

IV. ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО

*Байдик О.А.,
аспірант кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ
ORCID ID: 0009-0008-0114-6745*

*Науковий керівник:
Удалова Л.Д.,
доктор юридичних наук, професор*

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.3-4/223-243>

УДК 343.13

УЧАСТЬ ЗАХИСНИКА У ПРОВЕДЕННІ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ ТА НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Анотація. У статті досліджуються проблемні питання участі захисника у проведенні слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування.

Метою статті є дослідження окремих проблем участі захисника у проведенні слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування та надання наукових пропозицій щодо її вирішення.

Наголошується, що чинний КПК України суттєво посилив змагальні засади досудового провадження, надавши захиснику як суб'єкту доказування певні гарантії його професійної діяльності при застосуванні таких засобів доказування як слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії.

Доводиться, що такими гарантіями захисника як суб'єкта доказування під час проведення слідчих (розшукових) дій у досудовому розслідуванні є: надання захиснику права звертатися до слідчого судді з клопотанням про проведення слідчих (розшукових) дій; закріплення за захисником права за власною ініціативною або на вимогу підозрюваного надавати короткі консультації під час провадження слідчих (розшукових) дій; обов'язкове забезпечення слідчим, прокурором, на вимогу особи, у приміщенні якої проводиться обшук, участі захисника; нормативне визначення обов'язку зазначення в протоколах слідчих (розшукових) дій: дати проведення, часу початку і закінчення слідчих (розшукових) дій, вказівки на необхідність роз'яснення прав і обов'язків учасникам слідчих (розшукових) дій, інформації про наявність або відсутність додатків до протоколу; визнання доказів недопустимими, якщо вони отримані під час провадження слідчих (розшукових) дій з істотним порушенням порядку їх проведення.

Зазначається, що кримінальними процесуальними гарантіями захисника як суб'єкта доказування під час проведення час проведення негласних слідчих (розшукових) дій у досудовому розслідуванні такими кримінальними процесуальними гарантіями: надання захиснику права звертатися до слідчого судді з клопотанням про проведення негласних слідчих (розшукових) дій; закріплення за слідчим суддею обов'язку відібрання у захисника як ініціатора проведення негласних слідчих (розшукових) дій розписки про нерозголошення факту їх проведення;

закріплення за слідчим суддею обов'язку прийняття рішення про ознайомлення захисника з результатами негласних слідчих (розшукових) дій, що проводилися за його ініціативою; зняття грифу секретності з клопотань про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, процесуальних рішень, на підставі яких проводилися негласних слідчих (розшукових) дій, після проведення відповідних негласних слідчих (розшукових) дій або перед відкриттям матеріалів кримінального провадження іншій стороні.

Обґрунтовується, що наявних в чинному КПК України кримінальних процесуальних гарантій захиснику як суб'єкту доказування не достатньо для ефективного використання ним таких дієвих і ефективних засобів збирання доказів у кримінальному провадженні на досудовому провадженні як слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові). Тому для посилення змагальних засад на досудовому провадженні з метою посилення гарантій захисту прав і свобод учасників кримінального провадження на досудовому розслідуванні доцільно ввести до чинного КПК України інститут адвокатського розслідування.

Ключові слова: захисник, слідчі (розшукові) дії, негласні слідчі (розшукові) дії, досудове провадження, доказування, кримінальні процесуальні гарантії

Постановка проблеми. Адвокатура як незалежний самоврядний інститут, що здійснює захист, представництво та надає правову допомогу на професійній основі, посідає важливе місце в змагальній моделі кримінального процесу. Її конституційний статус закріплено у ч. 2 ст. 59 Конституції України, відповідно до якої в державі функціонує адвокатура для забезпечення права на захист.

Це положення має суттєве значення для кримінального провадження, особливо на стадії досудового розслідування, де одним із основних завдань є забезпечення прав і законних інтересів підозрюваного. Цю функцію виконує захисник, який у межах провадження є повноправним суб'єктом доказування, зокрема й на досудовому етапі.

Чинний КПК суттєво посилив змагальні засади досудового провадження, надавши захиснику як суб'єкту доказування певні гарантії його професійної діяльності, проте, як вказують науковці та свідчать результати практики, цих гарантій ще не достатньо для ефективного використання захисником таких дієвих і ефективних засобів збирання доказів у кримінальному провадженні на досудовому провадженні як слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії, що негативно впливає на виконання завдань кримінального провадження (ст. 2 КПК). Зазначене актуалізує проблему участі захисника у проведенні слід-

чих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування й доводить необхідність її подальших наукових досліджень.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Проблематика участі захисника у кримінальному провадженні стала предметом численних наукових досліджень. Вагомий внесок у розвиток цієї тематики зробили провідні фахівці у галузі кримінального процесу, криміналістики, організації та функціонування адвокатури, зокрема С.Є. Абламський, В.Г. Андрусів, А.М. Бірюкова, Н.В. Борзих, Т.В. Варфоломеева, Т.Б. Вільчик, Ю.О. Гурджі, І.В. Гловюк, В.О. Гринюк, В.Г. Дрозд, Я.П. Зейкан, О.В. Капліна, Т.В. Корчева, Ю.О. Кухарук, О.П. Кучинська, О.Ю. Лань, Л.М. Лобойко, О.В. Малахова, М.Г. Моторигіна, В.В. Назаров, В.Т. Нор, Т.В. Омельченко, О.В. Острогляд, П.Д. Письменний, М.А. Погорецький, В.О. Попелюшко, Д.Б. Сергеева, О.С. Старенький, О.Ю. Татаров, В.М. Тертишник, А.М. Титов, Л.Д. Удалова, В.І. Фаринник, Т.Г. Фоміна, Р.А. Чайка, О.Г. Шило, Д.В. Шилова, М.Є. Шумило, О.О. Юхно, Ю.П. Янович, О.Г. Яновська та інші.

Попри значну наукову увагу, низка аспектів участі захисника в кримінальному процесі залишається неврегульованою, що негативно впливає на ефективність досудового розслідування, належну реалізацію прав і законних інтересів під-

озрюваних, а також на досягнення цілей кримінального провадження, визначених статтею 2 КПК України.

Метою статті є дослідження окремих проблем участі захисника у проведенні слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування та надання наукових пропозицій щодо її вирішення.

Виклад основного матеріалу дослідження та його основні результати.

У контексті законодавчого регулювання адвокатської діяльності, поняття «захист» розглядається як самостійний вид професійної правової допомоги, що має на меті забезпечення охорони прав, свобод і законних інтересів особи у публічно-правових правовідносинах.

Відповідно до пункту 5 частини другої статті 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», захист передбачає надання кваліфікованої правової допомоги підозрюваному, обвинуваченому, підсудному, засудженому, виправданому, а також особам, щодо яких вирішується питання про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, екстрадицію або адміністративну відповідальність.

Таким чином, захист охоплює широкий спектр процесуальних ситуацій, у яких адвокат реалізує свої повноваження в межах кримінального чи адміністративного провадження, що зумовлює важливість чіткого нормативного визначення меж та змісту цієї діяльності.

Забезпечення права на захист підозрюваного, обвинуваченого або підсудного є однією з основоположних засад кримінального провадження, закріплених на конституційному рівні. Це право розглядається як абсолютне, і будь-яке його порушення має вважатися недопустимим у демократичній правовій державі. Захист, як окремий вид професійної правничої допомоги, здійснюється виключно адвокатами та полягає в гарантуванні реалізації прав, свобод і законних інтересів осіб, стосовно яких здійснюється кримінальне або адміністративне провадження, включаючи тих, щодо кого вирішується питання про застосування примусових заходів або екстрадицію.

Адвокат, виконуючи функцію захисника, зобов'язаний діяти в межах вимог кримінального процесуального законодавства, Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», законодавства про судоустрій і статус суддів, а також дотримуватися положень Правил адвокатської етики. Таким чином, адвокатська діяльність у сфері захисту є не лише професійною, а й високорегламентованою формою участі у правосудді, що забезпечує баланс між обвинуваченням і захистом у межах змагального процесу¹.

Відповідно до змагальної моделі² кримінального процесу захисник є суб'єктом доказування на усіх стадіях кримінального провадження³.

Реалізуючи функцію захисту в кри-

¹ Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»: науково-практичний коментар / 2-ге вид., зі змін. та доповн. / М А Погорельський, О З Хотинська-Нор, О Г Яновська та ін. / за загред. М А Погорельського (Київ, Алерта, 2019) 14.

² М А Погорельський, Забезпечення змагальності на досудовому слідстві (2008) 1 (1) *Часопис Акад. адвокатури України* 68–71; В О Попелюшко, Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми: монографія (Острог, 2009) 634; О Г Яновська, Концептуальні засади функціонування і розвитку змагального кримінального судочинства: монографія (Київ, 2011) 303; Ю П Янович, Функціональне призначення захисника в кримінальному провадженні (2013) 1082 *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія: Право* 200–203; М А Погорельський, О Г Яновська, Адвокатура України: підручник (Київ, Юрінком Інтер, 2014) 247–303.

³ М А Погорельський, Захисник – суб'єкт доказування у кримінальному процесі (2002) *Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві*: доповіді учасників міжн. наук. – практ. конф. (18–19 жовт. 2002 р., ІА при КУ ім. Т. Шевченка, Київ) 27–30; М А Погорельський, Захисник – суб'єкт доказування на досудовому провадженні за чинним КПК України: проблемні питання. *Актуальні питання державотворення в Україні*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 23 травня 2014 р.) (Київ, Прінт-Сервіс, 2014) 480–482; О С Старенький, Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні: теорія та практика: монографія / за загред. М А Погорельського (Київ, Алерта, 2016) 336.

мінальному провадженні¹, захисник як суб'єкт доказування у кримінальному процесі має чітко розуміти теорію доказування у кримінальному процесі, а також вміти застосовувати її основні положення на практиці та добре володіти знаннями вітчизняної судової практики й практики Європейського суду з прав людини, а також добре розумітися на кримінальних процесуальних гарантіях² захисника як суб'єкта доказування.

При цьому слід зазначити, що у теорії кримінального процесу є різні наукові концепції, різні доктринальні підходи до розуміння доказів і доказування у сучасному кримінальному процесі³. Окремими авторитетними представниками кримінальної процесуальної науки навіть висловлюються, на наш погляд, хибні думки про відсутність доказів на досудовому розслідуванні, проте, що на досудовому провадженні сторони оперують не власне не доказами, а матеріалами. Зазначене не відповідає

не лише положенням чинного кримінального процесуального законодавства, а й логіці, основним положенням гносеології, аргументації, які добре розроблені у філософії та логіці⁴.

Слід особливо звернути увагу на те, що низці своїх імперативних норм чинний КПК України прямо вказує на те, що ті чи інші рішення суб'єктів доказування мають бути обґрунтовані доказами, наприклад, повідомлення про підозру, на що слушно вказують правники⁵.

