



**Кучер О. В.,**  
здобувач Луганського державного  
університету внутрішніх справ  
імені Е. О. Дідоренка, адвокат

## ЗМАГАЛЬНІСТЬ СТОРІН У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ЗДІЙСНЕННЯ ЗАХИСТУ ПІД ЧАС СУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ

*Досліджуються проблемні аспекти впровадження змагального судочинства згідно нового Кримінального процесуального кодексу України. Акцентується увага на відсутності реальних механізмів забезпечення рівності сторін під час роботи з матеріалами негласних слідчих (розшукових) дій. Запропоновано шляхи подальших наукових розробок з метою удосконалення чинного законодавства.*

**Ключові слова:** змагальність, сторони кримінального провадження, судове провадження, негласні слідчі (розшукові) дії, докази, засекречування.

*Исследуются проблемные аспекты внедрения состязательного судопроизводства согласно нового Уголовного процессуального кодекса Украины. Акцентируется внимание на отсутствии реальных механизмов обеспечения равенства сторон при работе с материалами негласных следственных (розыскных) действий. Предложены пути дальнейших научных разработок с целью усовершенствования действующего законодательства.*

**Ключевые слова:** состязательность, стороны уголовного производства, судопроизводство, негласные следственные (розыскные) действия, доказательства, засекречивание.

Змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості – важливий конституційний принцип (п. 4 ч. 1 ст. 129 Конституції України), який знайшов своє втілення у ст. 22 нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України).

Необхідність змагальної побудови кримінального процесу впливає з міжнародно-правових документів, згоду на обов'язковість яких надано державою Україна,

зокрема: Загальної декларації прав людини від 10.12.1948 р. (ст. 10, ст. 11), Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. (ст. 6), Міжнародного пакту про громадянські і політичні права від 16.12.1966 р. (ст. 14), у яких згадується незалежний і безсторонний суд, право на захист, можливість обвинуваченого бути присутнім під час судового розгляду та брати активну участь у дослідженні доказів [1, с. 349].

Втім, задекларована у Розділі I «Загальні положення» КПК України рівність

сторін обвинувачення і захисту не знайшла свого належного втілення в інших нормах кримінального процесуального закону. Зокрема, у практичній діяльності адвокатів виникають суттєві труднощі під час реалізації процесуальних прав сторони захисту в роботі з матеріалами негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальних провадженнях, в т.ч. щодо злочинів, у вчиненні яких обвинувачуються службові особи.

Проблемам змагальності у різних її проявах на окремих стадіях кримінального судочинства присвячено велику кількість праць таких науковців, як Ю. М. Грошевий, В. С. Зеленецький, О. В. Капліна, С. О. Ковальчук, Л. М. Лобойко, В. Т. Маляренко, М. А. Маркуш, Є. О. Мірошніченко, О. О. Мохонько, В. Т. Нор, В. П. Півненко, М. А. Погорецький, В. О. Попелюшко, Б. В. Романюк, О. Г. Яновська та ін.

Проте, не зважаючи на значний науковий інтерес до реалізації засади змагальності у кримінальному процесі, на сьогодні однозначно не вирішеними залишаються такі проблеми впровадження змагального судочинства, як практичні механізми забезпечення рівноправності сторін кримінального провадження під час роботи з матеріалами негласних слідчих (розшукових) дій, процесуальні повноваження суду під час дослідження доказів, здобутих внаслідок проведення оперативно-розшукових заходів, тощо. Від вирішення вказаних питань залежить реальний обсяг повноважень, якими користуватимуться учасники провадження, їх реальні процесуальні можливості впливати на його хід, брати участь у доказуванні та відстоювати власний процесуальний інтерес.

Метою статті є аналіз декларованих чинним кримінальним процесуальним законодавством гарантій реалізації засади змагальності кримінального провадження та практики його застосування через призму обмежень, встановлених для учасників процесу під час роботи з матеріалами негласних слідчих (розшукових) дій.

