

Шевчук М.І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

ОБСЯГ МАТЕРІАЛІВ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ, ЯКІ ПОВИННА ВІДКРИВАТИ СТОРОНА ОБВИНУВАННЯ НА ЗАВЕРШАЛЬНОМУ ЙОГО ЕТАПІ: АНАЛІЗ ПРАКТИКИ ККС ВС ТА ЄСПЛ

У статті досліджено обсяг матеріалів досудового розслідування, які повинна відкривати сторона обвинувачення стороні захисту на завершальному його етапі, та проаналізовано правові позиції Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) та Верховного Суду (далі – ВС) щодо відкриття стороною обвинувачення матеріалів досудового розслідування на завершальному його етапі.

Встановлено, що проблеми правозастосування обумовлені невірним тлумаченням кримінальних процесуальних норм.

Наголошується, що для реалізації права підозрюваного, його захисника на доступ та ознайомлення з матеріалами досудового розслідування необхідно враховувати положення п. «b» ч. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – КЗПЛ), яким гарантується право кожного обвинуваченого мати достатній час та можливості для підготовки свого захисту.

Встановлено, що ознайомлення з матеріалами, пов'язаними з проведенням негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НС(Р)Д), дозволяє суду та стороні захисту перевірити допустимість доказів, одержаних за їх результатами, а відтак і є однією з гарантій правосуддя та забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого на захист.

У статті обгрунтовано, що невідкриття стороною обвинувачення матеріалів досудового розслідування стороні захисту на завершальному його етапі, в тому числі процесуальних документів, які стали підставою для проведення процесуальних дій (постанова прокурора, ухвала слідчого судді, клопотання, доручення щодо проведення слідчих (розшукових) дій, НС(Р)Д, доручення, постанови керівників органу досудового розслідування, прокуратури про визначення слідчого (групи слідчих) для здійснення досудового розслідування та прокурора (групи прокурорів) для здійснення процесуального керівництва досудовим розслідуванням тощо), є порушенням права на справедливий судовий розгляд та підставою для визнання судом відомостей, що містяться в протоколах процесуальних дій, недопустимими доказами.

Ключові слова: відкриття матеріалів іншій стороні, негласні слідчі (розшукові) дії, Верховний Суд, сторона обвинувачення, сторона захисту.

Постановка проблеми. Відкриття матеріалів сторонами кримінального провадження є гарантією, яка забезпечує реалізацію права на захист, права на оскарження рішень, дій чи бездіяльності, засад змагальності та рівноправності сторін, презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини, справедливості судового розгляду. Адже сторона захисту, потерпілий, реалізуючи право на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування, в порядку, передбаченому ст. 290 КПК України, отримує можливість виявити якими аргументами буде оперувати сторона обвинувачення в суді, оцінити законність прийнятого стороною обвинувачення рішення про достатність доказів для звернення до суду з обвинувальним

актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, виявити прогалини у доказовій базі, оцінити докази під кутом зору належності, допустимості та достовірності і на цій основі сформулювати свою процесуальну позицію. Саме тому законодавець, розуміючи важливість інституту відкриття матеріалів іншій стороні, передбачив у ч. 12 ст. 290 КПК України процесуальну санкцію, згідно з якою якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень цієї статті, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази.

Закріплена у КПК України процедура відкриття матеріалів іншій стороні є, м'яко кажучи, не без-

доганною. Як показує правозастосовна практика, сторони кримінального провадження постійно стикаються з проблемами у процесі застосування ст. 290 КПК України. У цьому зв'язку спробуємо знайти шляхи їх вирішення на основі аналізу норм чинного кримінального процесуального законодавства України, міжнародно-правових актів та правозастосовної практики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій.

Окремі аспекти відкриття матеріалів кримінального провадження досліджували Ю. П. Аленін, І. В. Басиста, Н. Л. Боржецька, І. В. Глов'юк, Ю. М. Грошевий, В. Г. Дрозд, О. В. Капліна, В. Т. Малярєнко, О. О. Мохонько, М. А. Маркуш, Н. М. Обрізан, В. О. Попелюшко, В. В. Рогальська, О. Ю. Татаров, О. О. Торбас, С. Б. Фомін, Б. І. Яворський та інші науковці. Проте, як свідчить аналіз практики ВС та норм чинного кримінального процесуального законодавства, окремі питання відкриття матеріалів іншій стороні викликають труднощі у їх вирішенні у правозастосуванні.

Постановка завдання. Метою статті є визначення обсягу матеріалів досудового розслідування, які повинна відкривати сторона обвинувачення на завершальному його етапі, аналіз практики ЄСПЛ та ВС щодо вирішення цього питання, виявлення та вирішення проблем, які виникають у правозастосовній практиці.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч.ч. 2, 3 ст. 290 КПК України прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання. Положення про надання стороною обвинувачення для ознайомлення доказів, які можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого є одним із проявів реалізації принципу сприяння захисту (*favor defensionis*).