Відповідно до системної логіки кримінального процесуального законодавства, обґрунтована підозра виступає ключовою процесуальною категорією, яка визначає допустимість застосування низки правових інструментів у межах кримінального провадження. Законодавець прямо передбачає, що обґрунтована підозра є необхідною передумовою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження (п. 1 ч. 3 ст. 132 КПК України), зокрема при вирішенні питання

¹ П М Маланчук, Функція захисту в кримінальному процесі України (дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2007) 201; М А Погорецький, О Г Яновська, Адвокатура України: підручник (Київ, Юрінком Інтер, 2014) 368; Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»: науково-практичний коментар / 2-ге вид., зі змін та доповн. / М А Погорецький, О Г Яновська, О П Кучинська та ін. (Київ, Алерта, 2019) 346.

² Докладно див.: М А Погорецький, Поняття кримінально-процесуальних гарантій (2014) 2 (10) *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія: *Право* <<http://lj.oa.edu.ua/articles/2014/p2/14pmaaph.pdf>> дата звернення 11.09.2023.

³ Докладно див.: М А Погорецький, Сучасні концепції кримінального процесуального доказування. *Сучасні тенденції розвитку криміналістики та кримінального процесу*: тези доп. міжнар. наук.-практ. конф. до 100-річчя від дня народження проф. М.В. Салтевського (м. Харків, 8 листоп. 2017 р.) (Харків, Нац. ун-т внутр. справ, 2017) 309–312; М А Погорецький, Концепції кримінального процесуального доказування. *Сучасні концепції доказування і доказів у юридичному процесі країн ближнього зарубіжжя та їх вплив на формування єдиної судової практики*: матеріали наук.-методол. семінару (м. Київ, 16 листоп. 2012 р.) / М Є Шумило (Харків, Право, 2020) 20–29; М А Погорецький, Кримінальний процес: поняття та його наукове і практичне значення (2021) 3–4 *Вісник кримінального судочинства* 28–51; М А Погорецький, Кримінальний процесуальний кодекс України: реальність та ілюзії (до 10-річчя набуття чинності) (2022) 1–2 *Вісник кримінального судочинства* 72–90.

⁴ А Є Конверський, Логіка: підручник для студентів юридичних факультетів / 6-те вид., перероб. і доп. (Київ, Центр учбової літератури, 2017) 424.

⁵ І Г Івасюк, Інститут «повідомлення про підозру» нового кримінального процесуального законодавства України (2013) 4 (22) *Митна справа* 74–79; М А Погорецький, В О Гринюк, Повідомлення судді про підозру: проблемні питання правового регулювання, теорії та практики (2018) 2 *Вісник кримінального судочинства* 58–71; М А Погорецький, Притягнення суддів до кримінальної відповідальності за ст. 375 КК України: проблемні питання матеріального та процесуального права (2015) 2 *Вісник кримінального судочинства* 223–234; М А Погорецький, Проблемні питання притягнення до кримінальної відповідальності народного депутата України. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства*: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої до 70-річчя д.ю.н., професора Юрія Павловича Аленіна (м. Одеса, 21 квітня 2017 р.) / за ред. Г О Ульянової, І В Гловюк; відп. за вип. І В Гловюк; уклад. В А Завтур; (Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.» та ін.) (Одеса, Юридична література, 2017) 32–36; М А Погорецький, О С Старенький, Науковий висновок щодо тлумачення окремих положень чинного законодавства України (притягнення народного депутата України до кримінальної відповідальності) (2017) 3 *Вісник кримінального судочинства* 234–243; О Посвистак, Здійснення повідомлення про підозру особам, щодо яких здійснюється особливий порядок кримінального провадження (2019) 5 *Підприємництво, господарство і право* 280–285.

про арешт майна (п. 3 ч. 2 ст. 173 КПК України), застосування запобіжних заходів (ч. 2 ст. 177, п. 1 ч. 1 ст. 194 КПК України), а також для ініціювання проведення окремих негласних слідчих (розшукових) дій (ч. 1 ст. 269–1 КПК України).

Для багатьох інших рішень у кримінальному провадженні теж мають бути достатні підстави, на що прямо вказують відповідні норми КПК України, наприклад рішення слідчого чи прокурора про проведення обшуку (ст. 234)¹.

На обґрунтованість доказами тих чи інших рішень на досудовому розслідуванні вказується також і в низці рішень Європейського Суду з прав людини, який навіть виробив низку стандартів доказування, які успішно імплементуються у практику вітчизняних судів².

Здійснивши системно-порівняльний аналіз сучасних наукових концепцій доказів і доказування в кримінальному процесі, ми дійшли висновку, що

найбільш науково обґрунтовано та такою, що ґрунтується на сучасній моделі вітчизняного кримінального процесу і відповідає інтересам практики, є концепція доказів та доказування розроблена М.А. Погорецьким та викладена ним у низці його наукових та навчально-методичних праць³.

Відповідно до цієї концепції, яка нами повністю поділяється і підтримується, захисник є суб'єктом доказування на усіх стадіях кримінального провадження, у тому числі й на досудовому розслідуванні, а слідчі (розшукові) дії⁴ та негласні слідчі (розшукові) дії⁵ є головним засобами отримання (збирання) доказів у кримінальному провадженні стороною обвинувачення, а за відповідних умов, вони можуть стати й засобами збирання доказів у кримінальному провадженні захисником.

Приймаючи участь у проведенні слідчих (розшукових) дій та негласних

¹ М.А. Погорецький, Проблемні питання обшуку особи (1) *Актуальні питання кримінального процесу, криміналістики та судової експертизи*: матеріали міжвідом. наук. – практ. конф. (м. Київ, 24 листоп. 2017 р.): у 2 ч. / ред. В.В. Черней, С.С. Чернявський, Л.Д. Удалова та ін. (Київ, Нац. акад. внутр. справ, 2017) 182–184; М.А. Погорецький, О.Баганець, Обшук особи у кримінальному провадженні щодо прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою (2017) 12 *Право України* 62–73.

² М.А. Погорецький, О.А. Міцкан, Стандарт доказування «обґрунтована підозра» у практиці Європейського суду з прав людини: вплив на вітчизняну правозастосовну практику (2019) 1 *Вісник кримінального судочинства* 37–49; М.А. Погорецький, О.А. Міцкан, Стандарт доказування «достатня підстава» у кримінальному процесі України (2019) 3 *Вісник кримінального судочинства* 31–42; М.А. Погорецький, О. Міцкан, Стандарт доказування (2019) 10 (1412) *Закон і Бізнес* <https://zib.com.ua/ua/print/136819-yak_minimum_5_kriteriiv_obruntovanosti_pidozri_mae_vrahovuuvu.html> дата звернення 11.09.2023.

³ М.А. Погорецький, Нова концепція кримінального процесуального доказування (2015) 3 *Вісник кримінального судочинства України* 63–79; М.А. Погорецький, Теорія кримінального процесуального доказування: проблемні питання (2014) 10 *Право України* 12–25; М.А. Погорецький, Докази у кримінальному процесі (2003) 2 *Вісник прокуратури* 59–65; М.А. Погорецький, Джерела судових доказів (2005) 10 *Питання боротьби зі злочинністю* / редкол. Ю.В. Баулін (голов. редактор) (Харків, Право, 2005) 167–178; М.А. Погорецький, Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія (Харків, Арсис ЛТД, 2007) 460–497; М.А. Погорецький, Про співвідношення джерел фактичних даних і джерел доказів у кримінальному процесі (2009) 1 *Право України* 80–85; М.А. Погорецький, Співвідношення джерел фактичних даних в оперативно-розшуковій діяльності та кримінальному процесу і джерел кримінально процесуальних доказів. Міжнародна поліцейська енциклопедія: у 10 т. Т.VI: Оперативно-розшукова діяльність поліції (міліції) / ред. В.В. Коваленко, Є.В. Моїсєєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко (Київ, Атіка, 2010) 937–939; М.А. Погорецький, Докази у кримінальному процесі: проблемні питання (2011) 1 (3) *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія: Право* <<https://lj.oa.edu.ua/articles/2011/n1/11pmappp.pdf>> дата звернення 12.09.2023.

⁴ М.А. Погорецький, Слідчі дії: поняття і класифікація (2008) 1 *Наук. вісник Київського нац. ун-ту внутр. справ* 142–148.

⁵ М.А. Погорецький, Негласні слідчі дії в проекті нового КПК України. *Становлення системи негласного розслідування у кримінально-процесуальному законодавстві України*: матеріали круглого столу (Київ, КНУВС, 7 жовтня, 2011 р.) (Київ, ФОП О.С. Ліпкан) 160–161; М.А. Погорецький, Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні (2013) 1 *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ* 270–277; М.А. Погорецький, Д.Б. Сергєєва, Негласні слідчі (розшукові) дії та оперативно-розшукові заходи: поняття, сутність і співвідношення (2014) 2 (33) *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 137–141; М.А. Погорецький, Прослуховування телефонних розмов: європейські стандарти (2003) 9 *Вісник прокуратури* 45–51; М.А. Погорецький, О.С. Старенький, Негласні слідчі (розшукові) дії як засоби отримання доказів: окремі проблемні питання (2018) 8 *Право України* 85–106.

слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування, захисник має завжди зважати на те, що слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії є не лише головними засобами збирання доказів у кримінальному провадженні стороною обвинувачення, а й основним джерелом порушення прав і свобод підозрюваних та інших учасників кримінального провадження.

Система слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій як засобів доказування чітко визначена відповідно у гл. 20 КПК та гл. 21 КПК України.

Отже, в розрізі наведених законодавчих положень варто наголосити на тому, з розвитком змагальних засад кримінального процесу проблемні аспекти, пов'язані з доказуванням, все більше стають в центрі уваги й жвавого обговорення серед правників і практиків різного періоду¹.

Оскільки саме на доказах ґрунтується прийняття як проміжних, так і остаточних процесуальних рішень у кримінальному провадженні, їх зміст, джерела та процесуальна форма безпосередньо впливають на встановлення факту винуватості особи та визначення міри її відповідальності. У цьому контексті ефективність реалізації захисником свого завдання щодо спростування підозри чи обвинувачення значною мірою зумовлю-

ється рівнем його залученості до процесу формування доказової бази. Активна участь захисника у збиранні та аналізі фактичних даних, що мають значення для кримінального провадження, виступає важливою умовою реалізації принципу змагальності.

Захисник повинен здійснювати системну перевірку отриманих доказів із погляду їхнього змісту, способу одержання, дотримання процесуальної форми та відповідності іншим доказам. Такий підхід забезпечує його безпосередню участь у процесі формування доказової інформації, у тому числі під час проведення слідчих (розшукових) дій, і сприяє досягненню справедливого процесуального балансу між стороною обвинувачення і захисту².

У досудовому розслідуванні більшість доказів здобуваються шляхом проведення слідчих (розшукових) дій, що зумовлює активну участь захисника в контролі за їх законністю. Захисник повинен оцінювати дотримання вимог закону щодо підстав, умов і порядку проведення таких дій, зокрема, щодо складу учасників, їх відповідності встановленим критеріям, а також щодо фіксації ходу та результатів дій технічними засобами.

