МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ІВАНА ФРАНКА
Юридичний факультет
Кафедра кримінального процесу і криміналістики

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ: ДЕСЯТИЛІТТЯ РЕАЛІЗАЦІЇ І ПРОБЛЕМИ СЬОГОДЕННЯ

ЗБІРНИК СТАТЕЙ ЗА МАТЕРІАЛАМИ

Всеукраїнської науково-практичної конференції
з нагоди 10-річчя вступу в дію
Кримінального процесуального кодексу України

18 листопада 2022 року
м. Львів

Львів – 2022

УДК [343.13+343.9](06)

ОРГАНІЗАЦІЙНИЙ КОМІТЕТ КОНФЕРЕНЦІЇ:

Нор Василь Тимофійович (*голова оргкомітету*) – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка, академік НАПрН України;

Бобечко Назар Ростиславович (*співголова оргкомітету*) – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка;

Когутич Іван Іванович (*співголова оргкомітету*) – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка;

Багрій Микола Васильович – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка;

Павлишин Андрій Андрійович – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка;

Піх Юрій Тарасович – асистент кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка.

Видається в авторській редакції. Члени організаційного комітету можуть не поділяти позиції, висновки та пропозиції авторів. Автори опублікованих статей несуть повну відповідальність за редагування тексту, достовірність наведених фактів, цитат, статистичних даних та інших відомостей.

К 82 **Кримінальний процесуальний кодекс України: десятиліття реалізації і проблеми сьогодення**: збірник статей за матеріалами Всеукраїнської науково-практичної конференції з нагоди 10-річчя вступу в дію Кримінального процесуального кодексу України (18 листопада 2022 року, м. Львів) / орг. ком. В.Т. Нор, Н.Р. Бобечко, І.І. Когутич [та ін.]. Львів: Львівський національний університет імені Івана Франка, 2022. 214 с.

У збірнику опубліковано статті, присвячені десятиліттю чинності нового кримінального процесуального закону України (КПК України 2012 року), а також актуальним проблемам кримінального процесу та криміналістики, визначено шляхи удосконалення правового регулювання кримінально-процесуальних відносин, підвищення ефективності правозастосовної діяльності у сфері кримінального судочинства.

Буде корисним для студентів і аспірантів, викладачів та наукових працівників, адвокатів, прокурорів, суддів, а також усім, хто цікавиться проблематикою вітчизняного кримінального процесу.

УДК [343.13+343.9](06)

© Львівський національний університет
імені Івана Франка, 2022

ЗМІСТ

Нор В. Т.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ В НАПРЯМКУ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ІНТЕГРАЦІЇ (ДО 10-РІЧЧЯ КПК УКРАЇНИ) **5**

Гловюк І. В.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ЩОДО СТРОКІВ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ У ПРАКТИЦІ ККС ВС **13**

Назаров В. В.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ..... **23**

Попелюшко В. О., Матвійчук М. А.

ПОЯВА ДОКАЗІВ ЯК ПРАВОВОГО ЯВИЩА У ДРЕВНОРУСЬКОМУ СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ **32**

Шумило М. Є.

КПК УКРАЇНИ – 10 РОКІВ: КРОК ВПЕРЕД, ДВА НА МІСЦІ? (ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ ДОПОВІДІ) **38**

Юрчишин В. М., Юрчишин Ю. В.

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ПРОКУРОРІВ СПЕЦІАЛІЗОВАНОЇ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ..... **53**

Горідько М. В.

ЗАКОННЕ ЗАТРИМАННЯ ЧИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ ОРГАНОМ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ: ПРАВОВІ АСПЕКТИ ТА СУДОВА ПРАКТИКА..... **62**

Іванченко А. М., Кахнич В. С.

ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НЕЗАКОННИМ ОБІГОМ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ, ПСИХОТРОПНИХ РЕЧОВИН, ЇХ АНАЛОГІВ АБО ПРЕКУРСОРІВ, УЧИНЕНИХ НЕПОВНОЛІТНІМИ АБО ЗА ЇХ УЧАСТІ..... **70**

Маркєлова В. М.

ЗАСАДА НЕДОТОРКАННОСТІ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ЇЇ ДОТРИМАННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЯ..... **74**

Радик Ю. М.

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УКРАЇНИ **85**

Черниченко І. В.

ЗМІНА ТА СКАСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ **94**

Бобечко Н. Р.

ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПІДСТАВ ДЛЯ ЗУПИНЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ **102**

Когутич І. І.

ОКРЕМІ ТАКТИЧНІ АСПЕКТИ ПІДГОТОВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ У РОЗРІЗІ «ДИСКРЕЦІЙ» КПК **121**

Багрій М. В.

ІНСТИТУТ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ: ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ **131**

Калужна О. М.

НАЛЕЖНИЙ СУБЄКТ ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧОЇ (РОЗШУКОВОЇ) ДІЇ ЗА КПК 2012 РОКУ: ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОРОЗУМІННЯ У ПРАКТИЦІ ВЕРХОВНОГО СУДУ .. **144**

Борейко Г. Д.

ПРИЧИНИ ТА УМОВИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ **171**

Конюшин Ю. І.

ПРО НАВІДНІ ЗАПИТАННЯ У МЕЖАХ ДОСУДОВОГО ДОПИТУ **180**

Піх Ю. Т.

РЕАЛІЗАЦІЯ ЗАСАДИ ВСТАНОВЛЕННЯ ОБ'ЄКТИВНОЇ (МАТЕРІАЛЬНОЇ) ІСТИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ В ПРАКТИЦІ КАСАЦІЙНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ ВЕРХОВНОГО СУДУ **185**

Шуневич К. А.

ІСТОРІЯ ЗАКОНОДАВЧИХ ІНІЦІАТИВ ТА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРОВЕДЕННЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ З ЧАСУ ДІЇ КПК 2012 РОКУ **199**

УДК 343.1

Нор В. Т.,

завідувач кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка, доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік) Національної академії правових наук України

КРИМІНАЛЬНЕ ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ В НАПРЯМКУ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ІНТЕГРАЦІЇ (ДО 10-РІЧЧЯ КПК УКРАЇНИ)

Кримінальне процесуальне законодавство України складається, як відомо, з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, Кримінального процесуального кодексу України та інших її законів, які у тій чи іншій мірі стосуються відносин, пов'язаних з провадженням у кримінальних справах (ч. 2 ст. 1 КПК). Таким чином, базовим джерелом кримінального процесуального права є закон, а визначальним – Основний закон – Конституція України, норми якої є основою для формування усього кримінального процесуального права. Вони закріплюють права і свободи людини і громадянина, у тому числі і у сфері кримінальної процесуальної діяльності (Розділ II), визначають основні засади (принципи) судочинства (у т. ч. і кримінального), основи правового статусу та функції головних суб'єктів кримінального провадження – суду, прокуратури, адвокатури (Розділ VIII). Власне, на основі конституційних положень виключно законами визначається судочинство, організація і діяльність прокуратури, органів досудового розслідування, засади організації і діяльності адвокатури та інших органів, у тій чи іншій мірі пов'язаних з кримінальною процесуальною діяльністю (ст. 92 Конституції). І хоч названі конституційні положення - норми визначають організаційні та функціональні засади органів кримінальної юстиції, правовий статус особи та його захищеність у державі і суспільстві, і мають пряму дію (можуть безпосередньо застосовуватися у кримінальному провадженні), все ж таки кримінальна процесуальна діяльність у повному об'ємі регулюється окремим кодифікованим законом – Кримінальним процесуальним кодексом України, прийнятим Верховною Радою України 13 квітня 2012 року, а чинність якого набула 20 листопада 2012 року. Тож десять років потому кримінальне провадження в Україні регулюється названим кодифікованим законом, у якому систематизовані норми, що визначають правовий механізм його провадження. Якщо йдеться про Україну як незалежну, суверенну державу, то названий закон є першим кодифікованим законом (кодексом), що регулює у ній провадження

щодо кримінальних правопорушень – кримінальних проступків і злочинів. Таке провадження становить собою механізм кримінального процесуального регулювання, що спеціально адаптований до сучасної правової політики щодо реакції держави і суспільства на вчинені кримінальні правопорушення; з'ясуванні питань про винуватість чи невинуватість особи у їх вчиненні, притягнення її до кримінальної відповідальності чи звільнення від неї та призначення покарання чи звільнення від нього; здійснення контролю (насамперед судового) за законністю цієї діяльності. Власне, норми Кримінального процесуального кодексу забезпечують правові гарантії дотримання охоронюваних Законом прав, свобод і законних інтересів осіб, які у визначеному процесуальним законом статусі залучається до сфери кримінального провадження. І недивлячись на те, що окремі відносини у кримінальному провадженні можуть додатково регулюватися й іншими законами (зокрема законами про органи правопорядку і їх діяльність у сфері протидії кримінальним правопорушенням та захисту прав, свобод і законних інтересів осіб), проте вони не можуть суперечити нормам КПК України, а лише деталізують порядок і послідовність їх дотримання і не можуть звужувати обсяг та зміст прав і свобод учасників кримінального провадження, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України.

Таким чином, провадження у кримінальних справах у повному об'ємі регулюється Кримінальним процесуальним кодексом України, і це провадження має своїм завданням забезпечити реалізацію політики держави України щодо її реакції на вчинені кримінальні правопорушення. Сама ж політика визначається тими завданнями, які ставить законодавець перед кримінальним провадженням (діяльністю, що його реалізує), а саме: 1) захистити особу, суспільство та державу від кримінальних правопорушень; 2) забезпечити охорону прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження; 3) забезпечити швидке, повне та неупереджене встановлення визначених законом фактів і обставин вчиненого кримінального правопорушення за допомогою досудового його розслідуванні і на цій основі здійснити правосуддя (судовий розгляд), з тим, щоб: а) кожний, хто вчинив таке правопорушення був притягнений до відповідальності в міру своєї вини; б) жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений; в) жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу; г) до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна (встановлена законом) правова процедура.

Власне, виходячи із політики держави у сфері кримінальної процесуальної діяльності, тих завдань, які нею визначаються перед кримінальним провадженням, можна визначити роль і значення і його базового закону, а саме

КПК України, оскільки переважно у ньому реалізується політика держави у сфері провадження щодо кримінальних правопорушень.

У теоретичному плані і на глобальному рівні сформувалися гіпотетично можливі і в основному корисні для суспільства два напрями розвитку кримінальної процесуальної політики та її втілення у кримінальне процесуальне законодавство як відповідної його моделі. Один з них втілюється в модель «належної правової процедури», яка своїм пріоритетом визнає і ставить захист індивідуальних прав і свобод, забезпечуючи особу та її захист широкими правовими гарантіями в процесі кримінального переслідування. Така модель є характерною для демократичних держав. Інший –втілений в моделі «контролю над злочинністю (кримінальними правопорушеннями)». Пріоритет у цій моделі набуває захист суспільства від кримінальних проявів та його членів, зокрема потенційних чи реальних потерпілих, і з метою його максимальної ефективності допускає істотне обмеження індивідуальних прав і свобод.

