

УДК 343.132
DOI <https://doi.org/10.32782/pyuv.v3.2022.24>

О. О. Торбас
orcid.org/0000-0002-1465-4238
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри кримінального процесу,
детективної та оперативно-розшукової діяльності
Національного університету «Одеська юридична академія»

А. В. Чебанов
orcid.org/0000-0002-3323-0262
прокурор другого відділу процесуального керівництва
при провадженні досудового розслідування територіальними органами поліції
та підтримання публічного обвинувачення
Управління нагляду за додержанням законів
Національною поліцією України та органами,
які ведуть боротьбу з організованою та транснаціональною злочинністю
Одеської обласної прокуратури

ОСОБЛИВОСТІ САНКЦІОНУВАННЯ КОНТРОЛЮ ЗА ВЧИНЕННЯМ ЗЛОЧИНУ ЩОДО СУДДІВ ТА АДВОКАТІВ

Відповідно до ст. 2 КПК України, до завдань кримінального провадження відносяться захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. Виконання цих завдань покладається на відповідних учасників кримінального провадження, які, реалізуючи владні повноваження, повинні забезпечити не лише дієвість та ефективність кримінального провадження, а і гарантувати необхідний обсяг прав іншим учасникам процесу. Така діяльність уповноважених посадових осіб нерозривно пов'язана з дотриманням норм кримінального процесуального законодавства, адже, відповідно до ч. 1 ст. 9 КПК України, під час кримінального провадження суд, слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, інші службові особи органів державної влади зобов'язані неухильно додержуватися вимог Конституції України, КПК України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, вимог інших актів законодавства. Проте можливість досягнення завдань кримінального провадження в першу чергу залежить від якості самого кримінального процесуального законодавства, адже можливість подвійного тлумачення

норм права може стати причиною зловживань з боку правоохоронних органів. При цьому галузь кримінального процесу особливо вразлива з точки зору низької якості законодавства, адже для розслідування, розгляду та вирішення кримінальних правопорушень допускається часткове обмеження прав та свобод учасників кримінального провадження в межах, чітко визначених законом.

Аналізуючи заходи, які можуть обмежувати конституційні права особи в кримінальному процесі, в першу чергу необхідно виділити саме негласні слідчі (розшукові) дії, які є проявом виключних засобів кримінального процесуального впливу для отримання доказів при розслідуванні кримінальних правопорушень. У зв'язку з цим, законодавець визначив додаткові вимоги до їх проведення, не допускаючи при цьому зловживань з боку правоохоронних органів. В той же час, відповідно до ч. 2 ст. 10 КПК України, певні категорії осіб у кримінальному провадженні користуються додатковими гарантіями. Це може бути пов'язано або з їх вразливим статусом (неповнолітні, особи з розумовими чи фізичними вадами тощо), або з їх професійною діяльністю (судді, адвокати та інші). Власне такі особи користуються додатковими процесуальними гарантіями, про що зазначено в Главі 37 КПК України та інших нормативно-правових актах. Однак в окремих випадках кримінальне процесуальне законодавство не чітко регулює порядок проведення окремих процесуальних дій, що викликає певні труднощі на практиці. В даному випадку мова йде про порядок санкціонування такої НСРД як контроль за вчиненням злочину щодо окремої категорії осіб.

В першу чергу необхідно зауважити, що на відміну від переважної більшості НСРД, контроль

за вчиненням злочину проводиться на підставі постанови прокурора, а не ухвали слідчого судді. Законодавець не надав роз'яснень, чому саме ця негласна слідча (розшукова) дія санкціонується не слідчим суддею, а саме прокурором. На перший погляд можна дійти висновку, що контроль за вчиненням злочину в меншій мірі обмежує права людини, ніж інші НСРД, які для проведення вимагають ухвали слідчого судді суду апеляційної інстанції. Ми вважаємо такий висновок хибним, адже порядок санкціонування не може бути індикатором ступеня втручання в права та свободи учасників кримінального провадження. Відповідно до ч. 2 ст. 246 КПК України, НСРД проводяться у випадку, коли отримати докази в кримінальному провадженні в інший спосіб неможливо. Ця умова відноситься до всіх видів НСРД, а отже особлива увага повинна приділятися кожній негласній слідчій (розшуковій) дії незалежно від порядку її санкціонування. Ми вважаємо, що порядок санкціонування контролю за вчиненням злочину в першу чергу пов'язаний зі специфікою самої слідчої дії, адже для оцінки підстав та для планування проведення контролю за вчиненням злочину необхідно досконало знати матеріали кримінального провадження, які на момент санкціонування наявні у слідчого. Крім того, інколи контроль за вчиненням злочину має проводитись максимально оперативно, адже, наприклад, імітування обстановки вчинення злочину може залежати від об'єктивних факторів чи поведінки осіб, відносно яких такі дії мають проводитись. Саме тому законодавець надав можливість прокурору-процесуальному керівнику санкціонувати дану негласну слідчу (розшукову) дію. В той же час такий порядок санкціонування став причиною труднощів при тлумаченні окремих положень кримінального процесуального законодавства, які стосуються здійснення досудового розслідування відносно окремої категорії осіб.