На початку проведення слідчої дії захисник має пояснити підзахисному

¹ Я О Куц, Особливості участі захисника у проведенні процесуальних дій на стадії досудового розслідування (2015) 12 (2) (33) *Вісник Академії адвокатури України* 170–176; М А Погорецький, Захисник – суб'єкт доказування у кримінальному процесі (2002) *Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві*: доповіді учасників міжн. наук. – практ. конф. (18–19 жовт. 2002 р., Київ, ІА при КУ ім. Т. Шевченка) 27–30; М А Погорецький, Захисник – суб'єкт доказування на досудовому провадженні за чинним КПК України: проблемні питання. *Актуальні питання державотворення в Україні*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 23 травня 2014 р.) (Київ, Прінт-Сервіс, 2014) 480–482; В О Попелюшко, Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми: монографія (Острог, 2009) 634; О С Старенький, Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні: теорія та практика: монографія / за ред. М А Погорецького (Київ, Алерта, 2016) 336; О Г Яновська, Концептуальні засади функціонування і розвитку змагального кримінального судочинства: монографія (Київ, 2011) 303.

² І Г Івасюк, Інститут «повідомлення про підозру» нового кримінального процесуального законодавства України (2013) 4 (22) *Митна справа* 74–79; М А Погорецький, В О Гринюк, Повідомлення судді про підозру: проблемні питання правового регулювання, теорії та практики (2018) 2 *Вісник кримінального судочинства* 58–71; М А Погорецький, Притягнення суддів до кримінальної відповідальності за ст. 375 КК України: проблемні питання матеріального та процесуального права (2015) 2 *Вісник кримінального судочинства* 223–234; М А Погорецький, Проблеми питання притягнення до кримінальної відповідальності народного депутата України. *Актуальні проблеми удосконалення кримінального процесуального законодавства*: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої до 70-річчя д. ю. н., професора Юрія Павловича Аленіна (м. Одеса, 21 квітня 2017 р.) / за ред. Г О Ульянової, І В Гловюк; за вип. І В Гловюк; уклад. В А Завтур (Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.» та ін.) (Одеса, Юридична література, 2017) 32–36.

її зміст і правові наслідки, визначити процесуальну позицію захисту та забезпечити участь неупереджених осіб. У разі виявлення упередженого ставлення з боку окремих учасників, захисник повинен ініціювати їх заміну або мінімізувати можливий негативний вплив¹.

Важливою складовою професійної діяльності захисника під час проведення слідчих (розшукових) дій є оперативне реагування на процесуальні порушення з боку сторони обвинувачення. Практика свідчить про наявність численних процесуальних недоліків, що допускаються під час проведення обшуків у межах досудового розслідування кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності.

Процедурні вимоги до підготовки та проведення обшуку регламентовані статтями 234–236 КПК України. Згідно з частиною першою статті 234, обшук проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, знарядь його вчинення, майна, здобутого злочинним шляхом, а також для встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб.

У провадженнях, пов'язаних із кримінальними правопорушеннями у сфері службової діяльності, обшук є одним з найбільш поширених і результативних засобів збирання доказів. Його проведення дозволяє виявити предмети неправомірної вигоди, визначити її розмір, отримати документи, що вказують на коло осіб, причетних до злочину, їхні зв'язки та мотиви, а також інші матеріали, які мають доказове значення. У тому числі це можуть бути документи, що підтверджують зацікавленість у прийнятті службовою особою рішень в інтересах вигододавця або третіх осіб, джерела фінансування неправомірної вигоди, дані про фінансові розрахунки між співучасниками, майно, що підлягає конфіскації, тощо².

У процесі надання правової допомоги захисник повинен усвідомлювати, що під час проведення обшуку, зокрема у кримінальних провадженнях, пов'язаних із правопорушеннями у сфері службової діяльності, може бути вилучено значну кількість об'єктів, які мають доказове значення. До таких об'єктів належать грошові кошти в національній та іноземній валюті (включаючи ті, що можуть бути предметом неправомірної вигоди), зразки хімічних речовин, ватні тампони зі змивами з поверхонь долонь підозрюваного та його робочого місця, рукавички, якими здійснювався огляд грошових коштів тощо. Окрім цього, вилученню можуть підлягати мобільні термінали, SIM-картки, карти пам'яті, електронні носії інформації з відеозаписами, а також документи фінансового, особистого або службового характеру: чеки, виписки з рахунків, ощадні книжки, касові книги, ордери та інші.

Важливим аспектом діяльності захисника є контроль за дотриманням процесуальних норм, зокрема положень статті 168 КПК України, яка визначає порядок тимчасового вилучення електронних інформаційних систем та мобільних пристроїв. Абзац перший частини другої цієї статті передбачає, що їх вилучення допускається лише за наявності прямої вказівки в ухвалі слідчого судді. Водночас абзац другий містить пряму заборону на вилучення таких об'єктів, що нерідко ігнорується стороною обвинувачення. Закон допускає тимчасове вилучення лише за наявності обґрунтованих підстав: якщо об'єкти є джерелом інформації, необхідної для проведення експертизи; якщо вони отримані внаслідок вчинення кримінального правопорушення або є знаряддям його вчинення; або якщо доступ до них обмежено чи пов'язаний із подоланням системи логічного захисту.

¹ М А Погорецький, Д Б Сергеева, Тактика захисника: поняття, зміст та місце в системі криміналістичної тактики (2016) 2 *Вісник кримінального судочинства* 113–123; М А Погорецький, Д Б Сергеева, Криміналістична тактика: щодо визначення поняття (2012) 1 (5) *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія: Право <<http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12pmasvp.pdf>> дата звернення 13.09.2023.

² О В Кучер, Участь захисника у кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності (дис. ... канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.09. Харків, 2021) 111–112.

У контексті кримінальних проваджень, що стосуються правопорушень у сфері службової діяльності, обшук найчастіше проводиться в місцях, де службова особа перебуває або виконує службові функції житлових та інших володіннях, службових кабінетах, а також на місцевості, де могла бути передана неправомірна вигода чи здійснені контакти з іншими учасниками провадження. У певних випадках обшуку може підлягати і особа, яка є потенційним підозрюваним.

За загальним правилом, обшук здійснюється виключно на підставі ухвали слідчого судді (ч. 2 ст. 234 КПК України). Для її отримання слідчий за погодженням із прокурором або прокурор самостійно звертається до суду з клопотанням, що повинно відповідати вимогам частини третьої цієї ж статті. До клопотання додаються матеріали, що обґрунтовують його доводи, а також витяг з ЄРДР у межах відповідного кримінального провадження.

Особливої уваги потребують випадки, коли обшук стосується судді. Згідно з вимогами статті 480 КПК України, а також частини дев'ятої статті 49 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», слідчі (розшукові) дії щодо судді, які можуть проводитися лише на підставі судового рішення, ініціюються виключно Генеральним прокурором, його заступником або керівником регіональної прокуратури.

Таким чином, участь захисника під час проведення обшуку не лише передбачає представництво інтересів клієнта, а й забезпечення дотримання процесуальних гарантій та законності, особливо у справах, що мають високий рівень

публічного інтересу, як-от кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності¹.

У практиці досудового розслідування трапляються випадки проникнення до житла чи іншого володіння особи без попереднього дозволу слідчого судді, що здійснюється на підставі частини третьої статті 233 КПК України. Такий порядок допускається винятково у невідкладних випадках, зумовлених необхідністю врятування життя чи майна або безпосереднім переслідуванням особи, яка підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення. У зазначених обставинах прокурор, слідчий за погодженням із прокурором, зобов'язані невідкладно після здійснення відповідної слідчої дії звернутися до слідчого судді з клопотанням про її санкціонування.

Разом з тим, аналіз судової практики засвідчує наявність порушень цього порядку з боку органів досудового розслідування. Зокрема, у ряді випадків обшук здійснюється на підставі постанови слідчого без дотримання вимог, які визначають ознаки «невідкладності» як виняткової підстави для проникнення до житла без судового дозволу. Так, в одному з кримінальних проваджень обшук було проведено відповідно до постанови слідчого, в якій обґрунтуванням невідкладності зазначалося необхідність відшукування викрадених речей та одягу з ймовірними слідами фарби, що, на думку сторони обвинувачення, мали доказове значення. Проте вказані підстави не відповідають передбаченим законом критеріям невідкладності, а сама слідча дія не була невідкладною за своєю природою.

Відповідно до частини другої статті 234 КПК України, у випадках, не перед-

¹ О В Кучер, Участь захисника у кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності (дис. ... канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.09. Харків, 2021) 111–112; О П Фролов, Порядок проведення та процесуального оформлення обшуку <<http://elar.naiaau.kiev.ua/bitstream/123456789/4319/1/pdf>> дата звернення 14.09.2023. М А Погорецький, О Л Польовий, О Г Яновська, Гарантії суддівської незалежності при притягненні суддів до юридичної відповідальності: монографія (Київ, ВД «Дакор», 2014) 308; М А Погорецький, Притягнення суддів до кримінальної відповідальності за ст. 375 КК України: проблемні питання матеріального та процесуального права (2015) 2 *Вісник кримінального судочинства* 223–234; М А Погорецький, В О Гринюк, Повідомлення судді про підозру: проблемні питання правового регулювання, теорії та практики (2018) 2 *Вісник кримінального судочинства* 58–71; Закон України «Про судоустрій і статус суддів»: науково-практичний коментар / М А Погорецький, О П Кучинська, О З Хотинська-Нор, О Г Яновської (Київ, Алерта, 2019) 668.

бачених статтею 233, обшук має здійснюватися виключно на підставі ухвали слідчого судді. Отже, проведення обшуку без відповідного дозволу, навіть якщо у подальшому ця дія була легалізована рішенням суду, не може вважатися таким, що відповідає вимогам закону. Відтак, протокол обшуку, отриманий за відсутності належних правових підстав, не може визнаватися допустимим доказом у розумінні положень кримінального процесуального законодавства¹.

На практиці досить часто фіксуються випадки недотримання процесуального порядку під час проведення обшуків у межах кримінальних проваджень, що стосуються злочинів у сфері службової діяльності. Зокрема, окремі слідчі дії здійснюються з порушенням вимог частини першої статті 236 Кримінального процесуального кодексу України. Це, зокрема, стосується ситуацій, коли обшук проводять слідчі, дізнавачі або прокурори, які не входять до складу відповідної слідчої групи чи групи процесуального керівництва, або ж посадові особи, що не зазначені в ухвалі слідчого судді як уповноважені на проведення обшуку. Іноді таку процесуальну дію виконують працівники оперативних підрозділів, які відповідно до положень КПК України не мають повноважень на її проведення².

На недопустимість вказаних порушень неодноразово звертає увагу і Верховний Суд України. Зокрема, у постанові Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 січня 2019 року у справі № 466/896/17 (провадження № 51–7795км18) чітко наголошено, що положення частини першої статті 236 Кримінального процесуального кодексу

України не передбачають можливості реалізації ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення обшуку будь-якими іншими особами, окрім уповноваженого слідчого чи прокурора³.