Проте, як показала нормативна практика переважної більшості сучасних держав, (при цьому різних правових систем), жодна з цих моделей у своєму «чистому вигляді» не знайшла своєї реалізації. І це цілком закономірно, оскільки обидві моделі у цьому вигляді («чистому») перебувають у природній конкуренції між собою. Оптимальний же варіант полягає у тому, щоб знайти між ними необхідний баланс - захистити суспільство та його членів від кримінальних правопорушень, з використанням при цьому «належної правової процедури». Тож, у формуванні кримінальної процесуальної політики важливо знайти той бажаний баланс, за якого контроль над боротьбою з кримінальними правопорушеннями з боку держави і суспільства супроводжувався б належною правовою процедурою, яка б могла забезпечувати охорону і захист як особи, суспільства і держави, так і прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження.

Власне, якщо проаналізувати формування вітчизняної кримінальної процесуальної політики держави Україна після проголошення її незалежності та її реалізації у нормотворчій та правозастосовчій практиці, то можна дійти переконливого висновку, що вона поступово, але чітко і впевнено набувала бажаного балансу між обмеженнями прав і свобод особи, застосуванням до неї процесуального примусу у кримінальному провадженні, що є характерним для моделі «контролю над злочинністю», з одного боку, і захистом прав, свобод і законних інтересів як цієї особи, так і інших осіб – учасників кримінального провадження за допомогою «належної правової процедури», з іншого, що є проявом, власне, концептуального підходу «належної правової процедури».

Про це свідчать і кілька концепцій вдосконалення та реформування суду, кримінальної юстиції України (Концепція вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів і затверджена Указом Президента України від 10.05.2006, Концепція реформування кримінальної юстиції України: затверджена Указом Президента від 08.04.2008), законодавство, що визначало т. зв. «малу» судову реформу 2001 р.; інші чисельні зміни і доповнення до КПК, прийнятого ще у 1960 році. Всі вони у більшій чи меншій мірі були свідченням зростання питомої ваги у кримінальному провадженні концептуальних підходів «належної правової процедури» та змагальності його сторін. Видається, що прийнятий у 2012 р. Кримінальний процесуальний кодекс, і який діє вже 10 років в Україні, значною мірою домігся необхідного балансу між названими концептуальними підходами побудови кримінального провадження в нашій держав, і цим істотно наблизив його до європейських стандартів.

Якщо йдеться, що загальну характеристику КПК України 2012 року у його концептуальному та новельному вимірі, то, на відміну від його, частково удосконаленого за роки незалежної України попередника – КПК 1960 року, – він:

1) насамперед істотно розширив засаду змагальності у кримінальному провадженні, поширивши її дію і на стадію досудового розслідування, чим значною мірою забезпечив процесуальну рівність сторін (обвинувачення і захисту) щодо збирання і подання доказів під час виконання властивих їм процесуальних функцій, і тим самим істотно звузив обвинувальний ухил і суттєво підвищив правові гарантії захисту прав, свобод і законних інтересів основних учасників кримінального провадження, насамперед підозрюваного, обвинуваченого та потерпілого;

2) розширив попередній та наступний судовий контроль за законністю рішень, дій і бездіяльності органів досудового розслідування та прокурора, який здійснює на цій стадії провадження процесуальне керівництво, наділивши його реалізацію представникові незалежної судової гілки влади – слідчому судді;

3) розширив, удосконалив та гуманізував заходи забезпечення кримінального провадження, у тому числі й запобіжні заходи. За загальним правилом заходи забезпечення застосовуються на підставі ухвали слідчого судді або суду за відповідним клопотанням дізнавача, слідчого, погоджених з прокурором, або самого прокурора, та обґрунтуванням ними необхідності застосування цих заходів достатніми доказами.

Основну увагу при цьому варто звернути на те, що чинний КПК надав такому запобіжному заходові, як тримання під вартою, виняткового характеру. Він може бути застосований лише щодо підозрюваного та обвинуваченого і за

умови, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не може запобігти переліченим в законі ризикам вчинення ними протиправних дій, що має довести прокурор у своєму клопотанні до слідчого судді чи суду. У провадженні ж щодо кримінальних проступків взагалі унеможливив застосування таких запобіжних заходів як взяття під варту та домашній арешт;

4) визначив диференційовані форми щодо окремих видів провадження, у т.ч. і спрощене, а саме: а) щодо звільнення особи від кримінальної відповідальності на визначених законом про кримінальну відповідальність підставах (ст. ст. 285–289 КПК); б) провадження на підставі угод про примирення та визнання винуватості (гл. 35 КПК); в) щодо кримінальних проступків (ст. 381, 382 КПК); г) спеціальне досудове розслідування та судовий розгляд (in absentia) щодо підозрюваних та обвинувачених, які вчинили перелічені у законі тяжкі та особливо тяжкі злочини і переховуються від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України чи на території держави-агресора (глава 241 та ст. 323 КПК); д) визначив інші окремі види проваджень, які хоч і регламентувалися попереднім процесуальним законодавством, але у ньому були удосконалені і зміцнені насамперед процесуальні гарантії захисту прав, свобод та законних інтересів їх учасників;

5) чинний КПК України реалізував конституційне положення, про безпосередню участь народу у здійсненні правосуддя через присяжних (ст.ст. 124, 127, ч. 2 ст. 129 Конституції України), унормувавши підстави і порядок провадження у суді присяжних (ст.ст. 383–391 КПК). І не дивлячись на те, що обрана в Україні модель суду присяжних (до речі, за видом – переважно континентальна) за домінуючою думкою представників судової гілки влади та дослідників-науковців не дала очікуваного ефекту і її слід удосконалити або й замінити іншою моделлю (зокрема англо-американською), на що спрямовані зареєстровані у Верховній Раді України проєкти законів про новельний суд присяжних в Україні, все ж необхідно відзначити, що саме КПК України 2012 року унормував кримінальні провадження в суді присяжних, якого тодішнє кримінальне провадження в Україні не знало;

6) за час відновлення незалежності України та входження її до Ради Європи істотно змінилось, радше розширилося, міжнародне співробітництво у сфері кримінального провадження. Власне, новоприйнятий кримінальний процесуальний закон врегулював всю сферу міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, порядок надання та отримання різних видів правової допомоги при цьому, чим істотно наблизив вітчизняне кримінальне провадження до його європейських стандартів;

7) особливо важливою новелою КПК України, яка з'явилася на 10-му році його чинності, є процесуальне врегулювання співробітництва вітчизняних органів правопорядку, правоохорони і судів з Міжнародним кримінальним судом з метою поширення його юрисдикції на всіх осіб, які на момент вчинення злочину, що підпадає під його юрисдикцію, були підпорядковані та/або діяли з метою здійснення збройної агресії російської федерації або іншої держави, яка також здійснювала військову агресію чи сприяла їй, проти України (Розділ IX2 КПК). Врегулювання цих відносин з урахуванням положень Римського статуту Міжнародного кримінального суду має винятково важливе значення у боротьбі України з державами-агресорами, зокрема російською федерацією.

Даючи загальну, радше основоположну характеристику чинного КПК України, 10-літній ювілей якого ми сьогодні відзначаємо, не можна не відзначити і тієї обставини, що і цей закон піддається численним змінам і доповненням відповідно до динаміки державного і суспільного життя. Проведення антитерористичної операції на Донбасі, а також цьогорічний ворожий напад російської федерації на Україну, змушує вводити особливі режими правового регулювання досудового розслідування кримінальних правопорушень та їх судового розгляду в умовах воєнного стану в Україні, яким був доповнений КПК відповідними законами у березні, квітні та липні цього року та акумульований у його розділі IX1. Зрозуміло, що в умовах воєнного стану загальний порядок кримінального провадження піддається істотній корекції. Але при цьому важливо, щоб дотримання прав, свобод і законних інтересів учасників провадження було належним чином забезпечено. Аналіз процесуального регулювання кримінальних проваджень в умовах воєнного стану, дає підставу для обнадійливого в основному висновку щодо цього питання.

У формуванні в Україні єдиного європейського простору щодо захисту прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина у сфері кримінального провадження, що забезпечується насамперед імплементацією в національне кримінальне процесуальне законодавство відповідних положень міжнародних та європейських правових актів, важливу роль відіграє доктрина кримінального процесуального права – наукові дослідження вчених-правознавців і практичних працівників окремих інститутів кримінального провадження, їх здатності забезпечувати вирішення адекватних цим інститутом завдань на даному етапі розвитку суспільних відносин і у перспективі. Своєчасне інформування законодавця про необхідність відповідного законодавчого реагування на суспільні явища, з тим, щоб забезпечити не лише врегулювання, але й «якість закону». Європейський суд з прав людини, практика якого європейською

спільнотою, зокрема й Україною, визнається одним із джерел кримінального процесуального права у сфері захисту прав і свобод людини, оцінюючи «якість закону», виходить насамперед з його чіткості і зрозумілості. Закон має бути доступним особі, тобто містити зрозумілі й чіткі формулювання, що давало б їй можливість самостійно або ж з допомогою відповідної консультації регулювати свою поведінку. Норми закону мають бути несуперечливими і забезпечувати повне врегулювання відповідних суспільних відносин, не допускаючи при цьому прогалин. Нарешті, закон відповідатиме «якості», якщо він буде передбачуваним. Іншими словами, щоб особа могла передбачати наслідки його застосування. Крім того, закон повинен з достатньою чіткістю визначати межі дискреційних повноважень органів влади, критерії та спосіб їх здійснення. На це звертали увагу наші вчені, зокрема професор Капліна О. В., професор Рабінович П. М. та інші.

Тож компетентність законодавця полягає не лише у тому, щоб вкласти у норму закону певну ідею, оформлену відповідним правоположенням, але й сітко, грамотно і зрозуміло його сформулювати. Чи є ідеальним у цьому плані наш КПК? Звичайно, питання риторичне. Не є.

Аналізуючи чинний наш КПК України, можна виявити численні погрішності саме під цим кутом зору. Особливо вони стали помітними під час внесення змін і доповнень до нього вже після набрання ним чинності. Для прикладу проаналізуємо одне з них з врахуванням найновіших змін і доповнень до ст. 335 КПК, внесених законом № 2201-IX від 14.04.2022 року. Згідно з ч. 1 ст. 335 КПК, яка регулює підстави зупинення судового провадження, однією з яких є, зокрема, якщо «обвинувачений … був призваний для проходження військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період, суд зупиняє судове провадження стосовно такого обвинуваченого до його … звільнення з військової служби…». Нечіткість цієї норми полягає насамперед щодо терміну «особливий період». Очевидно, що йдеться у ній про воєнний стан, і тому законодавцеві необхідно було дати визначення терміну «особливий період» у ст. 3 КПК, призначення якої надання визначень термінів, вживаних у цьому законі.

По-друге, а чи завершення «особливого періоду» автоматично тягне за собою «звільнення обвинуваченого з військової служби»? Цілком ймовірно, що автоматично не тягне. Адже мобілізований обвинувачений для проходження військової служби «на особливий період» може продовжувати її несення і по його завершенні, наприклад, уклавши відповідний контракт з військовим органом. Тож, очевидно, що законодавець мав би сформулювати цю норму більш

чітко, а саме: «суд зупиняє судове провадження стосовно такого обвинуваченого до завершення особливого періоду і звільнення його з військової служби».