В першу чергу необхідно зазначити, що в Главі 37 КПК України не містяться правила проведення НСРД відносно окремої категорії осіб, тому для оцінки даної процедури необхідно звернутися до інших нормативно-правових актів. Так, відповідно до ч. 9 ст. 49 ЗУ «Про судоустрій та статус суддів», проведення стосовно судді оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, що можуть проводитись лише з дозволу суду, здійснюється на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора або його заступника, керівника обласної прокуратури або його заступника [1]. Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 23 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», проведення стосовно адвоката оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, що можуть проводитись виключно з дозволу суду, здійснюється на підставі судового рішення, ухваленого за кло-

потанням Генерального прокурора, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя [2]. З урахуванням того, що майже всі НСРД проводяться на підставі ухвали слідчого судді, дані положення мають застосовуватися при санкціонуванні проведення відповідних негласних слідчих (розшукових) дій. Питання виникає в іншому: чи потрібно застосовувати положення ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» та ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» при санкціонуванні контролю за вчиненням злочину відносно таких осіб?

Якщо аналізувати зазначені положення чинного законодавства, то можна дійти висновку, що контроль за вчиненням злочину може санкціонувати прокурор-процесуальний керівник без залучення Генерального прокурора, його заступників, керівника обласної прокуратури тощо. Дійсно, в законах «Про судоустрій і статус суддів» та «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» мова ведеться лише про ті процесуальні дії, проведення яких допускається за дозволом суду.

Разом з тим, кожен розуміє, що визначення окремої процедури прийняття рішення про проведення НСРД відносно окремої категорії осіб передбачено з метою надання додаткових гарантій їх професійної діяльності. Саме з такої точки зору необхідно тлумачити вимоги процесуального закону при вирішенні питання про проведення НСРД щодо зазначеної категорії осіб. В контексті вищезазначеного, прокурору – процесуальному керівнику у кримінальних провадженнях щодо окремої категорії осіб, необхідно вирішити складне питання. З одного боку, якщо діючим кримінальним процесуальним законодавством прямо не передбачено можливість прийняття рішення про проведення контролю за вчиненням злочину прокурорами вищого рівня (Генеральний прокурор, його заступники, керівник обласної прокуратури тощо) такі процесуальні рішення будуть прийняті без передбачених законом повноважень, а отже докази отримані в такий спосіб є недопустимими. З іншого боку, контроль за вчиненням злочину суттєво обмежує права людини, чим не відрізняється від інших НСРД, проведення яких здійснюється за клопотанням окремої категорії посадових осіб (Генеральний прокурор, його заступники, керівник обласної прокуратури тощо).

Не є однозначною і судова практика. Так, в кримінальному провадженні щодо вчинення суддею злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК України, рішення про проведення контролю за вчиненням злочину відносно судді прийняв заступник Генерального прокурора – керівник САП. Аналізуючи процедуру санкціонування НСРД в даному провадженні, Вищий антикорупційний суд зазначив, що «з огляду на суддівський імунітет одного з обви-