З метою імплементації правових позицій ЄСПЛ в норми чинного кримінального процесуального законодавства України законодавець поклав на сторону обвинувачення обов'язок надавати доступ стороні захисту як до обвинувальних, так і до виправдувальних доказів. У питаннях розкриття доказів ЄСПЛ виходить з деяких загальних правил: докази (обвинувальні та виправдувальні) повинні бути відомі захисту, будь-які

обмеження захисту на доступ до них повинні бути мінімальними, суворо необхідними в рамках того суспільного інтересу, який такі обмеження переслідує. Адже у системах, в яких органи прокуратури зобов'язані відповідно до закону враховувати факти на користь і проти підозрюваного – процедура, відповідно до якої органи прокуратури самостійно намагаються оцінити, що може мати або не матиме значення для справи, без будь-яких наступних процесуальних гарантій прав захисту, не може відповідати вимогам статті 6 Конвенції (рішення ЄСПЛ у справі «Матановіч проти Хорватії» від 04 квітня 2017 року).

Згідно зі ч. 3 ст. 290 КПК України прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ та можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них, а також надати доступ до приміщення або місця, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем держави, і прокурор має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді.

Із наведених вище положень слідує, що за наявності наміру прокурора використати будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них як докази у суді, він має обов'язок (чи слідчий за його дорученням) надати до них доступ іншій стороні.

Хоч ЄСПЛ у багатьох своїх рішеннях і підкреслює, що важливими гарантіями справедливого судового розгляду є необмежений доступ до матеріалів справи та необмежене використання будь-яких приміток, включаючи за необхідності можливість отримання копій відповідних документів, при цьому таке обмеження викликає порушення принципу рівності сторін, що як наслідок тягне за собою порушення принципу пропорційності (рішення ЄСПЛ у справі «М проти Нідерландів» від 25 липня 2017 р.).

Проте право на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування не є абсолютним (рішення ЄСПЛ у справі «Матановіч проти Хорватії» від 04 квітня 2017 року). У деяких випадках може виникнути необхідність не розкривати певних доказів стороні захисту з метою забезпечення основних прав інших осіб або захисту важливих суспільних інтересів. Адже їхнє життя, свобода чи безпека також можуть бути поставлені під загрозу У будь-якій ситуації відмова розкрити інформацію повинна бути строго необхідною і порівнюватися з дотриманням прав тієї сторони, чиї інтереси вона зачіпає (рішення ЄСПЛ у справах «Дорсон проти Нідерландів» від

26 березня 1996 року, «Джаспер проти Сполученого Королівства» від 16 лютого 2000 року, «Мірілашвілі проти Росії» від 11 грудня 2008 р., «Леас проти Естонії» від 06 березня 2012 року, «Якуб проти України» від 12 лютого 2019 року).

Подібні обмеження закріплені і у Конституції України, відповідно до положень якої, кожний громадянин має право знайомитися в органах державної влади, установах і організаціях з відомостями про себе, які не є державною або іншою захищеною законом таємницею. Обмеження даного права становлять відомості, що стосуються: основ національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку; запобігання масовим заворушенням або злочинам; охорони здоров'я населення; захисту репутації або прав інших людей; запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету й неупередженості правосуддя (ст.ст. 32, 34 Конституції України).

Саме тому законодавець у КПК України і закріпив винятки з права на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування, а саме: матеріали, які стосуються застосування заходів безпеки (ч. 3 ст. 317 КПК); матеріали відеозаписів, фотознімки, які були зроблені в ході освідчування особи, демонстрація яких може розглядатись як образлива для освідчуваної особи (ч. 4 ст. 241 КПК); матеріали, які містять відомості, розголошення яких на стадії досудового розслідування створює загрозу національним інтересам та безпеці; матеріали, які містять державну таємницю, якщо особа не має доступу до неї (ч. 4 ст. 517 КПК).

У ч. 12 ст. 290 КПК України міститься процесуальна санкція за невиконання сторонами обов'язку щодо відкриття матеріалів в порядку ст. 290 КПК України. Згідно з вказаною статтею, якщо сторона кримінального провадження не здійснить відкриття матеріалів відповідно до положень ст. 290 КПК України, суд не має права допустити відомості, що містяться в них, як докази. Слід звернути увагу на те, що законодавець у КПК України не закліплює будь-яких інших винятків з цього загального правила, окрім тих, які були розглянуті вище (ч. 4 ст. 241, ч. 3 ст. 317, ч. 4 ст. 517 КПК).

Також законодавець покладає обов'язок на сторони здійснювати відкриття одна одній додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду (ч. 11 ст. 290 КПК). При цьому, важливо звернути увагу, що даний обов'язок виникає у сторін лише у випадку, якщо додаткові матеріали були отримані сторонами кримінального провадження після закінчення досудового роз-

слідування. Прикладом додаткових матеріалів, які отримані у стадії судового провадження, є матеріали отримані сторонами в результаті тимчасового доступу до речей та документів на підставі ухвали суду (ч. 2 ст. 333 КПК), за результатами проведення слідчих (розшукових) дій за дорученням суду (ч. 3 ст. 333 КПК), в результаті адвокатського запиту, надісланого стороною захисту після закінчення досудового розслідування тощо.