Або наведемо інший приклад. Як нами відзначалось раніше, КПК України в жовтні 2014 р. (рік агресії російської федерації проти України) був доповнений главою 241 (Закон № 1689 – VII від 7 жовтня 2014 р.), яка врегульовала механізм регулювання спеціального (in absentia) досудового розслідування кримінальних правопорушень (злочинів). Що ж до судового розгляду кримінальних правопорушень in absentia, то він більш чіткіше і повніше був врегульований значно пізніше – у 2021-22 роках. Але при цьому були допущені певні прогалини, а також нечіткість (якість закону!) у процесуальному регулюванні насамперед підготовчого провадження (підготовчого судового засідання). Йдеться, зокрема, визначення змісту клопотання прокурора про розгляд (обвинувачення) справи in absentia; чи обов'язково у таких провадженнях здійснюється судове підготовче (?); які обставини при цьому мають бути з'ясовані судом (?); які рішення він має прийняти у такому провадженні на цій стадії (?); чи розповсюджується на дане провадження судове доручення органу пробації скласти досудову доповідь (?). Відсутність чіткого врегулювання цих питань тягне за собою неоднаковість їх вирішення у судовій практиці, що не узгоджується із засадами законності та верховенства права.

Звичайно, певні недоліки («погрішності») чинного кримінального процесуального закону (КПК України) простежуються як його доктриною, так і практикою застосування, і очевидно сьогодні на нашому форумі буде ще відзначено його учасниками. Вони обумовлені як компетентністю законодавця у цій сфері регулювання суспільних відносин (суб'єктивний фактор), так і динамікою суспільно-державного життя (об'єктивний фактор). Але не можна заперечувати той факт, що чинний КПК, 10-ти річчя якого ми сьогодні відзначаємо, забезпечив такий механізм кримінально-процесуального регулювання, який здатний вирішувати поставлені перед ним завдання (ст. 2 КПК) з дотриманням європейських стандартів захисту прав, свобод і законних інтересів як особи та учасників кримінального провадження, так і інтересів суспільства і держави Україна.

УДК 343.13

Гловюк І. В.,

доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України, професор кафедри кримінально-правових дисциплін Інституту права Львівського державного університету внутрішніх справ

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ТЛУМАЧЕННЯ НОРМ ЩОДО СТРОКІВ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ У ПРАКТИЦІ ККС ВС

Закладена у КПК України процедура забезпечення однаковості судової практики тлумачення та застосування норм КПК України на рівні Верховного Суду через передання провадження на розгляд палати, об'єднаної палати та Великої палати Верховного Суду загалом, за ті роки, що пройшли з моменту початку функціонування цієї процедури, довела свою ефективність, хоча натепер ще зарано говорити про формування прецедентного права з усіх проблемних питань кримінального провадження, які мають тенденцію бути дослідженими у касаційному провадженні.

Рядь питань, які розглядалися ККС ВС, і які розглядаються натепер, торкаються строків досудового розслідування. Це обумовлено, істотними змінами, внесеними до КПК України т. зв. «правками Лозового», що призвели до появи у кримінальному процесі двох режимів строків досудового розслідування [1]; особливостями застосування положення «зміни не мають зворотньої дії в часі та застосовуються до справ, по яким відомості про кримінальне правопорушення, внесені в Єдиний реєстр досудових розслідувань після введення в дію цих змін – див. пункт 4 § 2 розділу 4 Закону»; тлумачення початкового та підсумкового моментів «невключення» у строки досудового розслідування ознайомлення з матеріалами досудового розслідування [2; 3; 4]; розмежування «закінчення» та «завершення» досудового розслідування [5; 6]; «воєнними» змінами до ч. 5 ст. 219 КПК України [7; 8]; невизначеністю темпоральних питань при поверненні обвинувального акта прокурору [9], змінами до регламентації строків Законом України 22 листопада 2018 року № 2617-VIII [10] тощо. Ці питання досліджувались у працях Ю. Аленіна, І. Басистої, О. Дроздова, О. Дроздової, В. Завтура, І. Зіньковського, О. Кравчука, Т. Лоскутова, О. Малахової, В. Михайленко, М. Пашковського, Г. Тетерятник, Ю. Циганюк, С. Шульгіна, М. Членова та ін. Утім, у доктрині достатньо мало уваги приділяється аналізу практики ККС ВС у цій сфері та виявленню її детермінант та тенденцій, здійснення чого і є метою цієї статті.

Судову практику ККС ВС стосовно строків досудового розслідування можливо поділити на декілька блоків, послідовність яких є авторською та, звісно, не відображає ступінь важливості піднятих питань.

1. ***«Невключення» строку ознайомлення з матеріалами досудового розслідування в строки досудового розслідування***.

Оновлене формулювання ч. 5 ст. 219 КПК України, а саме: «… строк ознайомлення з матеріалами досудового розслідування сторонами кримінального провадження в порядку, передбаченому статтею 290 цього Кодексу, не включається у строки, передбачені цією статтею, крім … дня повідомлення підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування» має ті ж проблеми тлумачення, на яких вже наголошувалось у попередній публікації [4]. Утім, слід також відмітити актуалізацію цієї проблематики у аспекті тлумачення поняття «матеріали досудового розслідування», адже є позиція ККС ВС, що матеріали захисту до них не відносяться: «*Частина 5 ст. 219 КПК чітко встановлює, що строк ознайомлення саме з матеріалами досудового розслідування, а не з матеріалами сторони захисту не включається у строки, передбачені цією статтею. Таким чином, звернення прокурора в порядку ч. 6 ст. 290 КПК із запитом до сторони захисту про доступ до матеріалів, які сторона захисту має намір використати як докази в суді, не впливає на перебіг строку досудового розслідування*» [11]. Таке тлумачення істотно змінює темпоральні аспекти «невключення» ознайомлення з матеріалами досудового розслідування у строки досудового розслідування. При цьому позиція ККС ВС, що «*Кінцевим моментом строку досудового розслідування є його закінчення, яке як етап кримінального провадження законодавець пов'язує у часі зі зверненням з обвинувальним актом до суду (його фактичним направленням). А тому в межах строку досудового розслідування обвинувальний акт має бути не лише складено, затверджено та вручено, а й безпосередньо направлено на адресу суду*» [12] залишається незмінною.

Проблемним питання залишається і те, з якого моменту починається ознайомлення. При тому, що вже висловлено ряд доктринальних та судових позицій з цього питання [2; 3; 4], чинною натепер є позиція ККС ВС, що «*у строк досудового розслідування не включається весь період часу з моменту направлення або безпосереднього вручення такого повідомлення стороні захисту про завершення досудового розслідування до моменту закінчення ознайомлення цієї сторони з матеріалами досудового розслідування*» [13]. Її не

можна визнати однозначною, оскільки моменти направлення та вручення не збігають. Разом з тим, на розгляд ОП ККС ВС було передано кримінальне провадження, у якому пропонується формування такого висновку про застосування положень ч. 5 ст. 219 КПК України: «*Початком обчислення строку ознайомлення з матеріалами досудового розслідування є момент фактичного надання стороною обвинувачення стороні захисту доступу до матеріалів досудового розслідування та забезпечення реальної можливості ознайомитися з ними*» [14].

ОП ККС ВС не визнала коректність такого тлумачення і сформулювала висновок: «*Відповідно до положень ч. 5 ст. 219 КПК (в редакції Закону України № 2201-IX від 14.04.2022 року) не включається у строк досудового розслідування, строк ознайомлення з матеріалами досудового розслідування сторонами кримінального провадження в порядку, передбаченому статтею 290 цього Кодексу, який обраховується з наступного дня після направлення або безпосереднього вручення підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру повідомлення про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування із зазначенням дати, часу та місця ознайомлення із матеріалами розслідування, до моменту закінчення ознайомлення вказаних осіб з матеріалами досудового розслідування. День направлення або безпосереднього вручення підозрюваному, його захиснику, законному представнику та захиснику особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру, повідомлення про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування, має рахуватися у строк досудового розслідування*» [15].

При цьому все одно залишаються питання стосовно підсумкового моменту цього строку.

У розрізі дізнання це питання також піднімалося на рівні ККС ВС. Зокрема, ККС ВС зазначив, що «*зазначаючи в касаційній скарзі про те, що направлення обвинувального акта до суду, виготовлення та вручення підозрюваному копій матеріалів дізнання за вимогами ч. 5 ст. 219 та ч. 2 ст. 298 КПК не може враховуватися в строки досудового розслідування, передбачені п. 1 ч. 3 ст. 219 КПК, прокурор не навів обґрунтувань того, який же саме період (вручення чи направлення) не повинен був саме в цьому випадку бути включений до строків досудового розслідування, визначених п. 1 ч. 3 ст. 219 КПК*» [16]. Повністю погоджуючись з аргументацією ККС ВС, зазначимо також, що процедури ознайомлення з матеріалами досудового розслідування у формі дізнання та у

формі досудового слідства є істотно різними, адже для слідства передбачено механізм ст. 290 КПК України, який пов'язаний з процедурою фактичного доступу до матеріалів, запитом прокурора стосовно матеріалів захисту, великою кількістю учасників ознайомлення. Для дізнання ж характерна спрощена процедура отримання матеріалів: надання підозрюваному, захиснику, потерпілому чи його представнику копій матеріалів дізнання шляхом їх вручення, а у разі неможливості такого вручення – у спосіб, передбачений цим Кодексом для вручення повідомлень, зокрема шляхом надсилання копій матеріалів дізнання (ч. 5 ст. 301 КПК України). Строк, у який ці особи реально вивчать матеріали, значення не має, адже у них у розпорядженні наявні копії і немає потреби з'являтись до органу дізнання і там ознайомлюватися з матеріалами. Крім того, слід наголосити і на тому, що ч. 5 ст. 219 КПК України містить відсильну норму саме до ст. 290 КПК України, а не до ст. 301 КПК України.

2. ***Тлумачення норм КПК України стосовно обрахування строків дізнання***. КПК України регламентує строки дізнання, хоча щодо їх регламентації у доктрині і є зауваження [17; 18]. Положення ст. 301 КПК України сформульовані наступним чином: «1. Дізнавач зобов'язаний у найкоротший строк, але не пізніше сімдесяти двох годин з моменту затримання особи в порядку, передбаченому частиною четвертою статті 298^{-2} цього Кодексу, подати прокурору всі зібрані матеріали дізнання разом із повідомленням про підозру, про що невідкладно письмово повідомляє підозрюваного, його захисника, законного представника, потерпілого. 2. Прокурор зобов'язаний не пізніше трьох днів після отримання матеріалів дізнання разом з повідомленням про підозру, а в разі затримання особи в порядку, передбаченому частиною четвертою статті 298^{-2} цього Кодексу, протягом двадцяти чотирьох годин здійснити одну із зазначених дій…».

Арифметичний обрахунок тих строків, які згадуються у статті (72 години + 24 години), на перший погляд, дійсно викликає думку щодо того, що ці строки перевищують той строк досудового розслідування, який передбачений ч. 3 ст. 219 КПК України: з дня повідомлення особі про підозру досудове розслідування повинно бути закінчене: протягом сімдесяти двох годин – у разі повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку або затримання особи в порядку, передбаченому частиною четвертою статті 298-2 цього Кодексу.

ККС ВС витлумачив ці норми таким чином: *«Зміст ст. 219 «Строки досудового розслідування» КПК унормовує загальне положення досудового розслідування. …*

У системі нормативних положень КПК наведене загальне положення ієрархічно перебуває між загальними засадами кримінального провадження та іншими процедурними нормами, що регламентують строки проведення досудового розслідування. Тому закономірним є те, що у випадку конфлікту загального положення ст. 219 «Строки досудового розслідування» КПК з процедурною нормою досудового розслідування, пріоритет має відповідне загальне положення досудового розслідування (аналогія відповідно до норми ч. 6 ст. 9 КПК). У такому випадку останнє не може суперечити загальним положенням досудового розслідування.