У практичній площині досить часто трапляються випадки, коли обшук проводиться не лише в межах об'єкта, визначеного ухвалою слідчого судді, а й у суміжних або функціонально пов'язаних приміщеннях, які не зазначені безпосередньо в судовому рішенні. Зокрема, йдеться про ситуації, коли під час обшуку службового кабінету особи, що фігурує у кримінальному провадженні, одночасно проводиться обшук у підсобних приміщеннях, розташованих у тому самому коридорі або тамбурі, а також у сусідніх службових кабінетах. Така практика викликає сумніви щодо її відповідності вимогам процесуального законодавства, зокрема принципу недоторканності житла чи іншого володіння особи, закріпленого у Конституції України та нормах КПК України⁴.

У практиці зустрічаються випадки слідчий або прокурор під час обшуку приватного домоволодіння проводить обшук транспортних засобів, які перебувають на території такого домоволодіння, без відповідної ухвали слідчого судді. Вважаємо правильною практику судів, які визнають недопустимими усі докази, здобуті внаслідок такого обшуку (постанова ККС Верховного Суду від 25.09.2018 р. у справі № 623/4131/15-к)⁵.

Обшук, як обґрунтовано зазначають фахівці, є одним із тих засобів кримінального процесуального доказування. Завдяки цій слідчій дії уповноважені суб'єкти кримінального процесуально-

¹ О В Кучер, Участь захисника у кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності (дис. ... канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.09. Харків, 2021) 112–113; Проникнення до житла чи іншого володіння особи <https://protocol.ua/ru/kriminalniy_protsestualniy_kodeks_ukraini_stattya_233/> дата звернення 15.09.2023.

² О В Кучер, Участь захисника у кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності (дис. ... канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.09. Харків, 2021) 114.

³ Ухвала Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29.01.2019 у справі № 466/896/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/79601140>> дата звернення 15.09.2023.

⁴ О В Кучер, Участь захисника у кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності (дис. ... канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.09. Харків, 2021) 111–112.

⁵ Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 25.09.2018 у справі № 623/4131/15-к. <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/76812124>> дата звернення 16.09.2023.

го доказування мають право встановити наявність чи відсутність предмета кримінального правопорушення (неправомірної вигоди, офіційного документа), слідів його одержання чи зберігання. У кримінальному провадженні цієї категорії протоколи обшуків є одним із основних видів доказів, на підставі яких ґрунтується підозра та висувається обвинувачення в кінцевій редакції, приймаються відповідні процесуальні рішення тощо¹.

Цілком обґрунтованою є позиція тих науковців, які наголошують на необхідності для захисника чітко усвідомлювати, що згідно з пунктом 1 частини 2 статті 87 Кримінального процесуального кодексу України, суд зобов'язаний визнавати докази недопустимими у випадках істотного порушення прав людини і основоположних свобод, зокрема, якщо процесуальні дії, для яких передбачено попередній судовий дозвіл, здійснено без такого дозволу або з ігноруванням його визначальних умов. У зв'язку з цим, слідчі зобов'язані неухильно дотримуватись процесуальних вимог, що регламентують порядок проведення обшуку, аби забезпечити допустимість здобутих у такий спосіб доказів та можливість їх подальшого використання для формування обґрунтованої правової позиції чи прийняття процесуального рішення. У свою чергу, прокурори як процесуальні керівники мають здійснювати належний контроль за законністю й обґрунтованістю дій слідчих, своєчасно вживаючи заходів для усунення порушень. Лише за умови дотримання цих вимог сторона обвинувачення зможе ефективно реалізувати доказову функцію у провадженнях, що стосуються злочинів у сфері службової діяльності².

Важливим засобом доказування у захисника як суб'єкта, що впливає на хід і результати досудового розслідування є заявлення ним клопотань. Захисник у своєму клопотанні, адресованому слідчому або прокурору, може порушувати доволі широкий спектр питань, у тому числі на підставі ч. 3 ст. 93 КПК України ініціювати проведення негласних слідчих (розшукових) дій.

У науковій літературі висловлюється обґрунтоване занепокоєння щодо потенційних негативних наслідків надмірного або необґрунтовано активного застосування стороною захисту механізму подання клопотань у кримінальному провадженні. Зокрема, зазначається, що така процесуальна тактика, особливо в контексті стратегії заперечення вини підозрюваного, може призвести до ускладнення становища останнього. Проведення процесуальних дій, ініційованих захисником, не виключає можливості отримання слідством додаткової доказової інформації, яка може бути використана для підсилення аргументів на користь підозри або формування обвинувального акту. Таким чином, фактичне використання органами досудового розслідування результатів ініціативи сторони захисту може сприяти зміцненню доказової позиції обвинувачення, що, своєю чергою, здатне негативно вплинути на ефективність реалізації права на захист³.

Виходячи з цього, заслуговує на підтримку позиція тих фахівців, які вважають, що перед поданням дізнавачу, слідчому, прокурору клопотання про проведення процесуальної дії захиснику доцільно додатково детально ознайомитися з наявними матеріалами кримінального провадження. Це дасть змогу впев-

¹ О В Кучер, Участь захисника у кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності (дис. ... канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.09. Харків, 2021) 115; М А Погорєцький, Проблемні питання обшуку особи (1) *Актуальні питання кримінального процесу, криміналістики та судової експертизи*: матеріали міжвідом. наук. – практ. конф. (м. Київ, 24 листоп. 2017 р.): у 2 ч. / ред. В В Черней, С С Чернявський, Л Д Удалова та ін. (Київ, Нац. акад. внутр. справ, 2017) 182–184; М Погорєцький, О Баганець, Обшук особи у кримінальному провадженні щодо прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою (2017) 12 (66) *Право України* 62–73.

² О В Кучер, Участь захисника у кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності (дис. ... канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.09. Харків, 2021) 115.

³ О В Маслюк, Процесуальна діяльність захисника зі спростування підозри (обвинувачення) (дис. ... канд.

нитися в тому, що інформація, яка буде отримана в ході проведення процесуальної дії, не стане «заціпкою» для сторони обвинувачення.

Як вже нами зазначалося, негласні слідчі (розшукові) дії (далі НСРД) є одним із основних засобів доказування, які у своїй діяльності може використовувати й захисник як суб'єкт доказування. У цьому контексті варто зазначити, що відповідно до Звіту апеляційних судів про розгляд судових справ, у 2022 році апеляційними судами розглянуто 88.788 клопотань про дозвіл на проведення НС(Р)Д, з яких 78.791 або 88,7% – задоволені. При цьому, за весь рік відповідно до Єдиного звіту про кримінальні правопорушення, до суду скеровано 114.916 проваджень, з яких лише 53.181 – особливо тяжкі та тяжкі злочини, в яких можна проводити НС(Р)Д¹.

Відповідно до ч. 3 ст. 93 КПК України одним із засобів отримання доказів захисником у досудовому розслідуванні є ініціювання проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі НСРД).

Процедурний механізм здійснення негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному процесі визначається положеннями глави 21 Кримінального процесуального кодексу України. Крім того, детальний порядок організації та реалізації таких дій, а також особливості використання їх результатів у межах кримінального провадження, регламентуються Інструкцією, затвердженою спільним нормативно-правовим актом Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України,

Служби безпеки України, Міністерства фінансів України, Державної податкової служби України та Міністерства юстиції України від 16 листопада 2012 року за № 114/1042/516/1199/936/1687/5 (надалі – Інструкція)².

Частина 1 статті 246 КПК України визначає негласні слідчі (розшукові) дії (НСРД) як підвид слідчих (розшукових) дій (СРД), що відзначаються конфіденційністю факту їх проведення та використуваних методів, крім випадків, передбачених законом. Такий підхід законодавця є обґрунтованим, оскільки НСРД мають усі сутнісні ознаки СРД.

Ключова відмінність між гласними та негласними слідчими (розшуковими) діями полягає у ступені процесуальної відкритості: якщо перші здійснюються відкрито, то НСРД проводяться виключно в умовах конфіденційності. При цьому науковці обґрунтовано акцентують увагу на тому, що сам по собі факт прихованості лише підготовчого етапу процесуальної дії (зокрема, підготовки до обшуку) не трансформує її у НСРД, оскільки визначальним критерієм є саме таємний характер проведення відповідної дії, а не її організаційна частина.

НСРД виділяються в окремий вид СРД через прихованість не лише методів, а й самого факту їх здійснення. При цьому нерозголошенню підлягають як спеціальні методи здобуття інформації, що становлять державну таємницю, так і звичайні пізнавальні засоби (наприклад, спостереження), які у контексті НСРД набувають конфіденційного значення³.

юрид. наук: 12.00.09. Львів, 2017) 143–217; О М Гумін, Діяльність захисника в ході збирання та дослідження доказів у кримінальному провадженні (2013) 2 (86) 2 (–1) *Митна справа* 81–87; О В Кучер, Участь захисника у кримінальних провадженнях про злочини у сфері службової діяльності (дис. ... канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.09. Харків, 2021) 116.

¹ Звіт апеляційних судів про розгляд судових справ у 2022 <https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/zvit_dsau_2022> дата звернення 17.09.2023.

² Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: Наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України та Міністерства юстиції України від 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5 <<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v011490012/page?text=%F0%E5%E6%E8%EC%ED>> дата звернення 18.09.2023.

³ М А Погорєцький, Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні (2013) 1 *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ* 270–277; М А Погорєцький, Д Б Сергєєва, Негласні слідчі (розшукові) дії та оперативно-розшукові заходи: поняття, сутність

Факт проведення НСРД, як подія, що мала місце в минулому, доводиться до відома осіб, щодо яких ці дії здійснювалися, відповідно до вимог статті 253 КПК України. Якщо досягається мета проведення таких дій, їх результати використовуються як докази (ст. 256 КПК), або ж у інших процесуальних цілях (ст. 257 КПК), про їх проведення дізнається визначене коло осіб.

Навіть за умови розгляду справи у закритому судовому засіданні, відповідно до ч. 2–4 ст. 27 КПК, інформація про НСРД стає доступною сторонам та іншим учасникам провадження. У таких випадках можливе й часткове розкриття методів, застосованих для прихованого отримання доказової інформації. Крім того, при допиті осіб, які проводили або брали участь у НСРД, згідно з ч. 2 ст. 256 КПК, можуть порушуватися питання щодо способів отримання інформації для оцінки її належності, допустимості та достовірності¹.

НСРД, на відміну від гласних СРД, характеризуються прихованістю як самого факту їх проведення, так і застосовуваних методів. Ця ознака є визначальною у їх правовій природі. Поділяємо підхід М.А. Погорецького та Д.Б. Сергєєвої, які розглядають НСРД як комплекс пошуко-пізнавальних і посвідчувальних дій, що здійснюються уповноваженими суб'єктами з метою виявлення, фіксації та перевірки фактичних даних і джерел інформації для доказування у кримінальному процесі. При цьому інформація про такі дії не підлягає розголошенню².