Ухвали слідчого судді, постанови, доручення, клопотання слідчого, прокурора, дізнавача, доручення, постанови керівників органу досудового розслідування, прокуратури, яких не було відкрито стороні захисту до моменту звернення до суду з обвинувальним актом, не охоплюються поняттям додаткові матеріали в значенні ч. 11 ст. 290 КПК України.

Необхідно зауважити, що доволі поширеною на практиці є ситуація, коли сторона обвинувачення на етапі відкриття матеріалів надає для ознайомлення стороні захисту не весь обсяг матеріалів досудового розслідування і вподальшому у стадії судового провадження всупереч положенню ч. 12 ст. 290 КПК України намагається використати відомості, які містяться у невідкритих матеріалах, як докази. Щодо судової практики, то з'явилася тенденція виправдання такої поведінки сторони обвинувачення, яка знаходить своє відображення у рішеннях суду найвищої судової інстанції. Категоричне несприйняття формальної причини для усунення важливих доказів, оцінка процесуальних санкцій за порушення правил відкриття матеріалів як надмірно суворих, поблажливість до сторони обвинувачення чи несхвалення дій обвинуваченого – невідомо, які чинники спонукають судові інстанції до незастосування санкції у випадку несвоєчасного відкриття стороною обвинувачення матеріалів досудового розслідування. Варто навести декілька рішень ВС, в яких він демонструє приклади найрізноманітніших способів обійти пряму і чітку вимогу норми ч. 12 ст. 290 КПК України.

Так, у постанові Великої Палати Верховного Суду (далі – ВП ВС) від 16 січня 2019 р. (справа №751/7557/15-к) ВС зазначив про те, що суд не має допустити відомості, що містяться в процесуальних документах, які не було відкрито стороні захисту, як докази, і такий підхід цілком відповідає нормам ст. 290 КПК України [1]. Проте, дещо пізніше ВП ВС скорегувала свій підхід, сформулювавши у постанові від 16 жовтня 2019 р. (справа №640/6847/15-к) наступну правову позицію: «Якщо сторона обвинувачення під час досу-

дового розслідування своєчасно вжила всіх необхідних і залежних від неї заходів, спрямованих на розсекречення процесуальних документів, які стали підставою для проведення НС(Р)Д, однак такі документи не були розсекречені з причин, що не залежали від волі та процесуальної поведінки прокурора, суд не може автоматично визнавати протоколи НС(Р)Д недопустимими доказами з мотивів невідкриття процесуальних документів, якими санкціоноване їх проведення» [2].

Наведена вище правова позиція ВП ВС не ґрунтується на положеннях кримінального процесуального законодавства України та міжнародно-правових актів з огляду на наступне.

Кримінальний процесуальний закон зобов'язує слідчого, прокурора надати стороні захисту доступ не до окремих процесуальних документів та (або) речей, а до усіх матеріалів, що є у їх розпорядженні. У контексті проведення НС(Р)Д такими матеріалами є: клопотання про дозвіл на проведення НС(Р)Д, постанова прокурора, слідчого або ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення НС(Р)Д, доручення слідчого, прокурора на проведення НС(Р)Д уповноваженому оперативному підрозділу, рішення суб'єктів, вказаних у ч. 5 ст. 246 КПК України, про продовження строку проведення НС(Р)Д, протокол проведення НС(Р)Д та додатки до нього, клопотання прокурора про надання дозволу на передання інформації з одного кримінального провадження в інше, ухвала слідчого судді з дозволом на таке передання інформації, клопотання щодо надання дозволу на використання результатів НС(Р)Д із метою розпочати досудове розслідування, ухвала слідчого судді про надання дозволу на це.

Ознайомлення з матеріалами, пов'язаними з проведенням НС(Р)Д, дозволяє суду та стороні захисту перевірити допустимість доказів, одержаних за їх результатами, а відтак і є однією з гарантій правосуддя та забезпечення права підозрюваного, обвинуваченого на захист.

Саме тому Верховний Суд України ще у постанові від 16 березня 2017 р. (справа № 671/463/15-к) дійшов обґрунтованого висновку про те, що невідкриття матеріалів сторонами одна одній в порядку статті 290 КПК після закінчення досудового розслідування, а також додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду, є підставою для визнання судом відомостей, що містяться у них недопустимими як докази [3]. Ця правова позиція відображена також у постанові ВС від 17 травня 2018 р. (справа №544/673/13-к) [4] та постанові ВП ВС від 16 січня 2019 р. (справа

№751/7557/15) [5]. Тож, судова практика щодо вирішення цього питання була усталеною.

Водночас, у цих судових рішеннях немає відповіді на запитання, чи можуть вважатися допустимими доказами протоколи НС(Р)Д, якщо документи, які були правовою підставою для їх проведення, не були відкриті прокурором у стадії досудового розслідування, але були ним відкриті у стадії судового розгляду?

