018 р., констатувала, що підстав для відступу від викладеного у постанові Верховного Суду України від 16.03.2017 р. правового висновку, можливість чого і пропонувалась в ухвалі, немає.

Велика палата Верховного Суду фактично підтвердила доводи цього правового висновку, зазначивши, що процесуальні документи, які стали підставою для проведення НС(Р)Д (ухвали, постанови, клопотання), які містять інформацію про попередній дозвіл на проведення цих дій, і яких не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК, оскільки їх тоді не було у розпорядженні стороні обвинувачення (процесуальні документи не було розсекречено на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути під час судового розгляду відкриті іншій стороні, але суд не має допустити відомості, що містять-

ся в цих матеріалах кримінального провадження, як докази. Як вказує Велика палата, відсутність у сторони захисту процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення НС(Р)Д, позбавляє її можливості поставити перед судом питання про недопустимість доказів, а суд — вирішити це питання до видалення до нарадчої кімнати; як наслідок, від самого початку судового розгляду сторона захисту перебуватиме зі стороною обвинувачення у нерівних умовах [5].

Прокурор-процесуальний керівник, як стверджує Велика палата Верховного Суду, згідно із ч. 2 ст. 36 КПК має повний доступ до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування. За змістом статей 85, 92, 290 КПК він зобов'язаний, як зазначає Суд, під час досудового розслідування заздалегідь ініціювати процедуру розсекречення вищевказаних процесуальних документів одночасно з результатами НС(Р)Д, які мають гриф секретності, і забезпечити відкриття цих документів на етапі закінчення досудового розслідування.

Проте, на жаль, Велика палата Верховного Суду, як перед цим і Верховний Суд України, жодним чином не зазначили у своїх рішеннях про необхідність та обов'язковість своєчасного розсекречення суддями апеляційних судів ухвал про надання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій, за умов надходження до них за ініціативою прокурорів під час досудового розслідування відповідних звернень, клопотань або запитів. Незважаючи на те, що прокурори, зрозуміло, не мають до вказаних ухвал будь-якого доступу, чіткої, конкретної позиції з цього питання вищими судами не висловлено.

Від прокурорів вимагається «в обов'язковому порядку» відкривати стороні захисту після завершення досудового розслідування, тобто саме під час виконання вимог ст. 290 КПК, окрім протоколів, у яких зафіксовано хід та результати проведення негласних дій, ухвали слідчих суддів, які стали процесуальною

підставою їх проведення; при цьому невідкриття цих ухвал в порядку ст. 290 КПК через відсутність у розпорядженні прокурора, оскільки їх не було розсекречено на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження, є безумовною підставою визнання відомостей, які містяться у вказаних протоколах, недопустимими доказами. Однак прокурор, як ми вже зазначили, суто з об'єктивних причин не завжди може виконати такий «обов'язок». По-перше, він не має ані повного, ані обмеженого доступу до таких ухвал, які знаходяться в апеляційному суді. По-друге, прокурор безпосередньо не розсекречує їх, оскільки гриф секретності у цьому випадку скасовується виключно судом.

Дії прокурора щодо розсекречення ухвал слідчих суддів апеляційних судів взагалі не визначено як його процесуальні повноваження, що передбачені ст. 36 КПК України; не визначені вони і у згадуваній вище Інструкції. Тому їх здійснення законодавчо не забезпечується і не може відбуватись за принципом, який притаманний застосуванню будь-якої правової норми, тобто — «у будь-якому типізованому випадку» або «у всіх без винятку аналогічних випадках».

У вказаному контексті, вважаємо, не достатньо обґрунтованою і тезу щодо неможливості вважати ухвали, які не були розсекречені на момент звернення до суду з обвинувальним актом, однак згодом отримані до або під час судового розгляду, додатковими матеріалами до результатів проведених негласних слідчих (розшукових) дій; оскільки такі ухвали, як зазначено у постанові Суду, є частиною цих результатів. Адже частина — це невід'ємний складовий компонент (елемент) якогось інтегрованого загального цілого, без його наявності таке ціле не може існувати. У будь-якому випадку ухвала, як судове процесуальне рішення, підстави прийняття якого передбачені КПК, не може бути безпосередньою складовою проведення негласних слідчих (розшукових) дій та їх результатів, які фіксуються в іншому процесуально-

му документі — протоколі. Ухвала слідчого судді, хоча вона і має значення для оцінки доказів, проте не може бути частиною такого протоколу.

Як вже зазначалось, наявна ситуація прогалини у законі обумовлює те, що судді не зобов'язані розглядати відповідні клопотання, звернення, запити прокурора або можуть розглядати їх тривалий термін, навіть за умов його завчасної ініціативи щодо процедури розсекречення вказаних процесуальних документів. Більш того, з різних причин або без таких можуть відмовити в їх розсекреченні. Тобто гарантована можливість мати у розпорядженні розсекреченні ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення НС(Р)Д на момент закінчення досудового розслідування та відкриття матеріалів кримінального провадження в порядку ст. 290 КПК, від прокурора насправді не залежить.