Відповідно до ч. 1 ст. 22 КПК України кримінальне провадження здійснюється на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими цим Кодексом.

Традиційно наука кримінального процесу виділяє у структурі змагальності таку рису, як рівність (паритетність) сторін обвинувачення і захисту у процесуальних правах для здійснення своїх функцій.

Однак в самому кримінальному процесуальному законі закладено підвалини процесуальної нерівності сторін під час реалізації окремих повноважень, зокрема щодо збирання та подання до суду доказів, відстоювання їх належності і допустимості.

Так, згідно ч. 1 ст. 93 КПК України збирання доказів здійснюється сторонами кримінального провадження, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, у порядку, передбаченому цим Кодексом. Тобто порядок збирання доказів для сторони обвинувачення і захисту визначається тільки КПК України, що є обов'язковою умовою їх допустимості (ст. 86 КПК України).

При цьому законодавцем закріплено різні форми і методи (способи) процесуальної діяльності сторін кримінального провадження під час формування доказової бази.

У відповідності до ч. 2 ст. 93 КПК України сторона обвинувачення здійснює збирання доказів, зокрема, шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом.

Сторона захисту здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів (ч. 3 ст. 93 КПК України).

Таким чином, проблеми реалізації засади змагальності сторін у кримінальному процесі, в першу чергу, на наш погляд, пов'язані із зовнішньою формою законодавчого закріплення способів реалізації обвинуваченням і захистом своїх функцій.

За загальним правилом, обов'язок доказування обставин, передбачених ст. 91 КПК України, покладається на слідчого, прокурора (ч. 1 ст. 92 КПК України). Одним із способів збирання доказів, наданих стороні обвинувачення, є проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Відповідно до ч. 1 ст. ст. 256 КПК України протоколи щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій, аудіо-або відеозаписи, фотознімки, інші результати, здобуті за допомогою застосування технічних засобів, вилучені під час їх проведення речі і документи або їх копії можуть використовуватися в доказуванні на тих самих підставах, що і результати проведення інших слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування.

Аналіз слідчо-судової практики дає підстави стверджувати, що результати проведення негласних слідчих (розшукових) дій в абсолютній більшості випадків є кістяком доказової бази у кримінальних провадженнях щодо осіб, які обвинувачуються у вчиненні службових злочинів.

З урахуванням того, що рішення суду (вирок) у кримінальному провадженні,

зокрема, повинно бути ухваленим на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами (ч. 3 ст. 370 КПК України), питання можливості здійснення сторонами певних процесуальних дій з матеріалами негласних слідчих (розшукових) дій є визначальним.

Втім, для учасників кримінального провадження (сторони захисту, суду) існує ряд процесуальних обмежень, встановлених КПК України, щодо можливостей реалізувати свої функції під час роботи з документами, складеними за результатами проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Так, у першу чергу, ч. 3 ст. 254 КПК України заборонено виготовлення копій протоколів про проведення негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них.

Зазначена норма, на нашу думку, вступає у пряме протиріччя з ч. 3 ст. 290 КПК України, згідно якої прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ та можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них.

Крім того, внаслідок дії зазначеного положення сторона захисту опиняється у заздалегідь нерівному становищі у порівнянні зі стороною обвинувачення, оскільки остання не обмежується законом у праві робити копії або відображення будь-яких матеріалів, відомості в яких захисник, підозрюваний (обвинувачений) має намір використати як докази в суді (ч. 6 ст. 290 КПК України).

Вважаємо, що зазначена норма повинна бути вилучена з КПК України, оскільки законом передбачено положення, відповідно до якого відомості про факт та методи проведення негласних слідчих (розшукових) дій, осіб, які їх проводять, а також інформація, отримана в результаті їх проведення, не підлягають розголошенню особами, яким це стало відомо в результаті ознайомлення з матеріалами в порядку, передбаченому стат-

тею 290 цього Кодексу (ч. 1 ст. 254 КПК України).