Запропоноване визначення НСРД як сукупності пошуко-пізнавальних і посвідчувальних дій є обґрунтованим, однак потребує уточнення. НСРД, як спе-

цифічна форма СРД, мають не лише пізнавальну, а й розшукову спрямованість. Тому їх слід розглядати як дії, що поєднують пошукові, розшукові та посвідчувальні елементи, здійснюються уповноваженим суб'єктом у режимі конфіденційності для одержання та перевірки фактичних даних у кримінальному провадженні. Такий підхід найбільш точно відображає як пізнавальну, так і правову сутність НСРД як засобів доказування на досудовій стадії.

Попри відсутність у КПК України єдиного переліку НСРД, аналіз глави 21 дозволяє виокремити основні їх види, зокрема: аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260), арешт кореспонденції (ст. 261–262), зняття інформації з телекомунікаційних мереж та електронних систем (ст. 263–264), обстеження недоступних місць, житла (ст. 267), визначення місцезнаходження пристроїв (ст. 268), спостереження (ст. 269), моніторинг рахунків (ст. 269–1), контроль за вчиненням злочину (ст. 271), виконання спеціальних завдань (ст. 272) тощо.

Для проведення таких дій необхідні як фактичні, так і правові підстави. До фактичних належать: обґрунтована підозра у вчиненні тяжкого злочину, наявність доказового значення очікуваної інформації, а також неможливість її отримання іншим способом. Юридичні підстави включають: наявність відповідних норм КПК (гл. 21), постанову слідчого або прокурора, а в передбачених законом випадках ухвалу слідчого судді³.

У межах кримінального процесуального регулювання питання про здійснення НСРД є важливою складовою механізму доказування. Юридичні підстави для їх реалізації охоплюють не лише норми

і співвідношення (2014) 2 (33) *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 137–141.

¹ Д Б Сергєєва, Проблемні аспекти законодавчого визначення відомостей щодо негласних слідчих (розшукових) дій, що не підлягають розголошенню (2015) 1 *Вісник кримінального судочинства* 107.

² М А Погорецький, Д Б Сергєєва, Негласні слідчі (розшукові) дії та оперативно-розшукові заходи: поняття, сутність і співвідношення (2014) 2 *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 138; Д Б Сергєєва, Проблемні аспекти законодавчого визначення відомостей щодо негласних слідчих (розшукових) дій, що не підлягають розголошенню (2015) 1 *Вісник кримінального судочинства* 109.

³ Д Сергєєва, Основания проведения негласных следственных (розыскных) действий согласно Уголовного процессуального законодательства Украины (2014) 5 *Закон и жизнь* 30.

Кримінального процесуального кодексу України (КПК України), а й функціональну компетенцію залучених суб'єктів. Доцільно розглядати як осіб, уповноважених ініціювати подання клопотань (сторони кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи), так і тих, хто приймає рішення щодо дозволу на проведення НСРД (слідчий, прокурор, слідчий суддя), а також осіб, які безпосередньо реалізують такі дії (слідчі та працівники оперативних підрозділів).

Частина третя статті 246 КПК України встановлює, що рішення про проведення НСРД може прийматися слідчим або прокурором, а в передбачених законом випадках слідчим суддею на підставі клопотання, узгодженого з прокурором. Такий процесуальний механізм забезпечує баланс між автономією досудового розслідування та прокурорським наглядом. У цьому контексті варто критично оцінити позиції науковців, які вважають, що НСРД мають здійснюватися виключно за ініціативи прокурора чи суду, без участі слідчого, оскільки такий підхід не відповідає чинному законодавству.

Процесуальна форма дозволу на проведення НСРД залежить від характеру дії та ступеня втручання в права особи. Зокрема, деякі дії, як-от зняття інформації з електронних систем з відкритим доступом, спостереження за особою або місцем, а також виконання спеціального завдання щодо розкриття діяльності злочинних організацій, можуть проводитися на підставі постанови слідчого або прокурора. Інші дії, такі як контроль за вчиненням злочину, здійснюються виключно на підставі постанови прокурора. Найбільш інвазивні форми НСРД – зокрема, аудіо- та відеоконтроль особи, накладення арешту на кореспонденцію, зняття інформації з телекомунікаційних мереж, обстеження недоступних місць чи житла, встановлення місцезна-

ходження технічних засобів, моніторинг банківських рахунків та негласне отримання зразків – потребують обов'язкової ухвали слідчого судді.

Процедура подання та розгляду клопотань детально регламентована главою 21 КПК України. Відповідно до частини першої статті 248, слідчий суддя зобов'язаний розглянути клопотання про надання дозволу на проведення НСРД протягом шести годин з моменту його надходження. Проте на практиці дотримання цього строку часто ускладнюється через низку об'єктивних і суб'єктивних чинників. До них належать порушення строків розгляду з боку суддів, організаційні труднощі в апеляційних судах, які розглядають відповідні клопотання за встановленими графіками, а також відсутність чергування суддів у вихідні та святкові дні, що унеможливорює своєчасне реагування у термінових випадках.

З огляду на викладене, слушною видається позиція правників, які наголошують на необхідності надання процесуальному рішення щодо НСРД пріоритетного статусу. Доцільними кроками в цьому напрямі є впровадження системи чергування слідчих суддів у неробочі дні та розширення повноважень слідчих суддів місцевих судів на розгляд клопотань про дозвіл на проведення НСРД. Це дозволить забезпечити оперативність ухвалення процесуальних рішень, уникнути порушення строків та підвищити результативність здобуття доказової інформації в межах досудового розслідування¹.

Проблемні аспекти, що виникають у процесі практичної реалізації негласних слідчих (розшукових) дій, є предметом детального аналізу в низці наукових праць, де дослідники акцентують увагу на прогалинах нормативного регулювання, труднощах у процесуальному застосуванні та колізіях між теорією й практикою кримінального провадження².

¹ М. А. Погорєцький, Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні (2013) 1 *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ* 270–277; О. Старенький, М. Цуцкірідзе, Використання негласних слідчих (розшукових) дій як засобів доказування в кримінальному провадженні на досудовому розслідуванні (2015) 1 *Право України* 155–157.

² М. А. Погорєцький, Впровадження інституту негласних (розшукових) слідчих дій в правозастосовну практику (2012) 2 (28) *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 56–63;

Аналіз матеріалів кримінальних проваджень свідчить про наявність труднощів у реалізації захисником своїх процесуальних гарантій як суб'єкта доказування, зокрема на етапі подання та погодження клопотань про проведення НСРД. У практиці слідчі та прокурори здебільшого формально повідомляють про долучення клопотань до матеріалів справи, не зазначаючи, чи були вони задоволені, відхилені або без належного обґрунтування відмовляють у їх задоволенні.

Це пояснюється тим, що згідно з п. 4.12.4 Наказу СБУ «Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю», інформація про факт і методи проведення НСРД є державною таємницею і не підлягає розголошенню.

Така правова колізія між таємністю заходів і правом на захист потребує подальшого концептуального переосмислення¹; п. 1.5 Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кри-

мінальному провадженні²; ч. 1 ст. 246 КПК України, і усі ці нормативні положення визначають, що відомості про факт і методи проведення НСРД належать до інформації з обмеженим доступом, яка становить державну таємницю й підлягає спеціальній правовій охороні³.

Як свідчать результати аналізу практики, захисник у досудовому провадженні зазнає обмежень не лише у реалізації права на ініціювання проведення НСРД, а й фактично позбавлений можливості оскаржити відмову слідчого чи прокурора у задоволенні відповідного клопотання, що впливає з п. 7 ч. 1 ст. 303 КПК України. У зв'язку з цим сумнівною виглядає позиція тих правників, які вважають подання таких клопотань формою зловживання процесуальними правами, що начебто ускладнює розслідування та призводить до втрати доказів.

Незважаючи на це, захисник, як ініціатор проведення НСРД, повинен бути поінформований про результат розгляду

М В Багрий, В В Луцки, Негласні слідчі (розшукові) дії у кримінальному провадженні (Львів, 2014) 307; В А Колесник, Негласні слідчі (розшукові) дії: кримінально-процесуальні та криміналістичні аспекти підготовки і проведення: науково-практичний посібник (Київ, Прецедент, 2014) 135; М А Погорецький, Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні (2013) 1 *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ* 270–277; Д Б Сергєєва, Проблемні питання постановлення ухвал про проведення негласних слідчих (розшукових) дій (2014) 1 *Вісник Чернівецького факультету Нац. ун-у «Одеська юридична академія»* 177–186; М А Погорецький, Д Б Сергєєва, Негласні слідчі (розшукові) дії та оперативно-розшукові заходи: поняття, сутність і співвідношення (2014) 2 *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)* 137–141; О Ю Татаров, Інститут негласних слідчих (розшукових) дій: проблеми протидії злочинності (2015) 3 *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ* 25–32; М А Погорецький, Застосування провокації в ході негласних розслідувань: питання правомірності (2016) 1 *Вісник кримінального судочинства* 33–43. О С Старенький, Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні: теорія та практика: монографія / за загред. М А Погорецького (Київ, Алерта, 2016) 336; М А Погорецький, О С Старенький, Негласні слідчі (розшукові) дії як засоби отримання доказів: окремі проблемні питання (2018) 8 *Право України* 85–106; М А Погорецький, О С Старенький, Чому результати НС(Р)Д не будуть доказами без розсекречування дозволів на їх проведення. *Закон і бізнес* <https://zib.com.ua/ua/print/135424-rezultati_nsr_d_ne_budut_dokazami_bez_rozsekrechuvannya_dozvo.html> дата звернення 11.11.2023; Д Б Сергєєва, Напрями використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному процесуальному доказуванні (2018) *Вісник кримінального судочинства* <https://vkslaw.knu.ua/images/verstka/2_2018_Serhieva.pdf> дата звернення 17.09.2023; Використання в кримінальному провадженні відомостей, отриманих у результаті негласних слідчих (розшукових) дій: науково-методичні рекомендації для підрозділів Національної поліції України / М С Цукірідзе, О В Мартовицька, В В Романюк, В В Бурлака та ін. (Харків, Харківський нац. ун-т внутр. справ, 2022) 82.

¹ Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю: Наказ Служби безпеки України від 12 липня 2005 р. № 440 <<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0902-05>> дата звернення 18.09.2023.

² Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні: Наказ Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Адміністрації державної прикордонної служби України, Міністерства фінансів України та Міністерства юстиції України від 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936 /1687/5 <<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v011490012/page?text=%F0%E5%E6%E8%EC%ED>> дата звернення 19.09.2023.

³ М А Погорецький, О О Сухачов, Система засобів охорони державної таємниці щодо діяльності оперативних підрозділів правоохоронних органів (2016) 25 *Журнал східноєвропейського права* 24–37.

клопотання. У разі його задоволення доцільно передбачити оформлення розписки захисника про нерозголошення факту проведення НСРД як інформації, що становить державну таємницю¹.

З метою забезпечення належних процесуальних гарантій захисника як суб'єкта доказування при здійсненні НСРД доцільно доповнити статтю 248 КПК України новою частиною шостою такого змісту: «У разі постановлення слідчим суддею ухвали про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, ініційованої стороною захисту, потерпілим або представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, в останніх відбирається розписка про нерозголошення факту її проведення». Внесення відповідних змін до інших положень КПК України та до Інструкції забезпечить можливість безпосереднього звернення захисника до уповноваженої особи з клопотанням про проведення НСРД. Це дозволить скоротити час між поданням і розглядом клопотання до шести годин (відповідно до ч. 1 ст. 248 КПК України), а також посилить ефективність реалізації гарантій захисника на етапі досудового розслідування.