нувачених контроль на етапі ініціювання надання дозволу на проведення щодо нього НС(Р)Д (проведення яких здійснюється з дозволу слідчого судді) та санкціонування проведення дій, що імітують злочинну поведінку, здійснювався заступником Генерального прокурора – керівником САП, а в частині надання дозволу на інші НС(Р)Д, забезпечувався слідчим суддею. Водночас, процедура надання дозволу на проведення НС(Р)Д була зрозумілою та передбачуваною, застосування таких заходів повністю ґрунтувалось на нормах КПК і переслідувало легітимну мету» [3]. В той же час в іншому кримінальному провадженні щодо вчинення суддею злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК України, рішення про проведення контролю за вчиненням злочину прийняв прокурор – процесуальний керівник, з приводу чого Вищий антикорупційний суд зазначив, що «з огляду на суддівський імунітет обвинуваченого контроль на етапі ініціювання надання дозволу на проведення щодо нього НС(Р)Д (проведення яких здійснюється з дозволу слідчого судді) та санкціонування проведення дій, що імітують злочинну поведінку, здійснювався заступником Генерального прокурора – керівником САП і прокурором у кримінальному провадженні відповідно, а в частині надання дозволу на проведення аудіо- та відеоконтролю особи забезпечувався слідчим суддею. Водночас процедура надання дозволу на проведення НС(Р)Д була зрозумілою та передбачуваною, застосування таких заходів повністю ґрунтувалось на нормах КПК і переслідувало легітимну мету» [4]. Таким чином можна констатувати, що на даний момент судова практика не має чіткої відповіді на питання, хто саме має санкціонувати контроль за вчиненням злочину відносно окремої категорії осіб. Тому необхідно проаналізувати власне мету диференціації кримінальної процесуальної форми щодо окремої категорії осіб.

Як вже було зазначено, специфічний порядок здійснення кримінального провадження в першу чергу направлений на створення додаткових гарантій для осіб, які перебувають в особливому становищі або користуються спеціальним імунітетом. Власне, в цьому і полягає основна мета ускладнення кримінальної процесуальної форми – гарантування того, що кримінальне переслідування в цілому або окремі процесуальні дії не будуть використані як засіб неправомірного впливу на осіб, які в силу свого становища чи професії (народні депутати, судді, адвокати та інші) є вкрай вразливими для такого впливу. Власне обов'язок погоджувати клопотання про проведення НСРД з Генеральним прокурором або його заступниками направлений не стільки на забезпечення контролю з боку Офісу Генерального прокурора, скільки на посилення контролю з боку самого процесуального керівника, який повинен

бути повністю впевнений у необхідності та законності проведення відповідних НСРД перед тим, як ініціювати це питання перед прокурорами вищого рівня. Дійсно, вже згадані положення ЗУ «Про судоустрій та статус суддів» та ЗУ «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» покладають обов'язок звертатися до прокурора вищого рівня лише при наступному зверненні з відповідним клопотанням до слідчого судді. А так як дізнавач, слідчий та прокурор мають чітко виконувати вимоги закону, то можна дійти висновку, що контроль з вчиненням злочину під таку вимогу не підпадає. Проте такий висновок впливає з буквального тлумачення положень відповідного законодавства, що, на нашу думку, в даному випадку є дещо некоректним. Більш правильним буде не буквальне тлумачення норм закону, а розуміння сутності імунітету окремих учасників кримінального провадження. Задля гарантування всіх прав, передбачених Конституцією України, працівникам правоохоронних органів в даному випадку доцільним буде розширити перелік НСРД, які потребують санкціонування прокурора вищого рівня, і додати туди також контроль за вчиненням злочину. Таке рішення в подальшому дозволить уникнути низки негативних наслідків під час оцінки доказів в судовому засіданні.

Таким чином можна зробити наступні **висновки**:

1. Положення ЗУ «Про судоустрій та статус суддів» та ЗУ «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» потребують як найшвидшої зміни з метою чіткого унормування процедури прийняття рішення про проведення негласної слідчої (розшукової) дії у вигляді контролю за вчиненням злочину відносно окремої категорії осіб.

2. Поки законодавець не визначиться із належною процедурою проведення контролю за вчиненням злочину щодо суддів та адвокатів пропонуємо включати до груп прокурорів у кримінальному провадженні прокурорів вищого рівня (Генеральний прокурор, його заступники, керівник обласної прокуратури тощо), які прийматимуть рішення про проведення контролю за вчиненням злочину щодо окремої категорії осіб. Хоча такий порядок погодження є більш складним та вимагатиме більше часу, саме такий спосіб надасть можливість уникнути будь-яких претензій зі сторони захисту щодо обмеження суддівського та адвокатського імунітету в кримінальному провадженні.

Література

1. Закон України «Про судоустрій і статус суддів». *Відомості Верховної Ради (ВВР)*, 2016. № 31, ст. 545. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення 09.08.2022).
2. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», *Відомості Верховної Ради (ВВР)*, 2013. № 27, ст. 282. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення 09.08.2022).

3. Вирок Вищого антикорупційного суду від 03.02.2022 року, провадження № 1-кп/4910/12/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102951372> (дата звернення 09.08.2022).