У практичній діяльності вказане вище реалізується шляхом відбирання слідчим або прокурором від учасників кримінального провадження розписки про попередження щодо недопущення розголошення відомостей про факт та методи проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Відповідна відмітка робиться у протоколі, що складається за результатами відкриття та ознайомлення з матеріалами кримінального провадження у порядку ст. 290 КПК України.

Слід указати, що у ч. 1 ст. 387 Кримінального кодексу України (далі – КК України) встановлено кримінальну відповідальність за розголошення без дозволу прокурора, слідчого або особи, яка провадила оперативно-розшукову діяльність, даних оперативно-розшукової діяльності або досудового розслідування особою, попередженою в установленому законом порядку про обов'язок не розголошувати такі дані.

По-друге, кримінальним процесуальним законом виключно прокурор наділений правом визначення конкретних матеріалів негласних слідчих (розшукових) дій, які можуть бути використані для доведення винуватості особи у вчиненні кримінального правопорушення.

У відповідності до ч. 4 ст. 252 КПК України прокурор вживає заходів щодо збереження отриманих під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій речей і документів, які планує використовувати у кримінальному провадженні.

Втім, поза увагою законодавця залишилося питання про те, що під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть бути здобуті відомості, які спростовують вину особи, яка притягується до кримінальної відповідальності, у вчиненні інкримінованого злочину.

Згідно ч. 2 ст. 9 КПК України прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язані всебічно, повно і неупереджено дослідити обста-

вини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень.

Однак, окрім цитованої вище вимоги, у КПК України відсутні будь-які інші механізми контролю за добросовісністю виконання прокурором функцій, покладених на нього законом.

Як справедливо зауважує О. Г. Яновська на етапі перевірки доказів, їх представлення перед судом, доведення правової позиції в суді сторони повинні мати саме однакові права, що посилять процесуальну активність сторін [2, с. 347].

Ні сторона захисту, ні суд не наділені правом доступу до усіх матеріалів негласних слідчих (розшукових) дій, оскільки у сторони обвинувачення відсутній відповідний обов'язок їх надання. Кримінальний процесуальний закон дає прокурору право самостійно визначати, які матеріали, складені за результатами проведення негласних слідчих (розшукових) дій, будуть використані для доведення у суді вини особи у вчиненні злочину.

Згідно ч. 1 ст. 256 КПК України відомості, речі та документи, отримані в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які прокурор не визнає необхідними для подальшого проведення досудового розслідування, повинні бути невідкладно знищені на підставі його рішення.

Ознайомлення з ними учасників кримінального провадження чи будь-яких інших осіб забороняється на підставі ч. 2 ст. 256 КПК України.

Отже, не слід виключати випадків умисного знищення на підставі рішення прокурора матеріалів негласних слідчих (розшукових) дій, які містять відомості, що доводять невинуватість особи у вчиненні інкримінованого кримінального правопорушення.

Третім недоліком чинного правового регулювання питання, пов'язаного з проведенням негласних слідчих (розшукових) дій та використанням їх результатів, є відсутність доступу у сторони захисту до всіх матеріалів негласних слідчих (розшукових) дій через обмеження у зв'язку з необхідністю дотримання режиму таємності.

Згідно п. 5.1. Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні, затвердженої спільним наказом Генеральної прокуратури України, МВС України, СБ України, Адміністрації Держприкордонслужби України, Міністерства фінансів України, Міністерства юстиції України від 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5 (далі – Інструкція від 16.11.2012) постанова слідчого, прокурора про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, клопотання про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії та додатки до нього, протокол про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які містять відомості про факт та методи проведення негласної слідчої (розшукової) дії, а також відомості, що дають змогу ідентифікувати особу, місце або річ, щодо якої проводиться або планується проведення такої дії, розголошення яких створює загрозу національним інтересам та безпеці, підлягають засекречуванню.

Засекречування таких матеріальних носіїв інформації здійснюється слідчим, прокурором, співробітником уповноваженого оперативного підрозділу, слідчим суддею шляхом надання на підставі Зводу відомостей, що становлять державну таємницю (Розгорнутих переліків відомостей, що становлять державну таємницю), відповідному документу грифа секретності (п. 5.2. Інструкції від 16.11.2012).

