

## РОЗДІЛ 9 КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.1

### ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ У НАДАННІ ДОЗВОЛУ НА ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

### THE PROBLEMS OF THE PROVIDING OF HUMAN RIGHTS BY THE INVESTIGATING JUDGE DURING THE GRANTING PERMISSION TO CONDUCT THE SECRET INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS

**Коваль А.А.,**

*кандидат юридичних наук, доцент,  
завідувач кафедри конституційного та  
адміністративного права і процесу*

*Чорноморського національного університету імені Петра Могили*

У статті аналізується порядок здійснення судового контролю за дотриманням прав і свобод людини під час призначення негласних слідчих (розшукових) дій. Виявлені колізії у чинному законодавстві щодо участі слідчого судді у наданні дозволу на проведення таких дій. Запропоновано шляхи їх вирішення.

**Ключові слова:** негласні слідчі (розшукові) дії, слідчий суддя, судовий контроль, клопотання, конституційні права людини, скарга.

В статье анализируется порядок осуществления судебного контроля за соблюдением прав и свобод человека при назначении негласных следственных (розыскных) действий. Выявлены коллизии в действующем законодательстве об участии следственного судьи в предоставлении разрешения на проведение данных действий. Предложены пути их решения.

**Ключевые слова:** негласные следственные (розыскные) действия, следственный судья, судебный контроль, ходатайства, конституционные права человека, жалоба.

In the article the procedure of the judicial control over the observance of human rights and freedoms during the appointing of the secret investigative (search) actions is analyzed. The collisions in the current legislation regarding the participation of an investigating judge in the granting of the permission to conduct these activities are revealed. The ways of their solution are offered.

**Key words:** secret investigative (search) actions, investigative judge, judicial control, petitions, constitutional human rights, complaint.

**Постановка проблеми.** Загальновідомо, що головним обов'язком правової держави є утвердження і забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Саме права, свободи та інтереси людини, а також їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності правової держави, якою є Україна. Водночас відповідно до ст. 55 Конституції України права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [1]. Зазначені нормативні положення Конституції України визначають суд тим правовим суб'єктом, за допомогою якого держава реалізує свій обов'язок із забезпечення прав і свобод людини і громадянина.

Проте під час боротьби зі злочинністю компетентним органам дозволено законом застосовувати заходи, що суттєво обмежують фундаментальні конституційні права і свободи людини. Чільне місце серед них посідають негласні слідчі (розшукові) дії (далі – НСРД). Тому в чинному кримінальному процесуальному законодавстві закріплено гарантії

здійснення правосуддя на досудовому провадженні таким чином, щоб до особи, яка скоїла кримінальне правопорушення, заходи обмеження прав та свобод були застосовані лише на підставі закону. Очевидно, саме через цей факт законодавець наділив функцією контролю за дотриманням прав і свобод людини і громадянина безстороннього суб'єкта – суд, який стоїть поза змагальністю сторін кримінального провадження.

**Ступінь дослідженості теми.** Значення судового контролю за дотриманням прав людини на досудовому слідстві та роль слідчого судді у цьому процесі стали предметом досліджень багатьох вітчизняних учених-процесуалістів, зокрема Ю.П. Аленіна, Ю.М. Грошевого, Л.М. Лобойка, В.Т. Тертишника, В.Т. Малярєнка та інших. Проте наявність прогалин у КПК щодо судового контролю під час призначення та проведення НСРД викликає необхідність у подальшому поглибленому дослідженні окреслених проблем.

**Метою статті** є визначення ролі суду у забезпеченні прав людини під час призначення НСРД, вияв-

лення проблем, що виникають у ході цієї діяльності та формулювання пропозицій щодо їх вирішення.

**Виклад основного матеріалу.** Наявність посади слідчого судді як об'єктивного і незалежного дослідника обставин скоєного злочину обумовлюється необхідністю належного судового контролю та об'єктивним і незалежним досудовим слідством [2, с. 62].