Окрему проблему становить також відсутність у матеріалах кримінальних проваджень процесуальних документів, які підтверджують юридичні підстави для проведення НСРД зокрема, ухвал слідчого судді або постанов прокурора. Це ускладнює здійснення контролю за законністю таких дій та послаблює процесуальні позиції сторони захисту².

З метою підвищення ефективності

реалізації кримінальних процесуальних гарантій захисника як суб'єкта доказування на стадії досудового розслідування доцільно підтримати пропозицію науковців щодо доповнення статті 248 КПК України новою частиною шостою такого змісту: «У разі постановлення слідчим суддею ухвали про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, ініційованої стороною захисту, потерпілим або представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, в останніх відбирається розписка про нерозголошення факту проведення такої дії». Запровадження таких змін, а також внесення відповідних доповнень до інших положень КПК України та Інструкції, створить правові підстави для безпосереднього звернення захисника до уповноваженої особи з клопотанням про проведення НСРД.

Реалізація запропонованого підходу дозволить суттєво скоротити часові межі між поданням та розглядом клопотання (відповідно до ч. 1 ст. 248 КПК України – до шести годин), що, своєю чергою, сприятиме більш оперативному і результативному здійсненню досудового розслідування з дотриманням принципів рівності сторін та змагальності.

Висновки. Узагальнюючи наведений аналіз, слід зазначити, що сучасне кримінальне процесуальне законодавство України значно розширило функціональну роль адвоката на стадії досудового розслідування, створивши умови для активної участі в доказуванні. Захисник наразі має можливість активно впливати на хід слідства завдяки комплексу проце-

¹ О С Старенький, Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні: теорія та практика: монографія / за загред. М А Погорельського (Київ, Алерта, 2016) 127; Д Сергеева, Проблеми аспекти використання результатів зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж як доказів у кримінальному провадженні (2014) 11 *Право України* 215; Д Б Сергеева, Проблеми реалізації стороною захисту права на отримання доказів шляхом проведення негласних слідчих (розшукових) дій. *Адвокатура: минуле та сучасність*: матеріали V міжнар. наук. конф. (14 листопада 2015 р., м. Одеса) / уклад. І В Гловюк, О В Малахова, Л Ю Чекмарьова; за вип. М М Стоянов (Одеса, Юридична література, 2015) 15.

² М А Погорельський, Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми провадження та використання результатів у доказуванні (2013) 1 *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ* 270–277; О С Старенький, Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні: теорія та практика: монографія / за загред. М А Погорельського (Київ, Алерта, 2016) 128–129; О С Старенький, Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні: теорія та практика: монографія / за загред. М А Погорельського (Київ, Алерта, 2016) 128;

суальних засобів, які забезпечують реалізацію його професійних обов'язків.

В рамках досудового слідства адвокат наділений процесуальними правами, які суттєво розширюють його можливості у формуванні доказової бази на користь підзахисного. Важливою складовою є право звертатися із клопотаннями до слідчого судді про проведення необхідних слідчих заходів. Окрім цього, адвокат має право надавати оперативні консультації своєму підзахисному безпосередньо під час виконання слідчих дій, що значно підвищує рівень захисту прав та інтересів підозрюваного.

Не менш суттєвим є обов'язок слідчих органів та прокуратури забезпечити безпосередню участь захисника при проведенні обшуку, якщо таке бажання висловлює власник або користувач приміщення. Обов'язковість ретельної фіксації ходу та результатів слідчих дій у протоколі дозволяє ефективно контролювати дотримання процесуальних стандартів, а встановлена норма щодо неприпустимості доказів, здобутих з порушенням законних процедур, виступає важливим запобіжним механізмом.

У контексті негласних слідчих (розшукових) заходів також передбачено значні повноваження захисника. Він може звертатись до слідчого судді з пропозиціями про проведення таких дій, а після їх схвалення отримує доступ до матеріалів з урахуванням дотримання конфіденційності. При цьому передбачена процедура зняття секретності після завершення таких заходів дозволяє підтримати баланс між необхідністю збереження таємниці слідства і забезпеченням принципів прозорості та змагальності.

Втім, варто визнати, що наявні правові інструменти і гарантії адвоката потребують подальшого вдосконалення, щоб повністю забезпечити ефективність його участі в доказовому процесі на етапі досудового провадження.

Для посилення змагальних засад на досудовому провадженні з метою посилення гарантій захисту прав і свобод учасників кримінального провадження на досудовому розслідуванні доцільно ввести до чинного КПК України інститут адвокатського розслідування, як це обґрунтовують вітчизняні правники¹.

REFERENCES

LIST OF LEGAL DOCUMENTS

LEGISLATION

18. Instruktsiia pro orhanizatsiiu provedennia nehlasnykh slidchykh (rozshukovykh) dii ta vykorystannia yikh rezultativ u kryminalnomu provadzhennia: Nakaz Heneralnoi prokuratury Ukrainy, Ministerstva vnutrishnikh sprav Ukrainy, Sluzhby bezpeky Ukrainy, Administratsii derzhavnoi prykordonnoi sluzhby Ukrainy, Ministerstva finansiv Ukrainy ta Ministerstva yustytisii Ukrainy [Instructions on the organization of secret investigative (search) actions and the use of their results in criminal proceedings: Order of the Prosecutor General's Office of Ukraine, the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, the Security Service of Ukraine, the Administration of the State Border Service of Ukraine, the Ministry of Finance of Ukraine and the Ministry of Justice of Ukraine] vid 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5 <<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v011490012/page?text=%F0%E5%E6%E8%EC%ED>> data zvernennia 18.09.2023 [in Ukrainian].

19. Postanova Kasatsiinoho kryminalnogo sudu Verkhovnoho Sudu [Resolution of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court] vid 25.09.2018 u spravi № 623/4131/15-k. <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/76812124>> data zvernennia 16.09.2023 [in Ukrainian].

20. Pro zatverdzhennia Zvodu vidomosti, shcho stanovliat derzhavnu taiemnytsiu: Nakaz Sluzhby bezpeky Ukrainy [On approval of the Compendium of information constituting a state secret: Order of the Security Service of Ukraine] vid 12.07.2005 r. № 440 <<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0902-05>> data zvernennia 11.09.2023 [in Ukrainian].

¹ М.А. Погорельский, Кримінальний процес: поняття та його методологічне і практичне значення (2021) 3 (4) *Вісник кримінального судочинства* 88–93.

CASES

21. Ukhvala Kasatsiinoho kryminalnogo sudu Verkhovnoho Sudu [Decision of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court] vid 29.01.2019 u spravi № 466/896/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/79601140>> data zvernennia 15.09.2023 [in Ukrainian].

22. Zvit apeliatsiinykh sudiv pro rozghliad sudovykh sprav [Report of appellate courts on consideration of court cases] u 2022 <https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/zvit_dsau_2022> data zvernennia 17.09.2023 [in Ukrainian].

BIBLIOGRAPHY

ARTICLES

23. Humin O M, Diialnist zakhysnyka v khodi zbyrannia ta doslidzhennia dokaziv u kryminalnomu provadzheni [Activities of the defense attorney during the collection and investigation of evidence in criminal proceedings] (2013) 2 (86) 2 (1) *Mytna sprava* 81–87 [in Ukrainian].

24. Ivasiuk I H, Instytut «povidomlennia pro pidozru» novoho kryminalnogo protsesualnogo zakonodavstva Ukrainy [Institute of «notification of suspicion» of the new criminal procedural legislation of Ukraine] (2013) 4 (22) *Mytna sprava* 74–79 [in Ukrainian].

25. Kuts Ya O, Osoblyvosti uchasti zakhysnyka u provedenni protsesualnykh dii na stadii dosudovoho rozsliduvannia (2015) 12 (2) (33) *Visnyk Akademii advokatury Ukrainy* 170–176 [in Ukrainian].

26. Pohoretskyi M A, Proslukhovuvannia telefonnykh rozmov: yevropeiski standarty [Wiretapping: European standards] (2003) 9 *Visnyk prokuratury* 45–51 [in Ukrainian].

27. Pohoretskyi M A, Dokazy u kryminalnomu protsesi [Evidence in criminal proceedings] (2003) 2 *Visnyk prokuratury* 59–65 [in Ukrainian].

28. Pohoretskyi M A, Dzherela sudovykh dokaziv [Sources of forensic evidence] (2005) 10 *Pytannia borotby zi zlochynnistiu* 167–178 [in Ukrainian].

29. Pohoretskyi M A, Zabezpechennia zmahalnosti na dosudovomu slidstvi [Ensuring competitiveness in the pre-trial investigation] (2008) 1 (1) *Chasopys Akad. advokatury Ukrainy* 68–71 [in Ukrainian].

30. Pohoretskyi M A, Kryminalnyi protses: poniattia ta yoho naukovie i praktychne znachennia [Criminal process: the concept and its scientific and practical significance] (2021) 3–4 *Visnyk kryminalnogo sudochynstva* 28–51 [in Ukrainian].

31. Pohoretskyi M A, Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy: realnist ta iliuzii (do 10-richchia nabuttia chynnosti) [The criminal procedure code of Ukraine: reality and illusions (until the 10th anniversary of its entry into force)] (2022) 1–2 *Visnyk kryminalnogo sudochynstva* 72–90 [in Ukrainian].

32. Pohoretskyi M A, Slidchi dii: poniattia i klasyfikatsiia [Investigative actions: concepts and classification] (2008) 1 *Nauk. visnyk Kyivskoho nats. un-tu vnutr. sprav* 142–148 [in Ukrainian].

33. Pohoretskyi M A, Pro spivvidnoshennia dzhерel faktychnykh danykh i dzhерel dokaziv u kryminalnomu protsesi [On the ratio of sources of factual data and sources of evidence in the criminal process] (2009) 1 *Pravo Ukrainy* 80–85 [in Ukrainian].

34. Pohoretskyi M A, Dokazy u kryminalnomu protsesi: problemni pytannia [Evidence in criminal proceedings: problematic issues] (2011) 1 (3) *Chasopys Natsionalnogo universytetu «Ostrozka akademiia». Seriia: Pravo* <<https://lj.oa.edu.ua/articles/2011/n1/11pmapp.pdf>> data zvernennia 11.09.2023 [in Ukrainian].

35. Pohoretskyi M A, Poniattia kryminalno-protsesualnykh harantii [The concept of criminal procedural guarantees] (2014) 2 (10) *Chasopys Natsionalnogo universytetu «Ostrozka akademiia». Seriia: Pravo* <<http://lj.oa.edu.ua/articles/2014/n2/14pmakph.pdf>> data zvernennia 11.09.2023 [in Ukrainian].

36. Pohoretskyi M A, Vprovadzhenia instytutu nehlasnykh (rozshukovykh) slidchykh dii v pravozastosovnu praktyku [Introduction of the institute of covert (investigative) investigative actions into law enforcement practice] (2012) 2 (28) *Borotba z orhanizovanoi zlochynnistiu i koruptsiieiu (teoriia i praktyka)* 56–63 [in Ukrainian].