На практиці лише окремі адвокати мають допуск до державної таємниці.

Чинними актами законодавства, які регулюють діяльність адвокатів та використання ними відомостей, що становлять той чи інший вид таємниці, не передбачено права адвоката на відповідну інформацію та не визначено порядку доступу адвоката до неї. У п. 3 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» зазначено, що під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право ознайомлюватися на підприємствах, установах і організаціях з необхідними для адвокатської діяльності документами та матеріалами, крім тих, що містять інформацію з обмеженим доступом, до якої законом віднесено конфіденційну, службову і таємну інформацію (ст. 21 Закону України «Про інформацію») [3, с. 482].

Таким чином, відсутність у захисника повного доступу до матеріалів негласних слідчих (розшукових) дій обґрунтовано дає підстави ставити під сумнів наявність реальної змагальності сторін у кримінальному провадженні, в якому в якості доказів стороною обвинувачення використовуються зазначені матеріали.

Неможливість здійснення оцінки законності проведення негласних слідчих (розшукових) дій, тобто дотримання уповноваженим органом усіх вимог і процедур, передбачених чинним законодавством, значно ускладнює підготовку адвокатом якісної правової позиції щодо тих чи інших фактів, на які посиляється сторона обвинувачення.

Четвертим аспектом досліджуваної проблематики є відсутність у суду реальних процесуальних механізмів перевірки законності дій сторони обвинувачення під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій на досудовому розслідуванні.

Так, в матеріалах кримінальних проваджень щодо осіб, які підозрюються у вчиненні службових злочинів, окрім протоколів про проведення негласних слідчих (розшукових) дій та додатків до них нерідко відсутні процесуальні документи, на підставі яких проводили-

ся відповідні негласні слідчі (розшукові) дії. Зокрема, ухвала слідчого судді апеляційного суду, якими надавався дозвіл на тимчасове обмеження конституційних прав і свобод особи, постанова слідчого, прокурора про проведення негласної слідчої (розшукової) дії тощо.

У зв'язку з цим, в більшості випадків суд за наявності відповідного клопотання сторони захисту вимушений покласти на прокурора зобов'язання щодо надання вказаних матеріалів для дослідження під час судового розгляду.

Підставами для цього є п. 5.9 і 5.10 Інструкції від 16.11.2012, згідно яких рішення про зняття грифу секретності з матеріальних носіїв інформації щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій оформлюється постановою прокурора, який здійснює повноваження прокурора в конкретному кримінальному провадженні у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням.

Особливої уваги заслуговує той факт, що кримінальні провадження щодо осіб, які підозрюються у вчиненні службових злочинів нерідко розпочинаються на підставі матеріалів органів та підрозділів, уповноважених здійснювати оперативно-розшукову діяльність.

У матеріалах указаних кримінальних проваджень завжди відсутні документи, в яких відображено організаційну роботу зі спрямування та проведення оперативно-розшукової діяльності (постанови про заведення оперативно-розшукової справи, продовження строків її проведення, ухвали слідчого судді, суду та рішення керівників оперативних підрозділів щодо проведення оперативно-розшукових заходів) [4, с. 59].

Відтак, суд, як незалежний арбітр, позбавлений можливості здійснити перевірку дотримання вимог закону під час відкриття оперативно-розшукової справи, проведення оперативно-розшукових заходів, дотримання строків ведення оперативно-розшукової справи тощо. Адже, недотримання указаних процедур є порушенням засади законності, що тяг-

не за собою визнання недопустимими доказів, здобутих внаслідок проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

Крім того, прокурор, який згідно КПК України є єдиною уповноваженою законом особою на прийняття рішення щодо конкретних матеріалів негласних слідчих (розшукових) дій, які будуть використовуватися як докази, може вжити заходів щодо приховування порушень вимог закону з боку оперативних підрозділів або слідчого.