4. Вирок Вищого антикорупційного суду від 04.02.2022 року, провадження № 1-кп/991/190/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102970928> (дата звернення 09.08.2022).

Анотація

Торбас О. О., Чебанов А. В. Особливості санкціонування контролю за вчиненням злочину щодо суддів та адвокатів. – Стаття.

У статті автори аналізують специфіку санкціонування контролю за вчиненням злочину щодо суддів та адвокатів. В статті автори зазначають, що якщо діючим кримінальним процесуальним законодавством прямо не передбачено можливість прийняття рішення про проведення контролю за вчиненням злочину прокурорами вищого рівня (Генеральний прокурор, його заступники, керівник обласної прокуратури тощо) такі процесуальні рішення будуть прийняті без передбачених законом повноважень, а отже докази отримані в такий спосіб є недопустимими. З іншого боку, контроль за вчиненням злочину суттєво обмежує права людини, чим не відрізняється від інших НСРД, проведення яких здійснюється за клопотанням окремої категорії посадових осіб (Генеральний прокурор, його заступники, керівник обласної прокуратури тощо). Науковці стверджують, що специфічний порядок здійснення кримінального провадження в першу чергу направлений на створення додаткових гарантій для осіб, які перебувають в особливому становищі або користуються спеціальним імунітетом. Власне, в цьому і полягає основна мета ускладнення кримінальної процесуальної форми – гарантування того, що кримінальне переслідування в цілому або окремі процесуальні дії не будуть використані як засіб неправомірного впливу на осіб, які в силу свого становища чи професії (народні депутати, судді, адвокати та інші) є вкрай вразливими для такого впливу. Власне обов'язок погоджувати клопотання про проведення НСРД з Генеральним прокурором або його заступниками направлений не стільки на забезпечення контролю з боку Офісу Генерального прокурора, скільки на посилений контроль з боку самого процесуального керівника, який повинен бути повністю впевнений у необхідності та законності проведення відповідних НСРД перед тим, як ініціювати це питання перед прокурорами вищого рівня. У зв'язку з цим науковці зазначають, що задля гарантування всіх прав, передбачених Конституцією України, працівникам правоохоронних органів в даному випадку доцільним буде розширити перелік НСРД, які потребують санкціонування прокурора вищого рівня, і додати туди

також контроль за вчиненням злочину. Таке рішення в подальшому дозволить уникнути низки негативних наслідків під час оцінки доказів в судовому засіданні.

Ключові слова: контроль за вчиненням злочину, суддя, адвокат.

Summary

Torbac O. O., Chebanov A. V. Peculiarities of sanctioning control over the commission of a crime in relation to judges and lawyers. – Article.

In the article, authors analyze the specifics of sanctioning control over the commission of a crime against judges and lawyers. In the article, authors point out that if the current criminal procedural legislation does not directly provide for the possibility of making a decision to monitor the commission of a crime by high-level prosecutors (General Prosecutor, his deputies, the head of the regional prosecutor's office, etc.), such procedural decisions will be made without the powers provided for by law, and therefore evidence obtained in this way is inadmissible. On the other hand, control over the commission of a crime significantly limits human rights, which is no different from other similar actions, which are carried out at the request of a separate category of officials (General Prosecutor, his deputies, the head of the regional prosecutor's office, etc.). Scientists claim that the specific procedure for carrying out criminal proceedings is primarily aimed at creating additional guarantees for persons who are in a special situation or enjoy special immunity. In fact, this is the main purpose of complicating the criminal procedural form – to guarantee that criminal prosecution in general or individual procedural actions will not be used as a means of undue influence on persons who, by virtue of their position or profession (people's deputies, judges, attorneys and others) are extremely vulnerable to such influence. Actually, the obligation to agree on the request for the hidden investigative actions with the General Prosecutor or his deputies is aimed not so much at ensuring control on the part of the Office of General Prosecutor, but on enhanced control by the procedural manager himself, who must be fully convinced of the necessity and legality of the relevant hidden investigative actions before how to initiate this issue before higher-level prosecutors. In this regard, scientists note that in order to guarantee all the rights provided for by the Constitution of Ukraine, in this case it would be appropriate for law enforcement officers to expand the list of hidden investigative actions, which require the sanction of a higher-level prosecutor, and to add there also control over the commission of a crime. In the future, such a decision will avoid a number of negative consequences during the evaluation of evidence at a court hearing.

Key words: control over the commission of a crime, judge, attorney.