Легальне визначення поняття «слідчий суддя» закріплено п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК України (далі – КПК): це суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому цим Кодексом, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, та у випадку, передбаченому статтею 247 цього Кодексу<sup>1</sup>, – голова чи за його визначенням інший суддя Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя [3].

Закон також визначає порядок призначення слідчого судді. Так, згідно зі ст. 21 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» (далі – Закон) слідчі судді (суддя) місцевого загального суду обираються зборами суддів цього суду за пропозицією голови суду або будь-якого судді цього суду, на строк не більше трьох років. До обрання слідчого судді його повноваження здійснює найстарший за віком суддя цього суду. Кількість слідчих суддів визначається окремо для кожного суду цими ж зборами суддів [4].

Стосовно Апеляційного суду, то згідно з п. 9 ч. 1 ст. 29 Закону повноваження слідчого судді здійснює голова Апеляційного суду або за його призначенням інший суддя з числа суддів Апеляційного суду.

З цією регламентацією не можна погодитись з таких міркувань. По-перше, п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК, а також положення статей 21 та 29 Закону не відповідають вимогам ч. 11 ст. 31 КПК та ч. 4 ст. 15, п. 9 ч. 1 ст. 15<sup>1</sup> Закону, відповідно до яких суддя чи склад колегії суддів для розгляду конкретного кримінального провадження (справи) визначається у порядку, передбаченому частиною третьою статті 35 КПК України, а саме за допомогою автоматизованої системи документообігу суду. Таким чином забезпечується об'єктивний та неупереджений розподіл матеріалів кримінального провадження між суддями.

Враховуючи факт, що законодавець під кримінальним провадженням розуміє досудове розслідування і судове провадження, процесуальні дії у зв'язку із вчиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, можемо зробити такий висновок. Положення щодо обрання судді чи складу колегії суддів для розгляду конкретного кримінального провадження за допомогою автоматизованої системи документообігу суду стосуються не лише судді або колегії суддів, які призначаються для розгляду кримінальної справи в суді, а також слідчого судді під час прийняття певних процесуальних рішень.

По-друге, ст. 247 КПК України, в якій регламентовано повноваження слідчого судді про надання дозволу на проведення НСРД, не зазначається взагалі про порядок визначення головою Апеляційного суду іншого судді, який може розглядати клопотання щодо НСРД: шляхом винесення окремої ухвали, резолюцією на клопотанні слідчого чи прокурора про надання дозволу на проведення НСРД тощо. Разом з тим, це питання також має суттєве значення у зв'язку з вищезазначеним. Крім того, не зрозуміло, якими критеріями керується голова у виборі слідчого судді. Тим паче, що КПК закріпив норму, відповідно до якої за допомогою автоматизованої системи документообігу забезпечується об'єктивний та неупереджений розподіл матеріалів кримінального провадження.

Також варто звернути увагу, що відповідно до ст. 75 КПК порушення вимог ч. 3 ст. 35 КПК України є обставиною, що виключає участь слідчого судді у кримінальному провадженні, а згідно зі ст. 412 КПК – істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону, наслідком якого є скасування судового рішення.

Ми вважаємо, що з метою усунення цієї колізії необхідно п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК України викласти у такій редакції: *«Слідчий суддя – це суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому цим Кодексом, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, та у випадку, передбаченому статтею 247 цього Кодексу, – голова чи інший суддя Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя, що обирається у порядку, передбаченому частиною третьою статті 35 КПК України з числа слідчих суддів, обраних на зборах суддів».*

Таким чином, вибори слідчого судді на зборах, на нашу думку, мають бути лише проміжним етапом перед визначенням слідчого судді за допомогою автоматизованої системи документообігу суду, який буде вирішувати питання про надання дозволу на проведення НСРД. Саме такий спосіб вибору слідчого судді для здійснення ним контролю у кримінальному провадженні та розгляду клопотань щодо НСРД сприятиме уникненню випадків упередженості судді та більш ефективному забезпеченню прав, свобод та законних інтересів людини та громадянина.