З урахуванням зазначеного Суд погоджується з висновками суду першої інстанції про те, що ст. 219 КПК є нормою загальної дії, виключно якою регулюються строки досудового розслідування і яка не підлягає розширеному тлумаченню та не передбачає будь-яких винятків або виключень. …

Дійсно, положення глави 25 КПК містять певні особливості закінчення дізнання. Так, у ч. 1 ст. 301 КПК, у контексті цього провадження, передбачено, що дізнавач зобов`язаний у найкоротший строк подати прокурору всі зібрані матеріали дізнання разом із повідомленням про підозру. …

У контексті цього кримінального провадження прокурор не пізніше трьох днів після отримання матеріалів дізнання разом із повідомленням про підозру повинен був звернутися до суду з обвинувальним актом.

Термін не пізніше трьох днів, надає можливість виконання зазначених положень у більш короткий термін (як-от один, два дні), що у сукупності з діями дізнавача, проведеними у найкоротші строки, не позбавляє можливості дотримання строків досудового розслідування, визначених у п.1 ч. 3 ст. 219 КПК.» [16].

Повністю підтримуючи таке тлумачення норм КПК України, звернемо увагу на те, що цитовані норми не можуть бути витлумачені без системного зв’язку з іншими нормами КПК України, зокрема: ч. 3 ст. 219 КПК України: «з дня повідомлення особі про підозру досудове розслідування повинно бути закінчене»; п. 5 ст. 3 КПК України – «досудове розслідування – стадія кримінального провадження, яка починається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і закінчується … направленням до суду обвинувального акта …;». Більше того, дізнання є однією із форм досудового розслідування, а отже, його провадження регламентується загальними нормами КПК України щодо стадії досудового розслідування, якщо інше не передбачено спеціальними нормами. Тобто, виходячи з загальних норм КПК України, у строк, передбачений ст. 219 КПК України, досудове розслідування, у тому числі у формі дізнання, має бути саме

закінчене, тобто закрито або обвинувальний акт / клопотання направлено до суду. Отже, це вимагає такого застосування норм ст. 301 КПК України (яка, до речі, регламентує не строки досудового розслідування, а строки на виконання повноважень на певному етапі досудового розслідування), що вони мають місце у межах загального строку досудового розслідування, визначеного ст. 219 КПК України. Отже, дійсно, особливості закінчення дізнання, які встановлені в ст. 301 КПК України (ч. 1 цієї статті – щодо зобов'язань дізнавача і строків їх виконання, ч.ч. 2, 5 цієї статті – щодо зобов'язань прокурора і строків їх виконання), з урахуванням положень, передбачених ч. 2 ст. 298 КПК України мають враховуватися в строк досудового розслідування, передбачений п. 1 ч. 3 ст. 219 КПК України, таким чином, щоб був дотриманий строк, передбачений п. 1 ч. 3 ст. 219 КПК України.

Крім того, зважаючи на диференційованість строків дізнання у ч. 3 ст. 219 КПК України, виникло питання стосовно дотримання строку дізнання у ситуації, коли підозрюваний на допиті відмовився від дачі пояснень на підставі ст. 63 Конституції України та повідомив, що «свої доводи буде доказувати під час судового розгляду» [19]. Суд визнав, що у даному випадку підозрюваний не визнав свою вину, а отже, строк дізнання складає 20 діб (хоча суди першої та апеляційної інстанції витлумачили цю ситуацію протилежно і закрили кримінальне провадження за п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК України). Відмітимо, що тут, дійсно, мало місце конклюдентне невизнання вини, яке є правом підозрюваного, попри те, що у протоколі не було буквального формулювання «вину не визнаю», а отже, п. 2 ч. 3 ст. 219 КПК України цілком релевантний.

3. У силу положень ***ч. 6 та 7 ст. 219 КПК України*** (***строки досудового розслідування при об'єднанні кримінальних проваджень***), на практиці виникає надзвичайно багато питань стосовно правильності обрахування таких строків. Слушно зазначає М. Членов, що «Коли кримінальні провадження, щодо яких ухвалено рішення про об'єднання або виділення, перебувають у межах єдиного правового регулювання (до або після 16 березня 2018 р.), то ситуація зрозуміла. Але труднощі виникають у разі застосування ч. 7 ст. 217 КПК до кримінальних проваджень так званого «перехідного періоду» (з різними порядками правового регулювання щодо обчислення строків досудового розслідування тощо). У такому разі наявна колізія цих перехідних положень і ч. 1 ст. 5 КПК, яка визначає, що процесуальна дія проводиться, а процесуальне рішення ухвалюється згідно з положеннями цього Кодексу, чинними на момент початку виконання такої дії або ухвалення такого рішення. Як визначити початок строку в такому виділеному кримінальному провадженні: чи варто, відповідно до ч. 7 ст. 217

КПК, додавати до виділеного провадження строки досудового розслідування із провадження, з якого воно було виділено?» [20, с. 157]

Певні орієнтири надані ККС ВС. Зокрема, це стосується усім відомих ситуацій неодноразового об'єднання «нових» кримінальних проваджень зі «старими», що викликано саме питаннями різних режимів строків досудового розслідування і спробами «залишити» «старий» режим. ККС ВС дуже виважено поставився до такої практики, зазначивши наступне: «*відомості про кримінальне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 190 КК, внесено 04 січня 2018 року за № 12018060260000003, при цьому жодній особі не було повідомлено про підозру і, як наслідок, не було вручено обвинувального акта. 08 липня 2020 року постановою слідчого в об`єднаному кримінальному провадженні було змінено правову кваліфікацію з ч. 1 ст. 190 на ч. 2 ст. 190 КК та 10 липня 2020 року постановою прокурора виділено саме в цій частині в окреме провадження за № 12020060260000206, яке на час апеляційного розгляду перебувало на досудовому розслідуванні. Разом з тим відомості про кримінальні правопорушення, передбачені ч. 5 ст. 191, ч. 3 ст. 191, частинами 3, 4 ст. 358, ч. 2 ст. 366 КК, за якими прокурор звернувся з обвинувальним актом до суду, до ЄРДР внесені після набуття чинності Закону України від 03 жовтня 2017 року № 2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», яким внесені зміни до ч. 1 ст. 284 КПК, і останні введені в дію 15 березня 2018 року. Враховуючи наведене, на думку Суду, апеляційний суд обґрунтовано погодився з висновками суду першої інстанції про необхідність закриття зазначеного кримінального провадження на підставі п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК, а саме у зв`язку з тим, що з дня повідомлення про підозру ОСОБА_2, ОСОБА_3 та ОСОБА_1 до дня направлення обвинувального акта до суду закінчився строк досудового розслідування, визначений ч. 3 ст. 219 КПК, із чим погоджується й колегія суддів Верховного Суду*» [21]. Разом з тим, обрахунок строків досудового розслідування є індивідуальним для кожного кримінального провадження і залежить від багатьох факторів.

Крім того, у аспекті цього ж питання, на розгляд ОП ККС ВС передано питання стосовно належного суб'єкта продовження строку досудового розслідування у об'єднаному кримінальному провадженні з різними режимами обрахування строків досудового розслідування, адже є практика, що таким суб'єктом визнається слідчий суддя, проте, інша колегія суддів вважає, що «*у разі продовження строку досудового розслідування підлягає застосуванню той правовий режим, який діяв на момент внесення до ЄРДР відомостей щодо того*

провадження, яке розпочалося раніше» [22]. Відмітимо, що є доктринальна позиція, що «повноваження слідчого судді поширюються на продовження строків досудового розслідування злочинів, відомості про які внесені (розпочаті) після 16 березня 2018 року (незалежно від того чи було об'єднано матеріали цих досудових розслідувань), а починаючи з 01 липня 2020 року до теперішнього часу саме слідчий суддя має приймати процесуальне рішення про продовження понад три місяці строків досудового розслідування злочинів без урахування відповідної умови, зазначеної у Законі № 2147-VIII від 03.10.2017» [10, с. 268].

4. ***Можливість закриття судом кримінального провадження за п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК України***. Ці питання частково висвітлювалися у попередній публікації [23, с. 55-56]. Відмітимо, що є судові рішення, де така можливість заперечується, зокрема, із посиланням на хронологію запровадження та зміни норм, закріплених у п. 10 ч. 1 ст. 284, п. 2 ч. 3 ст. 314 КПК [24] та відсутність відповідних положень суду в абз. 2 ч. 7 ст. 284 КПК України [25]. Разом з тим, є практика ККС ВС, яка підтверджує правомірність закриття провадження за цим п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК України [26-30]. Слід повністю підтримати такий підхід Верховного Суду, адже протилежне тлумачення робило б безцільною та беззмістовною діяльність суду у ситуаціях, коли прокурор не закрив кримінальне провадження у досудовому розслідуванні, а строки реально закінчилися до скерування обвинувального акту до суду.

Отже, детермінантами сучасної практики ККС ВС стосовно строків досудового розслідування є, без сумніву, такі формулювання чинного, неодноразово та несистемно змінюваного законодавства у царині строків досудового розслідування, яке натепер характеризується відсутністю юридичної визначеності та по деяких питаннях – фрагментарністю. Це, як видається, ускладнює реалізацію засади розумності строків кримінального провадження.

Тенденціями практики ККС ВС є: розгляд різноаспектних питань обрахування строків досудового розслідування; формалізація тлумачення темпоральних питань, які стосуються строків (зокрема, у аспекті ч. 5 ст. 219 КПК України); системне тлумачення темпоральних питань у аспекті дії закону у часі; урахування особливостей обрахування строків дізнання; інтерпретація співвідношення режимів строків досудового розслідування; ідентифікація можливості закриття судом кримінального провадження за п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК України.

Разом з тим, відмітимо, що практично усі з досліджених питань вимагають їх вирішення на нормативному рівні, оскільки чіткі правила обрахування строків – одна з запорук ефективності досудового розслідування.

Список використаних джерел:

1. Михайленко В. Креативність чи безсистемність? Дві системи обчислення і продовження строків досудового розслідування. URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/kreativnist-chi-bezsistemnist-dvi-sistemi-obchislennya-i-prodovzhennya-strokiv-dosudovogo-rozsliduva.html

2. Дроздов О., Шульгін С., Дроздова О. Як час на ознайомлення з матеріалами впливає на завершення досудового розслідування та інші дотичні питання. URL: https://zib.com.ua/ua/148152.html

3. Пашковський М., Гловюк І. Строк ознайомлення з матеріалами досудового розслідування сторонами кримінального провадження та строк досудового розслідування: проблеми кореляції. Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності : тези III Всеукраїнської науково-практичної конференції (Хмельницький, 1 березня 2019 року). Хмельницький : Вид-во НАДПСУ, 2019. – С. 33-38.

4. Гловюк І.В. Практика Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду стосовно обрахування строків досудового розслідування: деякі питання ч. 5 ст. 219 КПК України. Кримінальний процес: сучасний вимір та проспективні тенденції: III Харк. кримінал. процесуальн. полілог (м. Харків, 10 листопада 2021 року). Харків: Право, 2022. С. 122-125.