37. Pohoretskyi M A, Serhieieva D B, Kryminalistychna taktyka: shchodo vyznachennia poniattia [Forensic tactics: regarding the definition of the concept] (2012) 1 (5) *Chasopys Natsionalnogo universytetu «Ostrozka akademiia». Seriia: Pravo* <<http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n1/12pmasvp.pdf>> data zvernennia 13.09.2023 [in Ukrainian].

38. Pohoretskyi M A, Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii: problemy provadzhenia ta vykorystannia rezul'tativ u dokazuvanni [Covert investigative (search) actions: problems of proceedings and use of results in evidence] (2013) 1 *Yurydychni chasopys Natsionalnoi akademii vnutrishnikh sprav* 270–277 [in Ukrainian].

39. Pohoretskyi M A, Serhieieva D B, Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii ta operatyvno-rozshukovi zakhody: poniattia, tsnitni i spivvidnoshennia [Covert investigative (research) actions and operational-research measures: concept, essence and relationship] (2014) 2 (33) *Borotba z orhanizovanoi zlochynnistiu i koruptsiieiu (teoriia i praktyka)* 137–141 [in Ukrainian].

40. Pohoretskyi M, Teoriia kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia: problemni pytannia [Theory of criminal procedural evidence: problematic issues] (2014) 10 *Pravo Ukrainy* 12–25 [in Ukrainian].
41. Pohoretskyi M A, Nova kontseptsiiia kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia [A new concept of criminal procedural evidence] (2015) 3 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva Ukrainy* 63–79 [in Ukrainian].
42. Pohoretskyi M A, Prytiahnennia suddiv do kryminalnoi vidpovidalnosti za st. 375 KK Ukrainy: problemni pytannia materialnoho ta protsesualnoho prava [Bringing judges to criminal liability under Art. 375 of the Criminal Code of Ukraine: problematic issues of material and procedural law] (2015) 2 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 223–234 [in Ukrainian].
43. Pohoretskyi M A, Serhieieva D B, Taktyka zakhysnyka: poniattia, zmist ta mistse v systemi kryminalistychnoi taktyky [Defender's tactics: concept, meaning and place in the system of forensic tactics] (2016) 2 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 113–123 [in Ukrainian].
44. Pohoretskyi M A, Sukhachov O O, Systema zasobiv okhorony derzhavnoi taiemnytsi shchodo diialnosti operatyvnykh pidrozdiliv pravookhoronnykh orhaniv [The system of means of protection of state secrets regarding the activities of operational divisions of law enforcement agencies] (2016) 25 *Zhurnal skhidnoievropeiskoho prava* 24–37 [in Ukrainian].
45. Pohoretskyi M A, Zastosuvannia provokatsii v khodi nehlasnykh rozsliduvan: pytannia pravomirnosti [The use of provocation in the course of secret investigations: the question of legality] (2016) 1 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 33–43 [in Ukrainian].
46. Pohoretskyi M A, Starenkyi O S, Naukovyi vysnovok shchodo tlumachennia okremykh polozhen chynnoho zakonodavstva Ukrainy (prytiahnennia narodnoho deputata Ukrainy do kryminalnoi vidpovidalnosti) [Scientific opinion on the interpretation of certain provisions of the current legislation of Ukraine (bringing a People's Deputy of Ukraine to criminal responsibility)] (2017) 3 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 234–243 [in Ukrainian].
47. Pohoretskyi M, Bahanets O, Obshuk osoby u kryminalnomu provadzhenni shchodo pryiniattia propozytii, obitsianky abo oderzhannia nepravomirnoi vyhody sluzhbovoiu osoboiu [Search of a person in criminal proceedings regarding the acceptance of an offer, promise or receipt of an illegal benefit by an official] (2017) 12 *Pravo Ukrainy* 62–73 [in Ukrainian].
48. Pohoretskyi M A, Hryniuk V O, Povidomlennia suddi pro pidozru: problemni pytannia pravovoho rehuliuвання, teorii ta praktyky [The judge's notification of suspicion: problematic issues of legal regulation, theory and practice] (2018) 2 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 58–71 [in Ukrainian].
49. Pohoretskyi M A, Starenkyi O S, Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii yak zasoby otrymannia dokaziv: okremi problemni pytannia [Covert investigative (research) actions as a means of obtaining evidence: certain problematic issues] (2018) 8 *Pravo Ukrainy* 85–106 [in Ukrainian].
50. Pohoretskyi M A, Mitskan O A, Standart dokazuvannia «obgruntovana pidozra» u praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny: vplyv na vitchyznianu pravozastosovnu praktyku [The standard of proof «reasonable suspicion» in the practice of the European Court of Human Rights: impact on domestic law enforcement practice] (2019) 1 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 37–49 [in Ukrainian].
51. Pohoretskyi M A, Mitskan O A, Ctandard dokazuvannia «dostatnia pidstava» u kryminalnomu protsesi Ukrainy [The standard of proof «sufficient basis» in the criminal process of Ukraine] (2019) 3 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 31–42 [in Ukrainian].
52. Pohoretskyi M, Mitskan O, Standart dokazuvannia [Standard of proof] (2019) 10 (1412) *Zakon i Biznes* <https://zib.com.ua/ua/print/136819-yak_minimum_5_kriteriiv_obruntovanosti_pidozri_mae_vrahovuva.html> data zvernennia 11.09.2023 [in Ukrainian].
53. Pohoretskyi M A, Starenkyi O S, Chomu rezultaty NS(R)D ne budut dokazamy bez rozsekrechuvannia dozvoliv na yikh provedennia [Why the results of NS(R)D will not be evidence without declassification of permits for their implementation] *Zakon i biznes* <https://zib.com.ua/ua/print/135424-rezultati_nsr_d_ne_budut_dokazami_bez_rozsekrechuvannya_dozvo.html> data zvernennia 11.09.2023 [in Ukrainian].
54. Pohoretskyi M A, Kryminalnyi protses: poniattia ta yoho metodolohichne i praktychne znachennia [Criminal process: the concept and its methodological and practical significance] (2021) 3 (4) *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 88–93 [in Ukrainian].
55. Posvystak O, Zdiisnennia povidomlennia pro pidozru osobam, shchodo yakykh zdiisniuietsia osoblyvyi poriadok kryminalnoho provadzhennia [Notification of suspicion to persons subject to a special procedure of criminal proceedings] (2019) 5 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 280–285 [in Ukrainian].
56. Serhieieva D, Problemni aspekty vykorystannia rezultativ zniattia informatsii z transportnykh telekomunikatsiinykh merezh yak dokaziv u kryminalnomu provadzhenni [Problematic aspects of using the results of information removal from transport telecommunication networks as evidence in criminal proceedings] (2014) 11 *Pravo Ukrainy* 215 [in Ukrainian].
57. Serhieieva D, Osnovanyia provedenya nehlasn'kh sledstvennykh (roz'skn'kh) deistvyi sohlasno Uholovnoho protsessualnoho zakonodatelsta Ukrainy [Grounds for conducting covert investigative (search)

actions in accordance with the Criminal Procedural Legislation of Ukraine] (2014) 5 *Zakon y zhyzn* 30 [in Russian].

58. Serhieieva D B, Problemni pytannia postanovlennia ukhval pro provedennia nehlasnykh slidchykh (rozshukovykh) dii [Problematic issues of passing resolutions on conducting secret investigative (search) actions] (2014) 1 *Visnyk Chernivetskoho fakultetu Nats. un-u «Odeska yurydychna akademiia»* 177–186 [in Ukrainian].

59. Serhieieva D B, Problemni aspekty zakonodavchoho vyznachennia vidomosti shchodo nehlasnykh slidchykh (rozshukovykh) dii, shcho ne pidliahaiut rozgholoshenniu [Problematic aspects of the legislative definition of information regarding secret investigative (search) actions that are not subject to disclosure] (2015) 1 *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* 107–109 [in Ukrainian].

60. Serhieieva D B, Napriamy vykorystannia rezultativ nehlasnykh slidchykh (rozshukovykh) dii u kryminalnomu protsesualnomu dokazuvanni [Directions of using the results of secret investigative (research) actions in criminal procedural evidence] (2018) *Visnyk kryminalnoho sudochynstva* <https://vkslaw.knu.ua/images/verстка/2_2018_Serhieieva.pdf> data zvernennia 12.09.2023 [in Ukrainian].

61. Tatarov O Yu, Instytut nehlasnykh slidchykh (rozshukovykh) dii: problemy protydii zlochynnosti [Institute of clandestine investigative (detective) actions: problems of combating crime] (2015) 3 *Naukovyi visnyk Natsionalnoi akademii vnutrishnikh sprav* 25–32 [in Ukrainian].

62. Yanovych Yu P, Funktsionalne pryznachennia zakhysnyka v kryminalnomu provadzhenni [Functional appointment of a defense attorney in criminal proceedings] (2013) (1082) 16 *Visnyk Kharkivskoho natsionalnoho universytetu imeni V N Karazina. Serii: Pravo* 200–203 [in Ukrainian].

AUTHORED BOOKS

63. Bahrii M V, Lutsyk V V, *Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii u kryminalnomu provadzhenni* [Covert investigative (search) actions in criminal proceedings] (Lviv, 2014) 307 [in Ukrainian].

64. Frolov O P, *Poriadok provedennia ta protsesualnoho oformlennia obshuku* [The procedure for carrying out and procedural registration of the search] <<http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/4319/1/pdf>> data zvernennia 14.09.2023 [in Ukrainian].

65. Kolesnyk V A, *Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii: kryminalno-protsesualni ta kryminalistychni aspekty pidhotovky i provedennia* [Undercover investigative (detective) actions: criminal procedural and forensic aspects of preparation and implementation] (Kyiv, Pretsedent, 2014) 135 [in Ukrainian].

66. Konverskyi A Ye, *Lohika* [Logic] (Kyiv, Tsentr uchbovoi literatury, 2017) 424 [in Ukrainian].

67. Pohoretskyi M A, *Funktsionalne pryznachennia operatyvno-rozshukovoi diialnosti u kryminalnomu protsesi* [Functional assignment of investigative activity in the criminal process] (Kharkiv, Arsis LTD, 2007) 460–497 [in Ukrainian].

68. Pohoretskyi M A, Serhieieva D B, *Nehlasni slidchi (rozshukovi) dii ta operatyvno-rozshukovi zakhody: poniattia, sutnist i spivvidnoshennia* [Covert investigative (research) actions and operational-research measures: concept, essence and relationship] (2014) 2 (33) *Borotba z orhanizovanoi zlochynnistiu i koruptsiieiu (teoriia i praktyka)* 137–141 [in Ukrainian].