Видається, при вирішенні питання про допустимість протоколів НС(Р)Д після відкриття прокурором у стадії судового розгляду документів, які є правовою підставою для проведення таких дій, необхідно виходити з того, що стало причиною невідкриття усіх матеріалів, пов'язаних з проведенням НС(Р)Д, у стадії досудового розслідування.

Якщо такою причиною була загроза національним інтересам та безпеці, то прокурор повинен обґрунтувати існування цієї обставини під час досудового розслідування та її відсутність у стадії судового розгляду. У разі неспроможності прокурора на таку аргументацію або її непереконливості, суду належить визнати протоколи НС(Р)Д недопустимими доказами. У випадку непідтвердження прокурором наявності загрози національним інтересам та безпеці як під час досудового провадження, так і впродовж провадження в суді першої інстанції, суд повинен прийняти аналогічне рішення.

Тому, як видається, позиція ВП ВС, сформульована у її постанові від 16 жовтня 2019 р., не відповідає гарантіям справедливого судового розгляду (зокрема, п. б ч. 3 ст. 6 КЗПЛ), як і загальним принципам КЗПЛ. Адже нерозсекречення процесуальних документів, які стали підставою для проведення НС(Р)Д, навіть, якщо вони не були розсекречені з причин, що не залежали від волі та процесуальної поведінки прокурора, не може слугувати виправданням обмеження права сторони захисту на ознайомлення з процесуальними документами, які стали підставою для проведення НС(Р)Д, до початку судового провадження. За винятком випадку, про який зазначено вище. Тобто, якщо таке нерозсекречення матеріалів НС(Р)Д у стадії досудового розслідування зумовлене існуванням загрози національним інтересам та безпеці та існування такої загрози у стадії досудового розслідування доведено прокурором у стадії судового розгляду.

Подолання зазначеної проблеми, пов'язаної з несвоєчасним розсекреченням експертною комісією процесуальних документів, які стали під-

ставою для проведення НС(Р)Д, є завданням держави, оскільки держави-учасниці Ради Європи зобов'язані організовувати свої правові системи таким чином, щоб забезпечити додержання вимог ст. 6 КЗПЛ, разом із вимогою щодо забезпечення підозрюваному достатнього часу і можливостей на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування на завершальному його етапі.

Тобто держава повинна забезпечити такий порядок створення експертної комісії з питань таємниць (якій доручається підготовка рішень про скасування грифів секретності) та організації її діяльності, який забезпечить своєчасний розгляд і вирішення питань, пов'язаних з розсекреченням процесуальних документів, які стали підставою для проведення НС(Р)Д, та не буде обмежувати реалізацію права підозрюваного на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування на завершальному його етапі. А якщо держава не спромоглася цього зробити, то це вподальшому може стати підставою для прийняття ЄСПЛ негативних рішень у справах проти України, в яких завником порушуватиметься питання про порушення його права, гарантованого п. «b» ч. 3 ст. 6 КЗПЛ, з наведених вище причин.

Ще однією дискусійною позицією ВС щодо проблеми невідкриття стороною обвинувачення у стадії досудового розслідування матеріалів, які були правовою підставою для проведення НС(Р)Д, є позиція, викладена у його постанові від 11 лютого 2020 р. (справа № 596/927/17). Згідно з наведеним вище рішенням ВС у судовому засіданні за клопотанням прокурора було досліджено протоколи за результатами проведення НС(Р)Д, однак сторона захисту ініціювала перед судом визнання зазначених доказів недопустимими, оскільки їх було отримано в результаті НС(Р)Д, проведених на підставі матеріалів, які не були відкриті стороні захисту у стадії досудового розслідування. Одразу після цього прокурор вжив заходів для розсекречення вищезазначених матеріалів і намагався відкрити їх захисникам та обвинуваченим під час перерви, оголошеної в судовому засіданні, однак сторона захисту відмовилась від ознайомлення з новими матеріалами, які в тому ж засіданні за клопотанням прокурора дослідив суд.

У даній ситуації суд першої інстанції не визнав недопустими доказами протоколи НС(Р)Д, обґрунтувавши це тим, що «сторона захисту як при закінченні досудового розслідування, так і протягом судового розгляду не наполягала та не вимагала у сторони обвинувачення відкрити їй клопотання слідчого про дозвіл на проведення

НС(Р)Д, ухвали слідчого судді з дозволом на проведення вказаних НС(Р)Д, клопотання прокурора про надання дозволу на передання інформації з одного кримінального провадження в інше та ухвал слідчих суддів із дозволами на таку передачу, хоча не могла не знати, що лише вказані документи надавали підстави для проведення відповідних дій» [6].