5. Гловюк І., Дроздов О. Mission completed? Чим відрізняється закінчення від завершення досудового розслідування з погляду допустимості доказів. URL: https://zib.com.ua/ua/print/147094.html

6. Слободяник О. Вплив завершення розслідування на строки досудового розслідування. URL: https://pravo.ua/vplyv-zavershennia-rozsliduvannia-na-stroky-dosudovoho-rozsliduvannia/

7. Іванець А. Відновлення та зупинення досудового розслідування в один день. Законно чи ні? URL: https://www.facebook.com/hsa.org.ua/posts/pfbid0DwCb9qP1fWfLupm4bjxWoAnxao52NPhxHoFrW4sYdHYrNqdgw1MQEKo9g3t5ErBml

8. Гловюк І., Завтур В. Зміни у кримінальному провадженні від 14 квітня 2022 року. URL: https://pravo.ua/zminy-u-kryminalnomu-provadzhenni-vid-14-kvitnia-2022-roku/

9. Говорун Є. Проблемні питання, що виникають з приводу обчислення строків досудового розслідування після повернення судом прокурору обвинувального акту, клопотання для усунення виявлених недоліків. URL: https://khar.gp.gov.ua/ua/intervu_ta_komentari?_m=publications&_t=rec&id=238621

10. Дроздов О., Дроздова О. Актуальні питання дії кримінального процесуального закону в часі (на прикладах продовження строків досудового розслідування). Право та державне управління. 2022. №2. С. 261-270.
11. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104583172
12. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99687323
13. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/100063308
14. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/102634461
15. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/107050550
16. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106191186
17. Гловюк І.В. Питання юридичної техніки визначення строків дізнання. Теоретичні та практичні проблеми розвитку кримінального права і процесу: матеріали IX Всеукраїнського науково-практичного семінару (м.Івано-Франківськ, 04 грудня 2020 року). Івано-Франківськ: Редакційно-видавничий відділ Університету Короля Данила, 2020. С. 23-26
18. Басиста І.В. Щодо застосування строків, визначених в статті 301 КПК, яка регулює особливості закінчення дізнання, під час вирішення питання про закриття кримінального провадження у разі, якщо після повідомлення особі про підозру закінчився строк досудового розслідування, визначений статтею 219 КПК (п. 10 ч. 1 ст. 284 КПК). Теорія та практика протидії злочинності у сучасних умовах : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (21 жовтня 2022 року) / упор. Л. В. Павлик, У. О. Цмоць. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2022. С. 32-40.
19. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106191200
20. Членов М.В. Щодо обчислення строків досудового розслідування під час об’єднання та виділення кримінальних проваджень. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2019. № 3. С. 154-157.
21. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106264606
22. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/105012015
23. Гловюк І.В. Повернення обвинувального акту у практиці ВАКС. Актуальні виклики у діяльності Вищого антикорупційного суду: матеріали II щорічного круглого столу (м. Київ, 30 вересня 2021 р.), Київ: ВАІТЕ, 2021. С. 51-57.
24. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104630620
25. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106747597
26. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96484363
27. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99687323
28. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104361764
29. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106330078
30. ЄДРСР, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/105505291

УДК 343.125

Назаров В. В.,
доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального процесу та криміналістики Академії адвокатури України

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Кримінальне провадження за ступенем «насиченості» державним примусом посідає перше місце серед усіх відомих нашому праву процедур. Найбільш суворими порівняно з іншими заходами примусу є запобіжні заходи. Їх застосуванню передує чимало процедур, дотримання яких має убезпечувати від незаконного порушення прав та свобод підозрюваного, обвинуваченого.

Частиною 1 статті 176 КПК України передбачено цілу низку запобіжних заходів для того, щоб при їх обранні можна було не лише врахувати тяжкість учиненого кримінального правопорушення, особу підозрюваного, обвинуваченого чи інші обставини, а й обрати доцільний у певній ситуації запобіжний захід.

Чинне кримінальне процесуальне законодавство України містить обов’язкові вимоги до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду щодо дотримання прав людини та законності застосування запобіжних заходів. При цьому застосування будь-якого запобіжного заходу є виключним правилом, має бути максимально ефективним та чітко врегульованим законом. Під час досудового розслідування слідчий, прокурор, слідчий суддя, з’ясувавши фактичні обставини справи, які дійсно дають їм право на застосування запобіжного заходу, зобов’язані застосувати найбільш доцільний захід, який сприятиме оптимальному досягненню мети такого застосування в конкретній ситуації. Крім того, кожен випадок законного, обґрунтованого застосування такого заходу стає наочним свідченням незворотності покарання за неправомірні дії, що перешкоджають кримінальному провадженню, є індикатором якості досудового розслідування й механізмом забезпечення його результативності, сприяє реалізації завдань кримінального провадження, визначених ст. 2 КПК України.

На сучасному етапі розвитку кримінального процесу науковці по різному визначають запобіжні заходи. Так, В. М. Тертишник вважає, що запобіжні заходи – це заходи процесуального примусу, які обмежують особисту свободу та свободу пересування підозрюваного (обвинуваченого) і застосовуються з метою запобігти можливості приховатися від слідства і суду, перешкодити

встановленню об'єктивної істини та здійсненню правосуддя, а також продовжити злочинну діяльність [1, с. 408]. О. П. Кучинська, Ю. В. Циганик визначають їх як різновид заходів забезпечення кримінального провадження, які застосовуються виключно до підозрюваного чи обвинуваченого з метою забезпечення виконання ним покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам: переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється, обвинувачується [2, с. 118]. На нашу думку, найбільш вдало поняття запобіжних заходів визначила Т. Г. Фоміна, яка вказала, що запобіжні заходи є різновидом заходів забезпечення кримінального провадження правообмежувального та примусового характеру, які застосовуються слідчим суддею, судом за наявності достатніх підстав щодо підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію), основною метою яких є забезпечення виконання покладених на особу обов'язків, а також запобігання спробам її можливої неправомірної поведінки [3, с. 79].

Не вдаючись у подальшому в дослідження поняття запобіжних заходів, слід зазначити, що законодавець диференціював запобіжні заходи (ч. 1 ст. 176 КПК України) від більш простих до більш суворих з урахуванням характеру певного суспільного інтересу (визначеним у КПК конкретним підставам і меті), співмірності обмеження прав і свобод та характеру примусового впливу. Частиною 2 статті 177 КПК України визначено підстави застосування запобіжного заходу із зазначенням ризиків, які дають право на його застосування.

Загалом вторгнення державних органів у сферу особистих прав та свобод при застосуванні запобіжного заходу повинне мати мінімальні межі, дійсно необхідні для боротьби зі злочинністю. Їх визначення неминуче припускає, по-перше, чітке встановлення в системі права лише дійсно необхідних випадків примусової дії; по-друге, до кінця витриману диференціацію передбачених законом правоохоронних заходів залежно від виду неправомірної поведінки, тобто їх адекватний характер; по-третє, установлення в законі з тим або іншим

ступенем деталізації процесуальної форми примусу, умов, підстав і порядку його застосування; по-четверте, використання в практичній діяльності лише нормативно закріплених засобів правоохорони при чіткому дотриманні юридичних передумов їх реалізації.

Водночас, незважаючи на визначений у КПК України порядок застосування запобіжних заходів, є чимало випадків порушення законності з боку сторони обвинувачення саме процесуального порядку застосування деяких з них. Слідча та судова практика в досліджуваній сфері певним чином характеризує проблемні ланки, які потребують особливого детального підходу й вирішення. Зокрема, під час подання клопотань про застосування запобіжного заходу слідчі судді не рідко визнають їх невідповідними вимогам закону, а саме через брак повних даних щодо підозрюваного, відомостей про судимість, обставини вчинення кримінального правопорушення, відсутність у протоколах затримання особи дати та часу такого затримання чи конкретизації підстав, за наявності яких є необхідність у продовженні строку запобіжного заходу, а також необґрунтованість винятковості обрання відповідного запобіжного заходу тощо. Унаслідок зазначених недоліків слідчі судді повертають такі клопотання, що, у свою чергу, негативно впливає на оперативність застосування необхідних заходів і тим самим знижує ефективність розслідування.

Незважаючи на різноманітність запобіжних заходів, з кожним роком збільшується кількість затриманих осіб та випадків застосування до підозрюваних запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. На практиці трапляються випадки затримання осіб без ухвали слідчого судді після спливу тривалого часу з моменту вчинення злочинів та за відсутності підстав, передбачених ст. 208 КПК, а саме затримання особи під час або ж безпосередньо після вчинення злочину. Проблеми виникають і під час процесуального оформлення затримання уповноваженою службовою особою або проведення супровідних заходів (зокрема обшуку затриманої особи), у питаннях своєчасного та правильного повідомлення затриманим про їх право на отримання правової допомоги, своєчасного інформування родичів затриманого та Центрів надання безоплатної правової допомоги. Поширеною стає практика, за якої доставлення затриманого до слідчого судді взагалі не забезпечується впродовж тривалого часу.

Доводиться також констатувати, що діяльність уповноважених службових осіб на етапі затримання особи досить часто ґрунтується на минулих традиціях, здійснюється з порушеннями і зловживаннями при затриманні підозрюваного. Через неправильне тлумачення та застосування закону уповноваженими службовими особами, а подекуди й свідомим ігноруванням його вимог,

безвідповідальним ставленням до долі людей, їх прав, свобод та законних інтересів, є випадки подвійного стандарту в оцінці порушень (за незначне правопорушення можуть, прикладом, затримати вагітну жінку, проте «мажорів», які б'ють людей, поліція не затримує).

Оскільки найбільш часто затримання здійснюються працівниками поліції, варто звернути увагу на спільний наказ МВС та Мін'юсту України від 01 жовтня 2018 року № 806/3105/5 «Про затвердження Інструкції про заходи щодо дотримання вимог законодавства при затриманні без ухвали слідчого судді, суду осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, та обранні стосовно підозрюваних запобіжного заходу – тримання під вартою під час досудового розслідування». У пункті 1.6 розділу II наказу вказується на найбільш серйозні й поширені порушення в цій сфері, а саме: доставлення до органу досудового розслідування уповноваженою службовою особою затриманої особи тривало довше, ніж це необхідно; нездійснення уповноваженою службовою особою, яка провела затримання, негайного інформування затриманого зрозумілою для нього мовою про підстави затримання та в учиненні якого злочину він підозрюється, а також нероз'яснення йому права мати захисника, отримувати медичну допомогу, давати пояснення, показання або не говорити нічого з приводу підозри проти нього, неповідомлення інших осіб про його затримання і місцеперебування в порушення вимог ст. 213 КПК України; невручення затриманому негайно копії протоколу про затримання під підпис, а також ненадіслання такого протоколу прокуророві; звільнення затриманої особи, підозрюваної в учиненні злочину, безпосередньо слідчим або службовою особою, відповідальною за перебування затриманих, без подання слідчим клопотання прокурору про обрання запобіжного заходу [4].

Ще однією проблемою є бездіяльність слідчих суддів щодо обов'язку захисту прав людини, зокрема під час затримання. Норми ст. 206 КПК України передбачають активну ініціативну правозастосовну діяльність слідчих суддів, спрямовану на захист прав особи, безпідставно позбавленої волі або такої, яка зазнала насильства під час затримання чи тримання під вартою. Разом з тим на практиці слідчі судді не так часто вивчають обставини та підстави затримання, не досліджують питань щодо строків доставлення до суду з моменту фактичного затримання особи, яка спонукає правоохоронні органи зловживати своїми повноваженнями та порушувати процесуальні права громадян.