Як уже зазначалося, із визначення поняття «слідчий суддя», наведеного у п. 18, ч. 1 ст. 3 КПК України, очевидно, що закон покладає на слідчого суддю єдину та досить важливу функцію – судовий контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні. Роль слідчого судді у виконанні цієї функції розкривається у певних формах.

Так, участь слідчого судді у забезпеченні прав людини під час проведення НСРД розпочинається з вивчення ним клопотання слідчого за погодженням з прокурором або прокурора та матеріалів, долучених до нього. Ця діяльність пов'язана із

<sup>1</sup> Слідчий суддя, який здійснює розгляд клопотань щодо негласних слідчих (розшукових) дій.

перевіркою суддею законності правових підстав для проведення НСРД.

Під час дослідження зазначеного клопотання слідчий суддя має здійснити детальну перевірку матеріалів, зокрема: обставини, що дають підстави підозрювати особу у скоєнні злочину; відомості про особу (осіб), місце або річ, щодо яких необхідно провести негласну слідчу (розшукову) дію; обґрунтованість необхідності проведення конкретного виду НСРД та неможливості отримання доказів без проведення визначеної НСРД; тяжкість скоєння злочину, у зв'язку з яким виникає питання про проведення НСРД; формальні вимоги до клопотання, підслідність, обґрунтування строку її проведення тощо. При цьому, очевидно, що обов'язок доказування неможливості отримати докази іншим способом, ніж у результаті проведення НСРД, покладається на слідчого або прокурора, котрі заявляють клопотання про їх проведення.

Важливо наголосити, що слідчий суддя уповноважений визначати законність правових підстав для проведення не всіх НСРД, а лише тих, що відносяться до його компетенції. Зауважимо, що більшість НСРД, передбачених Главою 21 КПК України, належать до об'єкта судового контролю. Це, насамперед, ті НСРД, які пов'язані із втручанням у приватне спілкування.

Проте не можна оминати увагою факт, що окремі НСРД взагалі не підпадають під судовий контроль, оскільки проводяться за рішенням слідчого чи прокурора і відповідно до ст. 303 КПК України під час досудового розслідування до слідчого судді не можуть оскаржуватися, або підпадають під судовий контроль опосередковано. Цими НСРД є зняття відомостей з електронних інформаційних систем або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, власником або утримувачем або не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту (ч. 2 ст. 264 КПК), контроль за скоєнням злочину (ст. 271 КПК), виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК).

У зв'язку з цим виникають певні проблеми у захисті прав людини, *по-перше*, у ч. 1 ст. 303 КПК України передбачено чіткий і вичерпний перелік рішень, дій чи бездіяльності слідчого або прокурора, які можуть оскаржуватися під час досудового розслідування слідчому судді. Відповідно до частини другої зазначеної статті рішення слідчого чи прокурора про проведення вказаних НСРД може бути предметом розгляду лише під час підготовчого провадження у суді. При цьому варто зазначити, що в такому випадку судовий контроль є опосередкованим і зводиться лише до визначення законності чи незаконності правових підстав проведення НСРД, проте розмова про відновлення порушених прав осіб у цьому разі позбавлена будь-якого сенсу.

*По-друге*, опосередкованим є судовий контроль і в тому разі, коли слідчий чи прокурор відмовляють у задоволенні клопотання певної сторони про проведення зазначених НСРД. У такому разі відповідно до

п. 7 ч. 1 ст. 303 КПК України рішення слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотання про проведення НСРД може бути оскаржене до слідчого судді і буде також зводитися лише до визначення законності чи незаконності правових підстав відмови у проведенні НСРД.

Таким чином, незважаючи на визнання слідчого судді гарантом забезпечення конституційних прав, свобод та законних інтересів особи у кримінальному провадженні, не кожне обмеження прав і свобод у разі НСРД підпадає під захист слідчого судді.

Другою формою судового контролю у проведенні негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні є постановлення ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії або ухвала про відмову в наданні дозволу на проведення.