Тяжко також погодитися і з позицією ВС, викладеною у постанові від 11 травня 2021 р. (справа №737/838/16-к), в якій ВС зазначив: «Сторона, у володінні якої знаходяться докази, які обґрунтують допустимість інших наданих доказів, приймає рішення про необхідність їх надання суду лише у випадку, якщо допустимість цих доказів обґрунтовано поставлена під сумнів на тих чи інших підставах. У такому разі у сторони, яка надала спірний доказ, виникає обов'язок довести його допустимість (частина 2 статті 92 КПК), надавши інші докази, і, відповідно, як умова надання доказу – обов'язок відкрити їх іншій стороні. У той же час суд, що розглядає справу, має забезпечити стороні можливість підготувати свою позицію щодо наданого доказу, який не був відкритий стороні на більш ранніх стадіях провадження» [7].

У контексті наведених вище дискусійних позицій ВС слід звернути увагу на те, що саме на суд покладено обов'язок здійснювати оцінку та перевірку доказів (в тому числі, отриманих за результатами НС(Р)Д) під кутом зору їх допустимості. У даному випадку мова йде не про можливість суду скористатися правом за його власним розсудом, а саме про обов'язок суду, який покладено на нього законодавцем (ст. 94 КПК). Виконання цього обов'язку судом не може залежати від наявності/відсутності клопотання сторони захисту про визнання доказів недопустимими. Виконанню цього обов'язку суду перешкоджає саме сторона обвинувачення, адже лише наявність у розпорядженні суду матеріалів, які є правовою підставою для проведення НС(Р)Д, дозволяє суду перевірити допустимість доказів, одержаних в результаті НС(Р)Д. За відсутності матеріалів, які були правовою підставою для проведення НС(Р)Д, суд не зможе визначити, чи існували фактичні підстави для проведення НС(Р)Д, чи ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення НС(Р)Д відповідає вимогам законності та обґрунтованості, чи проведені НС(Р)Д належними суб'єктами, в межах встановлених строків і т. д. Адже згідно з п. 1 ч. 2 ст. 87 КПК України під час вирішення питання допустимості доказу суд зобов'язаний встановити не лише

наявність дозволу суду на проведення процесуальної дії, але й з'ясувати дотримання його істотних умов під час її проведення, до яких можна віднести відомості про особу, місце, річ, щодо яких необхідно провести НС(Р)Д, відомості залежно від виду НС(Р)Д про ідентифікаційні ознаки, які дадуть змогу унікально ідентифікувати абонента спостереження, комунікаційну мережу, кінцеве обладнання та інші відомості, зазначенні в ухвалі слідчого судді, які мають принципове значення для оцінки законності та обґрунтованості проведення НС(Р)Д. Проте, ВС вирішив «спростити» роботу суду першої інстанції, усунувши його від виконання цього обов'язку, та виправити помилки сторони обвинувачення «за рахунок» сторони захисту.

Ще однією дискусійною правовою позицією ВС, яка стосується проблеми невідкриття стороною обвинувачення деяких матеріалів стороні захисту у стадії досудового розслідування, є позиція, викладена у його постанові від 19 травня 2020 р. (справа №490/10025/17). У ній ВС зазначив: «Відсутність у матеріалах провадження постанов про призначення слідчих і прокурорів юридично не тягне за собою наслідків у вигляді визнання доказів, які пов'язані з даними документами, недопустимими». Також Верховний Суд у своєму рішенні зазначає про те, що у КПК України відсутнє положення, яке б зобов'язувало керівників органів досудового розслідування та прокуратури приймати рішення про визначення слідчого, прокурора, який буде здійснювати провадження, у формі постанови [8].

Слід зазначити що ця позиція ВС є контраверсійною його позиціям, викладених у його постановах від 19 квітня 2018 р. (справа №754/7062/15-к) [9], від 17 грудня 2019 р. (справа №235/6337/18) [10], від 05 лютого 2020 р. (справа №676/5972/17) [11], від 03 червня 2020 р. (справа №188/1266/18) [12], від 22 лютого 2021 р. (справа № 754/7061/15) [13], в яких ВС зазначав, що рішення керівника відповідного органу про визначення слідчого/прокурора чи групи слідчих/прокурорів у конкретному кримінальному провадженні є процесуальним і має бути винесено у формі постанови. Відсутність постанови про призначення (визначення) прокурора в матеріалах досудового розслідування або її непідписання керівником відповідного органу прокуратури обумовлює недопустимість доказів, зібраних під час досудового розслідування як таких, що зібрані під наглядом і процесуальним керівництвом прокурора (прокурорів), який не мав на те законних повноважень.

Відтак, з позицією ВС, викладеною у постанові від 19 травня 2020 р., навряд чи можна погодитися з огляду на таке.

Перше. Згідно з ч. ч. 1-3 ст. 110 КПК України процесуальними є всі рішення органів досудового розслідування, прокурора. Рішення слідчого, прокурора приймається у формі постанови. Постанова виготовляється на офіційному бланку та підписується службовою особою, яка прийняла відповідне процесуальне рішення (ч. 6 ст.110 КПК). Якщо застосовувати підхід до тлумачення норм КПК України, який застосував у своєму рішенні від 19 травня 2020 р. ВС, то у такому разі зайвим буде винесення прокурором постанови через відсутність прямої вказівки на це в КПК України також і у випадку, коли потрібно скасувати незаконну або необґрунтовану постанову слідчого. Адже в п. 7 ч. 2 ст. 36 КПК України КПК України відсутня пряма вказівка про необхідність винесення постанови прокурором при скасуванні незаконної або необґрунтованої постанови слідчого.