На державному рівні не вирішено питань щодо умов утримання підозрюваних, обвинувачених у СІЗО. Сучасні українські реалії свідчать, що в СІЗО порушуються абсолютно всі норми і умови тримання, харчування та вимоги санітарії. Людина, вина якої ще не доведена, потрапивши в слідчий

ізолятор, опиняється в ситуації, за якої на неї чинять психологічний або фізичний вплив з метою примушування надати «потрібні» показання або схиляють до угоди зі слідством. Зареєстрований у 2020 році у СІЗО рівень захворюваності на туберкульоз майже в 100 разів вище, ніж поширення цього захворювання серед цивільного населення [5]. На сьогодні відсутні будь-які дослідження впливу вірусу COVID-19 на арештованих, які одразу потрапляють до групи ризику. Обмеження зовнішніх контактів через заборону побачень та передач не вирішують відповідну проблему, оскільки залишаються два критичні фактори – перебування великої кількості заарештованих в одній камері та відсутність розвиненої інфраструктури для лікування в СІЗО, що в сукупності може призвести і призведе до масових летальних випадків серед заарештованих.

Крім того, тримання під вартою передбачає соціальні витрати на реалізацію даного заходу. У цьому сенсі тримання під вартою є найбільш дорогим запобіжним заходом, оскільки підозрюваний, обвинувачений на тривалий строк позбавляється можливості брати участь у продуктивній праці за своєю спеціальністю і приносити максимальну користь суспільству. Безпосередньо процедура взяття під варту, ураховуючи доставлення підозрюваного, обвинуваченого до слідчого ізолятора, особистий обшук, дактилоскопіювання, фотографування тощо, є досить трудомісткою. Щорічно держава витрачає сотні мільйонів гривень на реалізацію даного запобіжного заходу. Більш того, узяття під варту накладає фінансовий тягар на самих заарештованих, їх родину, адже заарештовані не отримують заробітну платню, фінансові витрати зазнають їх близькі та родичі, які відвідують ув’язнених (передачі, оплата додаткових послуг захисника тощо) [6]. Не зважаючи на це, такий захід в Україні є одним з пріоритетних порівняно з країнами Європи, 134 в’язня на 100 тис. населення [7].

Слід також звернути увагу, що у 2020 році Кабінет міністрів України запровадив експериментальний проект, згідно з яким заарештовані можуть за певну плату покращити свої умови тримання під вартою_в слідчому ізоляторі. Порядок проведення експериментального проекту щодо платної послуги з надання покращених побутових умов і харчування особам, узятим під варту, у слідчих ізоляторах Державної кримінально-виконавчої служби було затверджено наказом Мін’юсту від 06 травня № 1587/5. Відповідно вартість зазначених умов залежить від строку, за який здійснюється оплата: **2 тис. грн.** на добу, **8 тис. грн.** на тиждень та **12 тис. грн.** на місяць. У 2021 році за користування платними камерами було сплачено загалом понад 7,8 млн. грн. На нашу думку, ефективність такого експерименту дуже сумнівна. Вважаємо, що доцільно було б більше приділяти увагу поліпшенню людських умов

перебування заарештованих загалом, а не лише за окрему плату, а також зменшити кількість заарештованих у камері, яка на сьогодні сягає 12 чи 16 осіб. Крім того, звернемо увагу, що у лютому 2021 року Уповноважена з прав людини Л. Денисова звернулася до Окружного адміністративного суду м. Києва з позовом щодо протиправності зазначеного експерименту аргументуючи це тим, що платні камери є порушенням рівноправності громадян за майновою ознакою. На жаль у червні 2021 року провадження у цій справі було закрито [8].

Суттєві проблеми виникають у слідчій та судовій практиці щодо недостатності врахування правоохоронними органами можливості застосування замість тримання під вартою неізоляційних запобіжних заходів та не врахування з цього питання практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). О. Яновська на підставі аналізу практики ЄСПЛ у справах щодо України за 2019 р. виокремила основні найбільш повторювані порушення ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а саме:

- надмірна тривалість досудового тримання під вартою (прикладом, рішення від 11 квітня 2019 р. у справі «Левченко та інші проти України», заява № 46993/13);
- протягом усього періоду ув’язнення заявника суди посилалися на однакові підстави тримання під вартою; відсутність ознак того, що вони належним чином розглянули можливість застосування у справі заявника будь-якого альтернативного, менш обтяжливого запобіжного заходу (прикладом, рішення від 30 січня 2018 р. у справі «Макаренко проти України» , заява № 622/11);
- тримання заявниці під вартою в період між закінченням строку, установленого постановою про обрання запобіжного заходу в процесі досудового розслідування, та попереднім розглядом справи судом, під час якого постановлено продовжити строк тримання заявниці під вартою, який не охоплювався жодним судовим рішенням (прикладом, рішення від 27 лютого 2018 р. у справі «Сінькова проти України», , заява № 39496/11);
- запобіжний захід щодо заявниці було продовжено 20 разів з посиланням на одні й ті самі підстави (прикладом, рішення від 24 жовтня 2019 р. у справі «Штепа проти України», , заява № 16349/17) [9].

Окремі проблеми виникають й при застосуванні інших запобіжних заходів. Досліджуючи такий запобіжний захід як застава звернемо увагу, що цей захід так і не став альтернативою триманню під вартою. Прикладом, частка клопотань щодо застосування застави від загальної кількості всіх запобіжних заходів у 2019 році у середньому становила лише 0,83 %, у той час, як тримання під вартою – 70,23 %. У 2020 році ситуація не покращилась, слідчими та прокурорами було

подано до судів першої інстанції всього 438 клопотань про застосування застави (для порівняння найбільша кількість клопотань про застосування застави була у 2013 році – 1 404 [10]).

Доречно зауважити, що в кримінальному процесуальному законодавстві України відсутні правові норми, які чітко регулюють правове становище заставодавця в кримінальному провадженні. Визначивши заставодавця як учасника кримінального провадження (п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України), законодавець не окреслив його процесуальний статус, не надав гарантії захисту своїх прав у кримінальному провадженні, не забезпечив потрібним обсягом прав для виконання визначених обов'язків. На сьогодні відсутня чітка регламентація правовідносин, що виникають між заставодавцем та підозрюваним, обвинуваченим, а також між заставодавцем та органом розслідування або судом. Фактично вибір способів й засобів впливу на підозрюваного, обвинуваченого покладається на розсуд самого заставодавця. З цього приводу ми погоджуємося з О. І. Ситайло, що такий стан певною мірою ускладнює застосування зазначеного запобіжного заходу й залучення особи як заставодавця в кримінальне провадження [11, с. 61].

Абсолютно неоднозначним є такий запобіжний захід, як особиста порука. У кримінальному процесуальному законі не міститься визначення поняття «поручитель», що безперечно є недоліком, оскільки чітко не передбачено вимог до поручителя, а також відсутні критерії оцінювання, чи заслуговує поручитель на довіру, чи ні. Отже, слідчий, прокурор, слідчий суддя мають керуватися лише власним переконанням, що є достатньо суб'єктивним чинником. До того ж поняття «довіра» підсилюється прикметником «особлива довіра», що ускладнює його розуміння, а також законодавцем не передбачено, чим саме визначається «особлива довіра» та в чому вона полягає.

Крім того, у судовій практиці трапляються випадки, за яких в ухвалі слідчого судді про застосування до підозрюваного запобіжного заходу у вигляді особистої поруки загалом відсутні відомості про вивчення в судовому засіданні особистих якостей поручителів, які б позитивно свідчили про довіру до них, спроможність забезпечити належну поведінку підозрюваного і виконання покладених на підозрюваного обов'язків, а також даних, що поручителі погоджуються з правами й обов'язками, передбаченими ч.ч. 2, 3 ст. 180 КПК України. Зазначимо також, що КПК України не передбачає повноважень слідчого судді перевіряти статки поручителя.

Не врегульовано та непередбачено в законодавстві, яким чином поручитель має впливати на підозрюваного для виконання останнім покладених на нього обов'язків, а також питань, чи може поручитель застосовувати заходи

фізичного примусу щодо підозрюваного, затримувати його і доставляти до органу розслідування при спробі втечі, запобігати діям підозрюваного, спрямованих проти органів досудового розслідування, при припиненні нових кримінальних правопорушень підозрюваним.

Зазначимо, що в разі невиконання підозрюваним узятих на себе обов'язків при застосуванні особистої поруки теоретично, крім факту порушення підозрюваним запобіжного заходу, потрібно довести вину і бездіяльність поручителя, несумлінність виконання ним своїх обов'язків. Однак на практиці довести зазначене дуже складно, оскільки дії поручителя, що забезпечують належну поведінку підозрюваного, мають не процесуальний характер та не передбачені законом.

Проблематичними на практиці стають також питання оскарження застосування запобіжного заходу, оскільки в КПК України не передбачено можливості оскарження застосування особистого зобов'язання чи поруки, застави, затримання, що в певних випадках обмежує права особи. Крім того, не досить чітко регламентовано порядок оскарження застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою в частині визначення розміру застави, що зумовлює різні погляди з цього приводу.

Зазначимо також про те, що під час вирішення питання про застосування запобіжного заходу законодавець позбавив потерпілого права бути присутнім у судовому засіданні. На нашу думку, це негативно відбивається, щонайменше, на збалансованості прав потерпілого та підозрюваного, є грубим порушенням засади змагальності сторін та свободи в поданні суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості (ст. 22 КПК України). Вважаємо, що більш логічним у цьому питанні є забезпечення права потерпілого, а за необхідності й (або) його законного представника, на участь у розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу з метою заслуховування судом його думок з цього приводу, що є незаперечним у світлі обізнаності потерпілого в наявності реальної загрози для його безпеки в разі обрання альтернативних заходів замість тримання під вартою або домашнього арешту.

Підводячи підсумок, зазначимо, що норми КПК України, які регламентують застосування запобіжних заходів, на сьогодні не досконалі. Усунення відповідних огріхів має збалансувати систему запобіжних заходів, установити ті правові конструкції, що зможуть забезпечити ефективне вирішення завдань кримінального провадження, а також визначити баланс між примусом та конституційними правами людини.

Список використаних джерел:

1. Тертишник В. М. Кримінальний процес України. Загальна частина: підручник. 8-ме вид., доповн. і переробл. К.: Алерта, 2020. 452 с.

2. Кримінальний процес України: навч. посіб., за заг. ред. О. П. Кучинської, Ю. В. Циганик. К.: Юрінком Інтер, 2021. 448 с.

3. Фоміна Т.Г. Теоретичні та процесуальні основи застосування запобіжних заходів у кримінальному судочинстві України: дис. ... докт. юрид. наук. Харк. нац. ун-т. внутр. справ. Харків, 2020. 630 с.