Вважаємо за необхідне, що у ситуації суттєвої правової невизначеності було б логічним і таким, що узгоджується із досліджуваними положеннями вищих судів, які доволі жорстко *зобов'язують* прокурора надавати стороні захисту розсекречені ухвали слідчих суддів саме при відкритті матеріалів кримінального провадження на стадії досудового розслідування, не допускаючи у разі їх невідкриття, відомості, що містяться у цих матеріалах, як докази, визначити й *обов'язок* слідчих суддів апеляційних судів розсекречувати такі ухвали та надавати їх прокурору до початку виконання вимог ст. 290 КПК України. Звісно, у разі своєчасного надходження клопотань чи запитів прокурора про це, а також коли витік відповідних відомостей не завдасть шкоди національній безпеці України. Таке зобов'язання відповідало б вимогам правової збалансованості судових рішень, що має неабияке значення для оцінки допустимості доказів, здобутих у результаті проведення НС(Р)Д, реального забезпечення права на захист та реалізації процесуальних можливостей сторони захисту, об'єктивної перевірки наявності чи відсутності порушень прав особи під час їх здійснення.

Однак наразі прокурор, подані докази якого за названих обставин повинні визнаватись недопустимими, вимушений без наявних для цього підстав нести процесуальну відповідальність, тобто зазнавати для себе негативних наслідків за дії, вчинити які він не мав реальної можливості.

За відсутності визначеного законом або рішеннями вищого суду обов'язку слідчих суддів розсекречувати ухвали про дозвіл на проведення НС(Р)Д та надавати їх прокурору до завершення досудового розслідування, останній опиняється у ситуації, коли від нього, за твердженням Л. Фуллера, «вимагають неможливого». У даному випадку це — забезпечити здійснення певних заходів та відповідати за дії та рішення, результат яких від нього фактично не залежить. Закони (як взагалі правові норми, приписи, судові прецеденти тощо), які від учасників правовідносин «вимагають неможливого», суперечать моральним засадам права, і не можуть, внаслідок цього, вважатись правом як таким. У наведеній ситуації порушується одна з формуючих право моральних засад, яка стверджує, що право, закони «не можуть вимагати неможливого» [6].

Прокурор, від якого «вимагають неможливого», піддається певній дискримінації як сторона кримінального провадження, що негативно впливає, як це не парадоксально, і на реалізацію стороною захисту своїх процесуальних прав. Відомо, що будь-яке право суб'єкта правових відносин взаємопов'язане та взаємозалежне від кореспондуючого йому обов'язку іншого учасника таких відносин. Суб'єктивне право існує та реалізується виключно через можливість його забезпечення виконанням відповідного обов'язку на користь його суб'єкта іншим учасником правовідносин. Однак за вказаних обставин у сторони обвинувачення відсутні беззаперечні правові та фактичні підстави для забезпечення сторони захисту «можливості поставити перед судом питання про недопустимість доказів» та, відповідно, забезпечити їй «рівні умови» у процесі. Прокурор з причин,

що не залежать від його волі, дій, рішень ініціативи тощо, не може отримати і надати іншій стороні для ознайомлення навіть не доказ (доказ — це протокол за результатами проведення НС(Р)Д з відповідними додатками), а документ, який має значення для оцінки допустимості чи недопустимості цього доказу. Тобто прокурор об'єктивно позбавлений можливості здобувати такі документи, мати їх у своєму розпорядженні.

Права сторони захисту, про які йдеться у названих постановках вищих судів, з наведених причин «завжди», «у всіх випадках», «за будь-яких обставин», тобто за вимог, що мають нормативно-правові ознаки, не можуть бути забезпечені прокурором та належним чином реалізовані. Сторона обвинувачення за цих умов не може виконати кореспондуюче такому праву зобов'язання. Тому слушним тут стає питання, чи можна взагалі стверджувати про існування цього права, якщо у іншій стороні відсутня сама можливість, правова та фактична, забезпечити його використання як такого.

Подібна дискримінація, яка полягає у об'єктивній нездатності прокурора повноцінно збирати докази у спосіб, передбачений законом (ч. 2 ст. 93 КПК України) та подавати їх до суду, не тільки негативно впливає на забезпечення прав сторони захисту, а й не гарантує реалізацію прав інших учасників кримінального провадження. Відсутність у прокурора гарантованої правом реальної можливості вчиняти певні дії загалом суперечить принципу верховенства права, на додержання якого і спрямований зміст вказаних рішень вищих судів. Ситуація, що склалася, не сприяє додержанню й інших засад кримінального провадження, зокрема змагальності, диспозитивності, публічності. Останній принцип, як і взагалі виконання передбачених КПК завдань кримінального провадження, вимагає від прокурора вживати всіх передбачених законом заходів для встановлення особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, швидкого, повного та неупередженого розслідування з метою