Друге. Підозрюваний, обвинувачений має право на «законного прокурора, слідчого, дізнавача». Порушення цього права відбуватиметься, зокрема, у таких випадках: прокурора (слідчого, дізнавача) призначено на посаду прокурора (слідчого, дізнавача) з порушенням вимог, передбачених законами України; прокурора (слідчого, дізнавача) не визначено для здійснення процесуального керівництва досудовим розслідуванням (досудового розслідування) у межах конкретного кримінального провадження керівником органу прокуратури (керівником органу досудового розслідування, керівником органу дізнання); порушено принцип незмінності прокурора (наприклад, якщо здійснено заміну прокурора за відсутності для цього підстав, передбачених ч. 3 ст. 37 КПК); існують/існували обставини, які виключають участь прокурора (слідчого, дізнавача) у кримінальному провадженні (якщо прокурор (слідчий, дізнавач) не заявили самовідвід або, якщо слідчий суддя, суд у встановленому законом порядку не розглянув заяви про їх відвід (самовідвід), якщо таку було подано) (ст.ст. 77, 81 КПК); прокурор (слідчий, дізнавач) виконує свої функції у провадженні, яке здійснюється з порушенням правил предметної, територіальної чи персональної підслідності (ст.ст. 216, 218 КПК); прокурор (слідчий, дізнавач) не відповідає спеціальним вимогам, що ставляться до прокурора (слідчого, дізнавача), у випадку здійснення кримінального провадження стосовно неповнолітніх осіб (ч. 2

ст. 484 КПК); проведення процесуальних дій прокурором (слідчим, дізнавачем), який знаходиться не при виконанні службових обов'язків (наприклад, у період перебування у відпустці, на лікарняному тощо).

Тож виникає закономірне питання: яким чином сторона захисту може перевірити, чи було їй забезпечено реалізацію права на «законного прокурора, слідчого, дізнавача», якщо в матеріалах кримінального провадження відсутня постанова про призначення прокурора, слідчого, дізнавача? Відповідь очевидна.

Третє. І останнє, на чому вкотре слід наголосити у даному випадку, обов'язок оцінки доказів під кутом зору допустимості згідно з ст. 94 КПК України покладено на суд. Яким чином суд в подальшому зможе переконатися, що досудове розслідування, процесуальне керівництво ним у конкретному провадженні здійснювалося належним суб'єктом, якщо в матеріалах немає постанови про його призначення? Адже витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань не підтверджує існування рішення керівника органу прокуратури, досудового розслідування про призначення прокурора, слідчого, дізнавача в межах конкретного кримінального провадження та відповідно не наділяє їх такими повноваженнями.

Дискусійною видається також і позиція ВС, викладена у його постановках від 11 квітня 2019 р. (справа № 642/5974/13-к) та від 28 травня 2020 р. (справа № 751/9365/15-к). У них ВС зазначив, що доступ до постанови керівника органу досудового розслідування про призначення слідчого для здійснення досудового розслідування та ухвали слідчого судді про надання тимчасового доступу до речей і документів може бути надано стороні захисту й під час судового розгляду.

Проте, надавши стороні захисту право доступу до матеріалів досудового розслідування на його завершальному етапі до направлення обвинувального акту до суду, законодавець прагнув забезпечити можливість для сторони захисту підготуватися до захисту від пред'явленого обвинувачення до початку судового провадження та відповідно розробити стратегію захисту, яка в подальшому буде використана нею у стадії судового провадження.

Дана мета, яку переслідував законодавець у чинному КПК України, зумовлена специфікою провадження саме у стадії досудового розслідування та спрямована на пом'якшення (компенсацію) нерівності, яка існує між сторонами кримінального провадження у стадії досудового

розслідування, адже не викликає заперечень те, що можливості сторони захисту збирати та перевіряти докази у стадії досудового розслідування порівняно зі стороною обвинувачення значно обмежені. Тому законодавець в цьому випадку і застосовує відоме з давніх часів положення «сприяння захисту» (*favor defensionis*).