4. Про затвердження Інструкції про заходи щодо дотримання вимог законодавства при затриманні без ухвали слідчого судді, суду осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, та обранні стосовно підозрюваних запобіжного заходу – тримання під вартою під час досудового розслідування: наказ МВС України та Мінюсту України від 01.10.2018 № 806/3105/5. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1190-18#n7

5. Звернення Української Гельсінської спілки з прав людини стосовно необхідності впровадження заходів, спрямованих на захист хворих осіб, що знаходяться в місцях позбавлення волі від впливу COVID-19. URL : https://helsinki.org.ua/appeals/zvernennia-ukrains-koi-hel-sins-koi-spilky-z-prav-liudyny-stosovno-neobkhidnosti-vprovadzhennia-zakhodiv-spriamovanykh-na-zakhyst-khvorykh-osib-shcho-znakhodiat-sia-v-mistsiakh-pozbavlennia-voli-vid-v/

6. Реформа пенітенціарної системи. URL : http://krm.gov.ua/news/view/14609

7. Кримінально-виконавча система України у липні 2018 р. Статистичний огляд. URL : http://ukrprison.org.ua/statistics/1533198157

8. Чи виправдали себе платні камери в СІЗО. Відповідає правозахисник. URL: https://suspilne.media/196637-ci-vipravdali-sebe-platni-kameri-v-sizo-vidpovidae-pravozahisnik/

9. Яновська О. Г. Захист конвенційних прав у кримінальному провадженні. URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/zahist-konvenciynih-prav-u-kriminalnomu-provadzhenni.html

10. Баганець О. Стан дотримання конституційних прав громадян під час досудового розслідування у 2019 році. URL: https://resonance.ua/stan-dotrimannya-konstituciynikh-prav/

11. Ситайло О. І. Застава як захід забезпечення кримінального провадження: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2021. 208 с.

УДК: 343.131

Попелюшко В. О.,

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

Матвійчук М. А.,

доктор філософії, старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін Національного університету «Острозька академія»

ПОЯВА ДОКАЗІВ ЯК ПРАВОВОГО ЯВИЩА У ДРЕВНОРУСЬКОМУ СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ

Питаннями суду, судового процесу у древньоруському суспільстві, в тому числі щодо доказів у XIX та на початку XX століття доволі плідно, наскільки це дозволяли наявні історичні джерела, переймалася спочатку німецька (А. Л. Шльодер, І. Ф. Г. Еверс, А. Рейнц та інші), затим, з її появою, російська, а у її складі й вітчизняна історична, історико-правова та власне процесуальна наука (Н. Іванішев, М. Владімирський-Буданов, М. Грушевський, І. Малиновський та інші). Принципових розходжень у поглядах учених щодо видів доказів та їх значення при вирішенні тих чи інших категорій справ не було, як відсутні вони в українській історико-правовій та судово-процесуальній науці й нині. Питанням ж часу, причин і умов їх появи як правового явища уваги майже не приділялось.

Отож, навряд чи можна не погодитися з точкою зору учених, найяскравішим представником якої був І. Малиновський, що на найдревнішому ступені свого розвитку людина-дикун (за Арістотелем – «суспільна тварина») сама відновлювала свої права. І цей первинний процес відновлення своїх прав являв собою форму самосуду, тобто самоуправства, самим яскравим проявом якого була помста. Самосуд, помста були явищем загальнолюдським. На зорі свого розвитку, коли люди жили маленькими союзами через матір, а згодом через батька і виживали за рахунок виключно збірного та мисливського господарства, помста носила характер виключно дикого тваринного інстинкту: людина, заради виживання, як і тварина, мстилася кожному чужинцю, який зазіхав на неї саму, членів її роду чи харчову територію роду, або з тієї ж причини сама зазіхала на аналогічні чужі блага. Тобто, людина сама була суддею у власній справі, – сама визначала, що є злочином (зазіханням), сама «постановляла» вирок, вирок зазвичай жорстокий, кровавий, і сама ж його виконувала. У міру повторювання самоуправства у формі помсти поступово формувалось переконання про те, що мститися можна і треба. Так факт помсти переріс у право

та обов'язок, тобто у правовий звичай, а з часом й у моральний та релігійний обов'язок, бо в древності право, мораль і релігія не виокремлювалися. Помста за посягання на кровних родичів, тобто на осіб, пов'язаних кровною спорідненістю, йменувалася помстою кровною [1, 3-20].

З часом, коли наші предки-слов'яни, зокрема, стали жити родовим устроєм у широкому розумінні, тобто як роди, об'єднані на основі кровної спорідненості у племена, відповідь щодо зазіхань на членів роду чи племені ззовні продовжувала носити характер самосуду у формі помсти. Про це красномовно свідчать, зокрема, Лаврентіївський літопис: «и не бъ в нихъ правды… и быша в нихъ усобицы» [2]. Та й достеменно доведеними є факти-пережитки такого стану речей, як наприклад, факти чотириразової жорстокої кровавої помсти княгині Ольги древлянам за вбивство її чоловіка князя Ігоря, факти численних інших кровавих наслідків княжих міжусобиць. Він допускався навіть приписами міжнародних договорів: у ст. 4 договору київського князя Олега з Візантією 911 р. прямо значилось: «да умреть, адъже аще створить убійство» [3]; так само у договорі князя Ігоря з Візантією 945 р. у ст. 13: коли вб'є русин християнина або християнин русина, то «отъ ближнихъ убьенаго да убьють и» [3]. А у древньослов'янському суспільстві самосуд дозволявся при вбивстві та крадіжці й усередині родоплемінного союзу. Усі «Руські Правди» починалися зі статті: «Оубьеть мужъ мужа, то мьстить братоу брата, или сынови отца, любо отцю сына или братоучадоу, любо сестриноу сынови..» (ст. 1 Акад. сп.; ст. 1 Пушк. сп.). Або: «Аще оубъють татя на своемъ дворе, любо клѣти, или оу хлѣва, то тои оубитъ».. (ст. 38 Акад. сп.) [4, 82, 131].

Зрозуміло, що про докази при таких та їм подібних самосудах ще не могло бути й мови, як, до речі, не турбувалися про них у випадках самоуправства й у пізніші часи, а при одиничних протиправних проявах цього тваринного інстинкту не турбуються й до нині, не кажучи уже про війни, де прояви самосуду носять масовий характер.

Однак треба наголосити, що у період Київської Русі самосуд був уже пережитком минулого, який витіснявся грошовими викупами, через писане право і запровадження державного суду. Про заміну помсти за вбивство грошовим викупом йдеться, наприклад, далі у цій же ст. 1 Короткої «Руської Правди»: «аже не боудеть кто мьстя, то 40 гривенъ за голову…» [4, 82]. «Аже не боудеть кто мьстя» тут слід розуміти так, що коли названі перед цим у статті кровні месники не забажають мститися, вони отримують від убивці чи з боку родини убивці викуп. Прямо ж про викуп за вбивство через образу говориться у ст. 19 Короткої «Руської Правди»: «Аще обують огнищанина въ оубидоу, то платити за нъ 80 гривенъ оубыици…» (Акад. сп.) [4, 84]. А про заміну самосуду

над злодієм державним судом сказано у продовженні цитованої ст. 38 Короткої «Руської Правди»: «… аще ли до свѣта держать (татя), то вести его на княжъ двор» [4, 86]. Наступна ж, Широка «Руська Правда» встановлювала грошовий викуп за вбивство уже як загальне правило: «По Ярославѣ же пакы совокупишася сыновѣ его: Изяславъ, Святославъ, Всеволодъ и моужи ихъ: Коснячко, Перенегъ, Никифоръ и отложиша оубєеніе за голову, кунами ся выкупять…» (ст. 2 Пушк. сп.) [4, 131].

На перших же порах усередині родоплемінного союзу з його патріархальним побутом, який характеризувався добродушністю, відвертістю, взаємною довірою, простотою норовів, інші образи та спори вирішувалися главами роду, як зазначав І. Еверсс, «так же просто, як і розправа батька спору між синами» [5, 7], і не інакше, як за скаргою того, хто вважав свої права порушеними. Самого факту скарги уже було достатньо, бо скаржнику не можна було не вірити, особливо, коли справедливість скарги чи обвинувачення супроводжувалась явними ознаками правопорушення. Відображенням такого стану є такий, наприклад, припис ст. 2 Руської Правди (Акад. сп.): «Или боудеть кровавъ или синъ надъраженъ, то не искати емоу видока человѣку томоу…» [4, 82]. При тодішній простоті норовів, коли усі знали один одного, важко було наважитися на те, щоби когось неправдиво обвинуватити. Та й суд проходив гласно і публічно – на людях. І сам скаржник навряд чи міг когось безпідставно обвинуватити, бо у такому разі неодмінно піддавався б ганьбі та безчестю, а то й вигнанню з роду [6. 5-11].

З плином часу, в міру віддаленості родичів від їх спільного родового коріння, коли родовий союз почав слабшати, а до кровного зв’язку став приєднуватися новий, общинний, оснований, окрім інших чинників, на спільному володінні певною територією (землею), з його послабленням, ускладненням життя, появою приватної власності та початком розшарування суспільства, поступовим падінням первинної простоти відносин, – стала падати й взаємна довіра, а з її падінням виникає думка про можливість несправедливого обвинувачення, а отже, й про потребу його підтвердження. З іншого боку, при общинному союзі отримує розвиток самостійність особи, людина стає особистістю і, як наслідок, поступово стирається безгласне становище обвинуваченого. Тому однієї скарги потерпілого від правопорушення уже мало. Умовою справедливості обвинувачення стає визнання обвинувачення самим обвинуваченим. Що власне визнання обвинуваченого було достатнім для визнання його вини було до очевидності ясним нашим тодішнім предкам, таким, що не викликало жодних сумнівів. Недарма в історичних пам’ятках, в тому числі

у правових про це не має й згадки. Тому визнання обвинуваченим своєї вини на цьому етапі суспільного розвитку ще навряд чи можна вважати судовим доказом.

Стан речей в цьому плані мав змінитися, і він справді змінився тоді, коли обвинувачений вину став заперечувати. При запереченні ним вини виникла потреба в суді, яким став, відповідно, суд племінного князя, общинний суд, «суд 12-ти», суд старців общини як кращих знавців звичаєвого права. Для переконання суду в справедливості чи несправедливості позову чи обвинувачення й виникла потреба у судових доказах. Красномовним підтвердженням цьому є приписи «Руських Правд». У Короткій «Руській Правді», наприклад, це припис щодо договору позики: «Аще гдѣ взъщеть на дроузѣ проче, а он ся запирати начнеть, то идти ему на изводъ пред 12 человека»… (ст. 15 Акад. сп.) [4. 84]. Подібний припис містить й ст. 47 Широкої «Руської Правди» (Пушк. сп.) [4, 135].

Сьогодні важко стверджувати, з якого конкретно виду судових доказів бере начало це правове явище. Але вперше про судові докази, і саме при сумнівах щодо показань обвинуваченого, йдеться у ст. 3 договору князя Олега з Візантією 911 р.: «Иже ся ключитъ проказа, да елико явъ будеть показаніи явленными, да имъють върное о тацъхъ явленіи, а ему же не яти въры; да не клянется часть та, иже ищеть неятью вѣры; да егда клянется по вѣрѣ своей, будетъ казнь, якоже явится согръшеніе о семъ» [3], тобто, якщо станеться правопорушення, і буде підтверджене безсумнівними «покзаніи», а почнуть їх заперечувати, то нехай не клянеться сторона, яка заперечує; якщо вона й буде клястися по вірі своїй, страта має відбутися в міру доведеності злочину [7, 138].

Мають місце спори: візантійська чи руська редакція цієї статті; вираз «показаніи явленными» означає власне показання, чи цей термін означає явні ознаки злочину; чи він означає будь-які докази тощо . Абстрагуючись від дискусій з цих питань, все ж можна констатувати, що потреба у судових доказах виникла по причині недовіри до показань, і недовіри саме до показань обвинуваченого, їх недостатності для справедливого вирішення справи. І клятва (у договорі 945 р. – «рота») там названа одним із таких судових доказів. Красномовним підтвердженням цьому є приписи «Руських Правд».