Варто зазначити, що у правових системах розвинених країн змагальність є однією з базових засад кримінального судочинства, виступає проявом верховенства права та вказує на існування демократичної, правової держави.

Про ефективність кримінально-процесуальної політики держави в частині запровадження засади змагальності у кримінальному судочинстві повинні свідчити не задекларовані, а реальні гарантії та рівні можливості учасників кримінального провадження здійснювати свої права та обов'язки.

Чинний кримінальний процесуальний закон не передбачає гарантій повноцінної реалізації проголошеного ч. 2 ст. 22 КПК України принципу, за яким сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених цим Кодексом.

Серед дієвих інструментів реального забезпечення завдань кримінального провадження (ст. 2 КПК України) вбачається надання захиснику права ознайомлення з усіма матеріалами негласних слідчих (розшукових) дій, а також матеріалами оперативно-розшукових справ. Відповідні зміни до КПК України, Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Закону України «Про інформацію» забезпечать впровадження додаткового механізму охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження.

**СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:**

1. Крикливець Д. Є. Втілення змагальної моделі кримінального судочинства у Кримінальному процесуальному кодексі України / Д. Є. Крикливець // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 3–1. – С. 349–354: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.pap.in.ua/3-1\\_2013/9/Kryklivets%20D.Ye.pdf](http://www.pap.in.ua/3-1_2013/9/Kryklivets%20D.Ye.pdf).
2. Яновська О. Г. Зміст засади змагальності та правові умови її реалізації в кримінальному провадженні / О. Г. Яновська // Держава і право. – 2013. – Вип. 59. – С. 343–349.
3. Погорецький М. А. Захисник – суб'єкт доказування на досудовому провадженні за чинним КПК України: проблемні питання / М. А. Погорецький // Актуальні питання державотворення в Україні: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (23 травня 2014 року) / Редкол.: д. ю. н. І. С. Гриценко (голова), проф. П. С. Берзін (заст. голови), к. ю. н. І. С. Сахарук (відп. ред.) – К.: Принт-Сервіс, 2014. – С. 480–482.
4. Негласні слідчі (розшукові) дії та використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному провадженні: навчально-практичний посібник / С. С. Кудінов, Р. М. Шехавцов, О. М. Дроздов, С. О. Гриненко. – Х.: Оберіг, 2013. – 344 с.

---

***Kucher A. Adversarial of parties in criminal proceedings: problematic aspects of the implementation of defense during the proceedings.***

*The paper addresses the problematic aspects of the introduction of adversarial justice under the new Criminal Procedure Code of Ukraine. The authors focus on the absence of real mechanisms to ensure equality when dealing with covert investigative materials (search) operations. It is noted that in practice only a few lawyers have access to state secrets. The valid legislative acts that regulate the activity of lawyers and their use of information constituting a particular kind of secret, not provided the right of lawyer for relevant information and not determined the order of access her by counsel. In this connection, lawyers denied the opportunity to assess the legality of covert investigative (search) actions of authorized body of compliance with all requirements and procedures prescribed by law, which greatly complicates the preparation of quality lawyer legal position on the facts on which refers party of the prosecution.*

*The paper draws attention to the absence in court of real procedural mechanisms to check the lawfulness of the prosecution during the covert investigation (search) actions on pre-trial investigation, since in materials in the criminal proceedings, except protocols of covert investigative (search) actions and applications, often there are no procedural documents, on which conducted the covert appropriate investigative (search) actions. In particular, the decision of the investigating judge of Court of Appeal, which granted permission for the temporary restriction of constitutional rights and freedoms, the investigator, prosecutor about conducting investigative (search) action etc.*

*Author proposed the ways of further scientific developments, based on the analysis of the current criminal procedure legislation of Ukraine and material of legal practice.*

**Keywords:** *adversarial parties of criminal proceedings, proceedings, covert investigative (search) actions, evidence, classification.*

*Стаття надійшла до редакції журналу 4 квітня 2016 р.*