69. Pohoretskyi M, *Spivvidnoshennia dzherel faktychnykh danykh v operatyvno-rozshukovii diialnosti ta kryminalnomu protsesu i dzherel kryminalno-protsesualnykh dokaziv* [Correlation of sources of factual data in investigative activities and criminal proceedings and sources of criminal procedural evidence] (Mizhnarodna politseiska entsyklopediia: u 10 t. T.VI: Operatyvno-rozshukova diialnist polit sii (milit sii) / red. V V Kovalenko, Ye V Moiseiev, V Ya Tatsii, Yu S Shemshuchenko (Kyiv, Atika, 2010) 937–939 [in Ukrainian].

70. Pohoretskyi M A, Yanovska O H, *Advokatura Ukrainy* [Bar of Ukraine] (Kyiv, Yurinkom Inter, 2014) 247–368 [in Ukrainian].

71. Pohoretskyi M A, Polovyi O L, Yanovska O H, *Harantii suddivskoi nezalezhnosti pry prytiakhenni suddiv do yurydychnoi vidpovidalnosti* [Guarantees of judicial independence in bringing judges to legal responsibility] (Kyiv, VD «Dakor», 2014) 308 [in Ukrainian].

72. *Zakon Ukrainy «Pro advokaturu ta advokatsku diialnist»: nauково-praktychnyi komentar* [Law of Ukraine «On Advocacy and Advocacy»] / Pohoretskyi M A, Khotynska-Nor O Z, Yanovska O H ta in.; za red. M A Pohoretskoho (Kyiv, Alerta, 2019) 14–668 [in Ukrainian].

73. Popeliushko V O, *Funktsiia zakhystu v kryminalnomu sudochynstvi Ukrainy: pravovi, teoretychni ta prykladni problemy* [The function of protection in criminal justice of Ukraine: legal, theoretical and applied problems] (Ostroh, 2009) 634 [in Ukrainian].

74. Starenkyi O S, *Kryminalni protsesualni harantii zakhysnyka yak sub'iekt dokazuvannia u dosudovomu rozsliduvanni: teoriia ta praktyka* [Criminal procedural guarantees of the defense attorney as a subject of evidence in the pre-trial investigation: theory and practice] / za red. M A Pohoretskoho (Kyiv, Alerta, 2016) 127–336 [in Ukrainian].

75. *Vykorystannia v kryminalnomu provadzhenni vidomosti, otrymanykh u rezultati nehlasnykh slidchykh (rozshukovykh) dii: nauково-metodychni rekomendatsii dlia pidrozdiliv Natsionalnoi polit sii Ukrainy* [Use in

criminal proceedings of information obtained as a result of secret investigative (search) actions] / M S Tsutskiridze, O V Martovytska, V V Romaniuk, V V Burlaka ta in. (Kharkiv, Kharkivskiy nats. un-t vnutr. sprav, 2022) 82 [in Ukrainian].

76. Yanovska O H, *Kontseptualni zasady funktsionuvannia i rozvytku zmahalnoho kryminalnoho sudochynstva* [Conceptual principles of functioning and development of adversarial criminal justice] (Kyiv, 2011) 303 [in Ukrainian].

DISSERTATIONS

77. Kucher O V, Uchast zakhysnyka u kryminalnykh provadzhenniakh pro zlochyny u sferi sluzhbovoi diialnosti [Participation of the defender in criminal proceedings on crimes in the field of official activity] (dys. ... kand. yuryd. nauk za spetsialnistiu 12.00.09. Kharkiv, 2021) 111–116 [in Ukrainian].

78. Malanchuk P M, Funktsiia zakhystu v kryminalnomu protsesi Ukrainy [The function of protection in the criminal process of Ukraine] (dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.09. Kyiv, 2007) 201 [in Ukrainian].

79. Masliuk O V, Protsesualna diialnist zakhysnyka zi sprostuvannia pidozry (obvynuvachennia) [Procedural activity of the defense attorney to refute the suspicion (accusation)] (dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.09. Lviv, 2017) 143–217 [in Ukrainian].

CONFERENCE PAPERS

80. Pohoretskyi M A, Zakhysnyk – sub'iekt dokazuvannia u kryminalnomu protsesi [The defender is the subject of evidence in the criminal process] *Orhanizatsiia advokatury i nadання pravovoi dopomohy v demokratychnomu suspilstvi: dopovidi uchashnykiv mizhn. nauk.–prakt. konf. (18–19 zhovt. 2002 r., IA pry KU im. T. Shevchenka, Kyiv) (Kyiv, 2002) 27–30 [in Ukrainian].*

81. Pohoretskyi M A, Nehlasni slidchi dii v proekti novoho KPK Ukrainy [Covert investigative actions in the draft of the new CPC of Ukraine] *Stanovlennia systemy nehlasnoho rozsliduvannia u kryminalno-protsesualnomu zakonodavstvi Ukrainy: materialy kruhloho stolu (Kyiv, KNUVS, 7 zhovtnia, 2011 r.) (Kyiv, FOP O S Lipkan) 160–161 [in Ukrainian].*

82. Pohoretskyi M A, Zakhysnyk – sub'iekt dokazuvannia na dosudovomu provadzhenni za chynnym KPK Ukrainy: problemni pytannia [The defender is the subject of evidence in pre-trial proceedings under the current Code of Criminal Procedure of Ukraine: problematic issues] *Aktualni pytannia derzhavotvorennia v Ukraini: materialy mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii (m. Kyiv, 23 travnia 2014 r.) (Kyiv, Print-Servis, 2014) 480–482 [in Ukrainian].*

83. Pohoretskyi M A, Suchasni kontseptsii kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia [Modern concepts of criminal procedural evidence] *Suchasni tendentsii rozvytku kryminalistyky ta kryminalnoho protsesu: tezy dop. mizhnar. nauk.–prakt. konf. do 100-richchia vid dnia narodzhennia prof. M. V. Saltevs'koho (m. Kharkiv, 8 lystop. 2017 r.) (Kharkiv, Nats. un-t vnutr. sprav, 2017) 309–312 [in Ukrainian].*

84. Pohoretskyi M A, Problemni pytannia obshuku osoby [Problematic issues of searching a person] *Aktualni pytannia kryminalnoho protsesu, kryminalistyky ta sudovoi ekspertyzy: materialy mizhvidom. nauk.–prakt. konf. (m. Kyiv, 24 lystop. 2017 r.): u 2 ch. / red. V V Cherniey, S S Cherniavskyi, L D Udalova ta in. (Kyiv, Nats. akad. vnutr. sprav, 2017) 182–184 [in Ukrainian].*

85. Pohoretskyi M A, Problemni pytannia prytiakhennia do kryminalnoi vidpovidalnosti narodnoho deputata Ukrainy [Problematic issues of bringing a People's Deputy of Ukraine to criminal responsibility] *Aktualni problemy udoskonalennia kryminalnoho protsesualnoho zakonodavstva: materialy Vseukrainskoi naukovo-praktychnoi konferentsii, prysviachenoї do 70-richchia d.yu.n., profesora Yurii Pavlovycha Alenina (m. Odesa, 21 kvitnia 2017 r.) / za red. H O Ulianovoi, I V Hloviuk (Nats. un-t «Odes. yuryd. akad.» ta in.) (Odesa, Yurydychna literatura, 2017) 32–36 [in Ukrainian].*

86. Pohoretskyi M A, Kontseptsii kryminalnoho protsesualnoho dokazuvannia [Concepts of criminal procedural evidence] *Suchasni kontseptsii dokazuvannia i dokaziv u yurydychnomu protsesi krain blyzhnogo zarubizhzhia ta yikh vplyv na formuvannia yedynoi sudovoi praktyky: materialy nauk.–metodoloh. seminaru (m. Kyiv, 16 lystop. 2012 r.) / M Ye Shumylo (Kharkiv, Pravo, 2020) 20–29 [in Ukrainian].*

WEBSITES

87. Pronykennia do zhytla chy inshoho voloddinnia osoby [Penetration into a person's home or other property] <https://protocol.ua/ru/kriminalniy_protsesualniy_kodeks_ukraini_stattya_233/> data zvernennia 15.09.2023 [in Ukrainian].

Baidyk O. A.

Postgraduate student of the Department
of Criminal Procedure
of the National Academy of Internal Affairs
ORCID ID: 0009-0008-0114-6745

DOI: <https://doi.org/10.17721/2413-5372.2023.3-4/223-243>

PARTICIPATION OF THE DEFENSE COUNSEL IN CONDUCTING INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS AND COVERT INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS DURING THE PRE-TRIAL INVESTIGATION: SOME PROBLEMATIC ISSUES

Abstract. *The article examines the problematic issues of defense counsel's participation in conducting investigative (detective) actions and covert investigative (detective) actions during pre-trial investigation.*

The purpose of the article *is to study certain problems of defense counsel's participation in investigative (detective) actions and covert investigative (detective) actions during pre-trial investigation and to provide scientific proposals for their solution.*

The author emphasizes that the current CPC of Ukraine has significantly strengthened the adversarial principles of pre-trial proceedings by providing defense counsel, as a subject of proof, with certain guarantees of his/her professional activities when using such means of proof as investigative (detective) actions and covert investigative (detective) actions.

The author proves that the following guarantees of the defense counsel as a subject of proof during investigative (detective) actions in pre-trial investigation are granting the defense counsel the right to apply to the investigating judge with a petition for conducting investigative (detective) actions; assigning to the defense counsel the right to provide brief consultations during the conduct of investigative (detective) actions on his/her own initiative or at the request of the suspect; mandatory participation of the defense counsel by the investigator, prosecutor, at the request of the person whose premises are searched; regulatory definition of the obligation to indicate in the protocols of investigative (detective) actions: the date, time of the beginning and end of the investigative (detective) actions, an indication of the need to explain the rights and obligations of the participants in the investigative (detective) actions, information on the presence or absence of annexes to the protocol; recognition of evidence as inadmissible if it was obtained during the conduct of investigative (detective) actions with a significant violation of the procedure for their conduct.

It is noted that the criminal procedural guarantees of defense counsel as a subject of proof during covert investigative (detective) actions in pre-trial investigation are as follows granting the defense counsel the right to apply to the investigating judge with a petition for covert investigative (detective) actions; assigning to the investigating judge the obligation to take a receipt from the defense counsel as the initiator of covert investigative (detective) actions on non-disclosure of the fact of their conduct; assigning to the investigating judge the obligation to decide on familiarizing the defense counsel with the results of covert investigative (detective) actions conducted on his or her initiative; lifting the classification of covert investigative (detective) actions, procedural decisions on the basis of which covert investigative (detective) actions were conducted, after the relevant covert investigative (detective) actions are conducted or before the criminal proceedings are disclosed to the other party.

The author substantiates that the criminal procedural guarantees available to defense counsel as a subject of proof in the current CPC of Ukraine are not sufficient for the effective use of such efficient and effective means of gathering evidence in criminal proceedings at the pre-trial stage as investigative (detective) actions and covert investigative (detective) actions. Therefore, in order to strengthen the adversarial principles in pre-trial proceedings and to enhance the guarantees of protection of the rights and freedoms of participants to criminal proceedings at the pre-trial investigation, it is advisable to introduce the institute of attorney's investigation into the current CPC of Ukraine.

Keywords: *defense counsel, investigative (detective) actions, covert investigative (detective) actions, pre-trial proceedings, proof, criminal procedural guarantees.*