притягнення цієї особи до відповідальності в міру її вини. В іншому випадку на дійсний, ефективний захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, як основне завдання і мету функціонування всієї системи кримінальної юстиції в Україні, розраховувати не варто. Адже саме такий захист має бути першочерговим, пріоритетним завданням при створенні відповідних процедурних умов реалізації кримінально-процесуальних норм. Проте цьому не можуть слугувати деякі, на нашу думку, не засновані на праві та законі, нерациональні обмеження процесуальної діяльності прокурора. Верховенство права та ефективно попередження порушень прав особи під час кримінального провадження навряд чи можуть бути досягнуті штучним звуженням обсягу реалізації передбаченої КПК процесуальної функції обвинувачення, що іноді виглядає як така собі ірраціональна самоціль. Насправді, верховенство права може бути досягнуто через усунення правової невизначеності, прогалин у законі як шляхом внесення відповідних змін та доповнень до чинного законодавства, так і шляхом виваженої та збалансованої правової позиції Верховного Суду, викладеної у його висновках та рішеннях. Тим самим, крім іншого, забезпечується, як це визначено у Законі України «Про судоустрій та статус суддів», єдність та сталість судової практики в державі. Відповідно до ст. 13 цього Закону висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, а також враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права [7].

У випадку ж усунення Судом у такий спосіб прогалин законодавства такі, обов'язкові для застосування, висновки фактично мають характер судових прецедентів, оскільки містять у собі всі ознаки норм права, насамперед у вигляді зобов'язуючих приписів належної поведінки, що виконуються всіма суб'єктами відповідних правовідносин, з обставин, на даний час не врегульованих законом.

Висновок. Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що стан правової невизначеності, особливо у такій вразливій щодо дотримання прав людини сфері як негласні слідчі (розшукові) дії, вкрай негативно впливає на забезпечення принципу верховенства права та інших засад кримінального провадження. Не сприяє їх додержанню та навіть призводить до порушень деяких із них, зокрема змагальності, публічності, рівності перед законом і судом, наявна не врегульованість законом питань щодо використання для підтвердження допустимості доказів, отриманих за результатами НС(Р)Д, ухвал слідчих суддів, що стали підставою для їх проведення, а також відсутність порядку їх розсекречування. Іншим негативним чинником, що впливає на таку ситуацію, є відсутність у прокуро-

ра передбаченої законом можливості реалізовувати свої повноваження щодо збирання та подання до суду таких ухвал, взагалі документів, що підтверджують допустимість цих доказів. Тому реальне додержання верховенства права та запобігання порушенням прав особи під час проведення негласних дій можуть бути досягнуті не штучним, таким, що не ґрунтується на засадах права і закону, обмеженням здатності прокурора реалізовувати функцію обвинувачення у кримінальному процесі. Це може бути досягнуто як шляхом внесення своєчасних та необхідних змін до КПК України, так і врівноваженою послідовною правовою позицією вищих судів з питань, що стосуються використання результатів НС(Р)Д у кримінальному провадженні.

Список використаної літератури

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення — 10.04.2019).
2. Постанова судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 16 березня 2017 р., категорія справи № 671/463/15-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66203468>.
3. Про затвердження Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні / Спільний наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12> (дата звернення — 10.04.2019).
4. Ухвала колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 05.07.2018 р., категорія справи № 751/7557/15-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66203468>.
5. Постанова Великої палати Верховного Суду від 16.01.2019 р., категорія справи № 751/7557/15-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66203468>.
6. Фуллер Лон. Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой; под ред. А. Куряева. М.: ИРИ-СЭН, 2007. 308 с.
7. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення — 10.04.2019).

Гаселев А. В. Проблемные вопросы рассекречивания и использования в уголовном производстве решений следственного судьи о разрешении на проведение негласных следственных (розыскных) действий.

В статье анализируются проблемные вопросы, возникающие в связи с правовой неурегулированностью порядка рассекречивания и использования в уголовном производстве определенных следственных судей о разрешении на проведение негласных следственных

(розыскных) действий. С учетом имеющихся правовых позиций Верховного Суда рассмотрено, как отсутствие у прокурора обеспеченной правом возможности истребовать и подавать в суд такие определения на стадии досудебного расследования негативно влияет на объективную оценку допустимости доказательств, полученных в результате указанных действий, а также на соблюдение прав человека и верховенство права в уголовном процессе.

Ключевые слова: негласные следственные (розыскные) действия, определения следственных судей, использование результатов негласных действий в уголовном производстве, полномочия прокурора, допустимость доказательств, верховенство права, правовое заключение Верховного Суда.

Geselev O. V. Problematic issues of declassification and use in criminal proceedings of decisions of an investigating judge on the permission to hold secret investigators (wanted) actions.

The article analyzes the problematic issues that arise in connection with the legal uncertainty of the decryption procedure and the use of criminal investigations of investigating judges decisions on the permission to conduct secret investigative (wanted) actions. Taking into account the existing legal positions of the Supreme Court, it was considered how the lack of a prosecutor's right to claim and submit to court such decisions at the stage of pre-trial investigation negatively affects the objective assessment of the admissibility of the evidence obtained as a result of these acts and the observance of human rights the rule of law in the criminal process.

Key words: secret investigators (wanted) actions, orders of investigators, use of the results of tacit actions in criminal proceedings, the powers of the prosecutor, admissibility of evidence, Rule of Law, legal opinion of the Supreme Court.