Відповідно до законодавства ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії має відповідати загальним вимогам судових рішень, а також містити відомості про: слідчого, який звернувся з клопотанням; прокурора; місце, де необхідно провести негласну слідчу (розшукову) дію; вид негласної слідчої (розшукової) дії; відомості про ідентифікаційні ознаки, які дозволять ідентифікувати абонента спостереження, телекомунікаційну мережу, кінцеве обладнання; строк дії [3].

При цьому варто зазначити, що відповідно до ч. 5 ст. 248 КПК України постановлення слідчим суддею ухвали про відмову в наданні дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії не перешкоджає повторному зверненню з новим клопотанням про надання такого дозволу [3]. Зі змісту формулювання цієї норми можемо зробити висновок, що законодавець допускає можливість повторного розгляду тим самим суддею клопотання слідчого або прокурора про надання такого дозволу на проведення НСРД. Цікаво, що відповідно до ч. 1 ст. 76 КПК України суддя, який брав участь у кримінальному провадженні під час досудового розслідування, не має права брати участі у цьому ж провадженні в суді першої, апеляційної і касаційної інстанцій [3]. Однак, на нашу думку, така ситуація може призвести до упередженості судді, якщо він відмовив раз у проведенні НСРД, є велика ймовірність прийняття аналогічного рішення суддею вдруге. Це, своєю чергою, призводить до порушення конституційного права особи на справедливий суд та засади кримінального провадження. За таких обставин повторна участь одного й того ж самого слідчого судді під час досудового розслідування є обставиною, що виключає його участь у кримінальному провадженні.

Відповідно до пункту 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основних свобод, розгляд справи незалежним і неупередженим судом є невід'ємним елементом права людини на справедливий судовий розгляд [5].

Гарантією забезпечення зазначеного права, а також гарантією виключення будь-яких сумнівів у об'єктивності та неупередженості суддів є реалізація загальновизнаного принципу міжнародного

права неприпустимості повторної участі судді в розгляді справи.

У практиці ЄСПЛ досить часто Суд визнає порушенням об'єктивного права на безсторонність у тих випадках, коли суддя, який заслуховує справу, брав участь у досудовому провадженні в цій справі. Так, у справах «Де Кюббер проти Бельгії», «Хаушільдт проти Данії», коли один із членів судової колегії раніше виконував обов'язки слідчого судді в межах цього ж провадження, Суд вказав на підстави сумніватися в його безсторонності (див.: *De Cubber v. Belgium* judgment of 26 October 1984 Series A, No. 86, P. 32–33; *Hauschildt v. Denmark* judgment of 24 May 1989 Series A, No. 154, p. 48–53) [6].

Тому пропонуємо доповнити ст. 76 КПК нормою такого змісту: «Слідчий суддя, який виніс ухвалу про відмову в наданні дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, не має права брати участь у її розгляді повторно».

**Висновки.** Таким чином, суд в особі слідчого судді є гарантом забезпечення прав і свобод людини у призначенні НСРД. Проте це можливо лише за умови, що норми КПК України відповідають принципам та стандартам рівності, справедливості, неупередженості. Тому зусилля науковців та практиків мають бути актуалізовані на розроблення пропозицій щодо удосконалення чинного КПК та впровадження їх у законодавчу діяльність парламенту.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Конституція України: Закон від 28.06.1996 № 254. / База даних Законодавство України. ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 29.03.2018).
2. Банах С., Штогун С. Особливості повноважень слідчого судді щодо захисту прав людини / Вісник Національної академії прокуратури України. 2013. № 4. С. 61–65.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. / База даних Законодавство України. ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 29.03.2018).
4. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. / База даних Законодавство України. ВР України. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 29.03.2018).
5. Конвенція про захист прав і основоположних свобод від 04.11.1950. / База даних Законодавство України. ВР України. URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (дата звернення: 29.03.2018).
6. Іваницький С.О. Право особи на розгляд її справи незалежним і безстороннім судом у світлі рішень Європейського суду з прав людини. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/622523eadce4ce32c2257101002f3f80?OpenDocument> (дата звернення: 15.01.2018).