На ту обставину, що надання доступу до матеріалів на завершальному етапі досудового розслідування є важливою передумовою для підготовки сторони захисту до судового провадження, неодноразово звертав увагу і ЄСПЛ у своїх численних рішеннях. Зокрема, у рішенні у справі «Корнєв і Карпенко проти України» від 21 жовтня 2010 року ЄСПЛ зазначив, що п. «b» ч. 3 ст. 6 КЗПЛ гарантує обвинуваченому мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту, а це означає, що така підготовка охоплює ознайомлення до направлення обвинувального акту до суду з усіма результатами досудового розслідування, які будуть використовуватися стороною обвинувачення на підтвердження винуватості особи в суді. В іншому своєму рішенні ЄСПЛ наголосив, що повага до права на захист вимагає, щоб обмеження доступу обвинувачуваного або його адвоката до суду не перешкоджало тому, щоб докази були доступні обвинуваченому до судового розгляду і обвинувачений отримав можливість прокоментувати їх за допомогою його адвоката в усних заявах (рішення ЄСПЛ у справі «Оджалан проти Туреччини» від 12 травня 2005 року). У своїх численних рішеннях ЄСПЛ також неодноразово зазначав про те, що докази, які стосуються питання про те, яким чином були отримані «прямі» докази не є менш значущими. У змагальному процесі мають розглядатись не лише докази, які безпосередньо стосуються фактів конкретної справи, але й інші докази, які можуть стосуватись допустимості, достовірності та повноти перших (рішення ЄСПЛ у справах «Роу та Дейвіс проти Сполученого Королівства» від 16 лютого 2000 року, «Мірілашвілі проти Росії» від 11 грудня 2008 року, «Леас проти Естонії» від 06 березня 2021 року, «Матановіч проти Хорватії» від 04 квітня 2017 року). Засоби, якими повинен користуватись кожен, кого звинувачено у вчиненні кримінального злочину, включають можливість ознайомитись з усіма результатами розслідувань, проведених протягом провадження, з метою підготовки судового захисту (рішення ЄСПЛ у справі «Фуше проти Франції» від 18 березня 1997 року).

У зв'язку з тим, що стороною обвинувачення не було дотримано зобов'язання ознайомлювати

сторону захисту з доказами обвинувачення до початку здійснення провадження в суді, ЄСПЛ констатував порушення п. «б» ч. 3 ст. 6 КЗПЛ у справах «Фуше проти Франції» від 18 березня 1997 року, «Пелісьє та Сассі проти Фрації» від 25 березня 1999 року, «Куопіла проти Фінляндії» від 27 квітня 2000 року, «Едвардс проти Об'єднаного Королівства» від 27 жовтня 2004 року. Згідно з позицією ЄСПЛ забезпечення стороні захисту можливості ознайомитися з матеріалами справи лише після того, як обвинувальний акт скеровано до суду, коли судові провадження вже розпочате, не є достатнім для відстоювання стороною захисту своєї позиції у кримінальному процесуальному змаганні. За такої розстановки сил, коли стороні обвинувачення відомі всі докази, а сторона захисту не володіє інформацією про них до завершення досудового розслідування, порушується баланс інтересів у кримінальному процесі.

Саме тому цілком закономірно законодавець у чинному КПК України передбачив відповідні процесуальні наслідки у вигляді безумовного визнання доказів недопустимими у тому випадку, якщо сторона обвинувачення зволікає з виконанням вимог законодавства в частині відкриття матеріалів досудового розслідування та надання доступу до них в порядку ст. 290 КПК України.

Але заради справедливості варто ще раз звернути увагу на те, що згідно з позицією ЄСПЛ право на ознайомлення з матеріалами досудового розслідування на завершальному його етапі, гарантоване п. б ч. 3 ст. 6 КЗПЛ, не є абсолютним. Так, у своїх рішеннях у справах «Дорсон проти Нідерландів» від 26 березня 1996, «Леас проти Естонії» від 06 березня 2012 року, «Якуба проти України» від 12 лютого 2019 року ЄСПЛ зазначив, що у деяких випадках може виникати необхідність не розкривати певних доказів стороні захисту з метою забезпечення основних прав інших осіб або захисту важливих суспільних інтересів. Адже їхнє життя, свобода чи безпека також можуть бути поставлені під загрозу.

Втім, на постанову про призначення слідчого/прокурора для здійснення кримінального провадження не поширюються наведені вище обмеження.

Також неможливо не звернути увагу на те, що ключовою відмінністю постанови про призначення слідчого/прокурора, ухвали слідчого судді про тимчасовий доступ до речей та документів від ухвали про дозвіл на проведення НС(Р)Д є те, що постанова про призначення слідчого/прокурора та ухвала про тимчасовий доступ долучаються

стороною обвинувачення до матеріалів досудового розслідування відразу після прийняття відповідного рішення, вони не є секретними, а тому й не потребують розсекречення. З огляду на зазначене, жодних об'єктивних перешкод для надання відповідних рішень на етапі відкриття матеріалів стороні захисту у прокурора існувати не може.

Варто при цьому звернути увагу й на те, що згідно з ч. 3 ст. 309 КПК України процесуальне право сторони захисту подати заперечення на ухвалу про тимчасовий доступ до речей і документів може бути реалізоване нею виключно у стадії підготовчого провадження. У разі невідкриття стороною обвинувачення у стадії досудового розслідування ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів сторона захисту втрачає можливість подати заперечення проти неї у стадії підготовчого провадження, що прямо порушує засади доступу до правосуддя, змагальності, рівності сторін, право на оскарження судового рішення та право на ефективний засіб правового захисту.

Висновки. Підсумовуючи наведене у контексті питання, що розглядається, необхідно ще раз звернути увагу на таке. Відкриття матеріалів досудового розслідування є обов'язком сторони обвинувачення, реалізація якого не може залежати від ініціативи (клопотання) сторони захисту. Прокурор, слідчий за дорученням прокурора зобов'язаний надати доступ до всіх матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, в тому числі до будь-яких доказів, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості, або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання (ч. 2 ст. 290 КПК), зокрема і тих матеріалів, які є у розпорядженні сторони обвинувачення, але не будуть використовуватися нею під час судового розгляду. Винятки з цього загального правила чітко визначені законодавцем у КПК України (ч. 4 ст. 241, ч. 3 ст. 317, ч. 4 ст. 517 КПК). Обов'язок прокурора відкрити усі здобуті в ході досудового розслідування матеріали відповідно до вимог ст. 290 КПК України не може ставитися в залежність від поведінки сторони захисту. А тому ненадання доступу до клопотання, постанови, ухвали про проведення процесуальної дії, постанови про визначення прокурора, дізнавача, слідчого для здійснення конкретного провадження тощо, не викликає необхідності ініціювання стороною захисту надання доступу до них та не покладає на сторону захисту обов'язку вимагати їх відкриття. Сторона обвину-

вачення зобов'язана створити у стадії досудового розслідування необхідні умови для реалізації стороною захисту її права на справедливий суд, мінімальною процесуальною гарантією якого є право на відкриття всіх матеріалів, зібраних стороною

обвинувачення, до направлення обвинувально-гоакту до суду. У випадку, якщо сторона обвинувачення цього не забезпечить, суд не вправі допустити відомості, що містяться у невідкритих матеріалах, як докази (ч. 12 ст. 290 КПК).

Список літератури:

1. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 р. у справі № 751/7557/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79298340>.
2. Постанова Великої Палати Верховного Суду 16 жовтня 2019 р. у справі № 640/6847/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85174578>.
3. Постанова Верховного Суду України від 16 березня 2017 р. у справі № 671/463/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/66203468>.
4. Постанова Верховного Суду від 17 травня 2018 р. у справі № 544/673/13-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74158361>.
5. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 р. у справі № 751/7557/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79298340>.
6. Постанова Верховного Суду від 11 лютого 2020 р. у справі № 596/927/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87672583>.
7. Постанова Верховного Суду від 11 травня 2021 р. у справі № 737/838/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97175076>.
8. Постанова Верховного Суду від 19 травня 2020 р. у справі № 490/10025/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89621459>.
9. Постанова Верховного Суду від 19 квітня 2018 р. у справі № 754/7062/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73627832>.
10. Постанова Верховного Суду від 17 грудня 2019 р. у справі № 235/6337/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86468617>.
11. Постанова Верховного Суду від 05 лютого 2020 р. у справі № 676/5972/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87517472>.
12. Постанова Верховного Суду від 03 червня 2020 р. у справі № 188/1266/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89701089>.
13. Постанова Об'єднаної Палати Верховного Суду від 22 лютого 2021 р. у справі № 754/7061/15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95139651>.
14. Постанова Верховного Суду від 11 квітня 2019 р. у справі № 642/5974/13-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81264179>.
15. Постанова Верховного Суду від 28 травня 2020 р. у справі № 751/9365/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89621446>.

Shevchuk M.I. THE VOLUME OF PRE-TRIAL INVESTIGATION MATERIALS THAT MUST BE DISCLOSED BY THE PROSECUTION AT ITS FINAL STAGE: ANALYSIS OF THE PRACTICE OF THE SUPREME COURT AND THE ECtHR

The article examines the scope of pre-trial investigation materials that the prosecution must disclose to the defense at its final stage and analyzed the legal positions of the European Court of Human Rights and the Supreme Court regarding the prosecution's disclosure of pre-trial investigation materials at its final stage.

It has been established that law enforcement problems are caused by incorrect interpretation of criminal procedural norms.

It is emphasized that in order to exercise the right of the suspect and his defense counsel to access and familiarize themselves with the materials of the pre-trial investigation, it is necessary to take into account the provisions of Art. 6 (3) b of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which guarantees the right of every accused person to have sufficient time and facilities for the preparation of his or her defense.

It has been established that familiarization with materials related to the conduct of covert investigative (search) actions allows the court and the defense to verify the admissibility of evidence obtained as a result of their results, and therefore is one of the guarantees of justice and ensuring the right of the suspect or accused to defense.

The article substantiates that the failure of the prosecution to disclose to the defense at its final stage the materials of the pre-trial investigation, including procedural documents that became the basis for conducting

procedural actions (prosecutor's decision, investigative judge's decision, motion, order to conduct investigative (search) actions, covert investigative (search) actions, instructions, resolutions of the heads of the pre-trial investigation body, the prosecutor's office on the designation of an investigator (group of investigators) to conduct a pre-trial investigation and a prosecutor (group of prosecutors) to conduct procedural management of the pre-trial investigation, etc.), are a violation of the right to a fair trial and grounds for the court to recognize the information contained in the protocols of procedural actions as inadmissible evidence.

Key words: *disclosure of materials to the other party, covert investigative (search) actions, Supreme Court, prosecution party, defence party.*