Які ж види доказів використовували наші пращури у древньоруському судовому процесі можна судити з приписів «Руських Правд», ураховуючи, що в цій частині вони цілком основані на звичаєвому праві того часу.

Перш за все як вид доказів закон називає свідчення видоків (людей, мужів) як очевидців факту: «пріидеть видокъ», «видока два выведеть» (ст. ст. 1, 10 Акад. сп.) [4, 83]; «а о уже людьє видели связана» (ст. 40 Пушк. сп.) [4. 134]; «то вывести свободна мужа два» (ст. 37 Пушк. сп.) [4. 134].

Особливим видом доказів зазначені так звані послухи, люди здебільшого вільні та, що суттєво, близькі до сторони, на користь якої свідчили, і свідчили в одних категоріях справ так само як і видоки – свідками факту, що доказувався («А кто порветь бороду… а вылизуть послуси» (ст. 67 Пушк. сп.) [4, 136]), в інших – як помічники сторони через свідчення перед судом про її «добру репутацію», тобто як «співприсяжники», свідченнями яких можна було «очиститися» від обвинуваченн: «Аще буть оу кого клєпная вѣра тоже будеть послуховъ 7 то то идут виру» (ст. 18 Пушк. сп.) [4, 132].

Одними з видів доказів – це так звані «знаменія», предмети злочину, речові докази під назвою «лицо», «сліди» злочину: «Аще придеть кровавъ муж на дворъ или синъ то видока ему не искати…аще не будетъ на немъ знамеья то привести ему видок» (ст. 28 Пушк. сп.) [4, 133]; «Оже кто познаєть челядь свою оукраденую» (ст. 38 Пушк. сп.) [4, 134]; «А пакы лица не будеть а будеть княжь конь» (ст. 45 Пушк. сп.) [4, 134]; «Аже будеть расѣчна земля или знаменьє им же ловлено или сѣть то по верви искати» (ст. 70 Пушк. сп.) [4, 136]; «Не будеть ли тать то по следу женуть» (ст. 77 Пушк. сп.) [4, 137].

Звичайно ж, хоча в законі вони прямо не називаються, доказами були показання сторін справи, бо таке безумовно випливає з його приписів, наприклад: «а онъ ся запирати начнеть» (ст. 14 Акад. сп.) [4, 84]; «а истца начнеть головою клепати» (ст. 21 Пушк. сп.) [4,].

Наостанок, як докази мали місце фактичні дані, основані на тогочасних віруваннях, зокрема: рота (присяга) та ордалії (випробування розпеченим залізом чи водою): «или боудеть варягъ или колбягъ то на ротоу» (ст. 10 Акад. сп.) [4, 83]; «а истець начнеть головою клепати то имъ правду желѣзо» (ст. 21 Пушк. сп.) [4, 132].

В науковій літературі висловлювались думки, з посиланням на іноземних авторів, основані на аналогії з воєнними подіями тощо про те, що в Київській Русі практикувались й такі докази-ордалії, також основані на віруваннях («суди Божі») як жереб [8, 198] і судовий поєдинок [9, 20]. Але ані законодавчого, ані літописного підтвердження вони не мають.

Так чи інакше, все ж про систему доказів тут, очевидно, говорити ще рано. Бо норми «Правд» здебільшого сконструйовані так, що у більшості категорій справ вимагали чітко визначених доказів, тобто окрім усього іншого формулювали, так сказати, їх «криміналістичну характеристику» чи формулювали загальне правило такої характеристики для кількох видів судових справ. Характерним було й те, що до доказів, основаних на віруваннях, зверталися тоді, коли для з’ясування правди бракувало звичайних. Ось яскравий приклад сказаному: «Ст. 21. Искавши ли послуха и не нелѣзут а истець начнеть

головою клепати то имъ правду желѣзо. Ст. 22. Такоже и о всихъ тяжахъ в тадьбѣ и в поклепѣ оже не будеть истьца тогда дати єму исправа желѣзо изъ неволи до полугривнъ золота оже ли и мене то на воду али въ двою гривну аще ли мене то ити єму по свои куны» (Пушк. сп.).

І треба наголосити, що древньоруський інститут судових доказів, це виключно продукт творчості українського народу. З часом він українським же народом удосконалювався, ордалії ставали історією, терміни приводились у відповідності до відображуваних ними явищ дійсності, запроваджувались нові види доказів тощо. За Литовськими Статутами видоки, наприклад, стали «свідками», послухи – виключно «співприсяжниками», перелік доказів доповнився «документами» тощо.

Список використаної літератури:

1. Малиновскій І. Кровавая месть и смертныя казни. – Выпускъ І. Томскъ, 1908. 204 с.

2.Лаврентиевськая летопись [Електронний ресурс] // Режим доступу: https://expositions.nlr.ru/LaurentianCodex/_Project/page_Show.php – Дата доступу: 16.11.2022. 3. Повесть временных лет [Електронний ресурс] // Режим доступу: https://azbyka.ru/otechnik/Nestor_Letopisets/povest-vremennyh-let/ – Дата доступу: 16.11.2022.

4. Білецький Леонід. Руська Правда й історія її тексту. – Вінніпеґ, 1993. С. 163.

5. Эверс І. Ф. Г. Древнъйшее русское право въ историческомъ его раскрытіи. – Санктпереобургъ, 1835. С. 246.

6. Рейнц А. Опытъ Исторіи Россійскіхъ Государственныхъ и Гражданскихъ Законовъ. – Москва, 1836. С. 378.

7. Самоквасов Д. Я. Курсъ истріи русскаго права. – Москва, 1908. С. 663.

8. Девернуа Н. Источники права и судъ в древней Россіи. – Москва, 1869. С. 200.

9. Пахман С. О судебныхъ доказательствахъ по древнему русскому праву, преимущественно гражданскому, въ историческомъ ихъ развитии. – Москва, 1881. С. 225.

Шумило М. Є.,
доктор юридичних наук, професор, Заслужений діяч науки і техніки України, член-кореспондент Національної академії правових наук України

КПК УКРАЇНИ – 10 РОКІВ: КРОК ВПЕРЕД, ДВА НА МІСЦІ? (ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ ДОПОВІДІ)

10 років застосування КПК – достатній період часу, щоб переконатися у його практичній і науковій значущості. Підтримую думку професорки Оксани Володимирівни Капліної, про те, що варто в цей день також згадати і про 100-річчя прийняття КПК УРСР 1922 року. Цьому є вагомі причини. Думаю, що такий підхід дозволить більш глибше з'ясувати причини повільної реалізації положень КПК-2012 року. У XX столітті на теренах України зміна філософії вітчизняного кримінального судочинства відбулася два рази – з прийняттям КПК УРСР 1922 року і через 90 років -КПК України 2012 року. З відомих політичних обставин у долі цих кодифікованих актів є чимало спільного. Вони були прийняті на перехресті різних процесуальних парадигм. Поява нових Кодексів не означала автоматичної зміни ідеології кримінального процесу. Раніше напрацьовані наукові і законодавчі доктрини «тиснули» на їх унормування, тлумачення та застосування. Кожен із цих Кодексів мав своїх попередників і офіційно проголошував подальше вдосконалення кримінального процесу. Наразі, такі декларації не завжди були прогресивними. Наприклад, судово-правова реформа 1864 року була покликана забезпечити, передусім, незалежність суду і створити самостійну судову владу. Для цього у Статуті кримінального судочинства закріплювалися такі фундаментальні європейські правові цінності, як презумпція невинуватості, гласність, усність, змагальність судочинства, гарантії права обвинуваченого на захист, участь захисника, принцип оцінки доказів за внутрішнім переконанням суддів та інші демократичні принципи судочинства. Дані засадничі положення визначали подальший магістральний напрям реформування вітчизняної кримінальної юстиції. На жаль, події 1917 року припинили поступальний рух розвитку демократичного кримінального судочинства. Нова влада не визнала попередні закони «разрушила до основанья» і почала розбудовувати соціалістичне право. В перші роки радянської влади діяльність органів розслідування, надзвичайних комісій, військових трибуналів та народних судів регулювалася різного роду декретами. У цей період було прийнято біля чотирьох тисяч таких актів. Вони мали тимчасовий, фрагментарний, безсистемний, суперечливий, непослідовний і відкрито репресивний характер. Відсутність достатнього досвіду для детального декретування заміщувалася соціалістичною правосвідомістю та революційною

доцільністю. Упорядкування такої діяльності вимагало запровадження відповідної процесуальної форми та гарантій її реалізації. Тому виникла потреба прийняти КПК УРСР -1922 року. Безперечно, на його зміст мав вплив Статут кримінального судочинства 1864 року. Водночас, запозичення положень дореволюційного законодавства (єдина системи судів, інститут засідателів, гласність, публічність судочинства, інститут адвокатури і інші) було вимушеним і пояснювалося відсутністю на той час прийнятних аналогів в умовах соціально-політичних змін. Тому в Кодексі отримали закріплення окремі ліберально-демократичні положення Статуту 1864 року. Так, у законодавчій практиці УРСР простежувалося розмежування попереднього слідства від адміністративної влади та віднесення цього виду державної діяльності до судової влади. Це проявилось також у тому, що судова влада здійснювала в певній мірі судовий контроль за попереднім слідством. Незважаючи на те, що КПК-1922 року опирався на окремі положення дореволюційного законодавства, він мав іншу ідеологічну окраску, скеровану на «побудову комунізму», орієнтацію на так зване радянське право і створення нової радянської парадигми кримінального судочинства на основі інших соціальних цінностей і ідеологічних настанов. Його особливість проявлялася в диктаті держави над особою, нехтуванням її правами та законними інтересами. КПК-1922 року започаткував поступове «реформування» того, шо було унормовано у Статуті Кримінального Судочинства 1864 року шляхом «ефекту ідеологічного розриву» з попередніми юридичними порядками «дореволюційним минулим», «імперським кримінально-процесуальним законодавством». У такий спосіб стався неприхований відхід від засадничих положень судової реформи 1864 року, простежувалися тенденції: применшенням ролі суду, усунення судового контролю за провадженням досудового слідства; провадження досудового слідства став здійснювати державний орган виконавчої влади; органи обвинувальної влади стали перебирати на себе судові функції; прокуратура, поєднувала не тільки функції нагляду за дотриманням законності, але й фактичне керівництво досудовим слідством.

Прийняття КПК-1922 року також започаткувало чимало негативних тенденцій у подальшому становленні кримінально-процесуального законодавства, які, на жаль, живучі до цього часу. До їх числа слід віднести не завжди обґрунтовану гіперформалізацію і бюрократизацію діяльності органів розслідування і судів, що перетворило кримінально-процесуальний закон у «покрокову інструкцію, пам’ятку для малограмотних правозастосовників».

Ідеї становлення соціалістичного типу процесу отримали законодавче закріплення у КПК-1927 і КПК-1960 років. Безперечно, на формування

кримінально-процесуального законодавства та науку кримінального процесу значний вплив мав політичний режим в державі. Так, у кінець 20 – х років до початку 50 – х років XX ст. в колишньому СРСР сформувався антигуманний, авторитарний режим. Він супроводжувався політичними репресіями, соціальною та національною нетерпимістю ,знищенням української інтелігенції ,свавіллям та беззаконням.

Тогочасна наука кримінального процесу була глибоко партійна. Наприклад, авторитетний вчений в галузі науки кримінального процесу М.О. Чельцов – Бебутов остаточно відкидав ідею розподілу кримінально-процесуальних функцій і, спираючись на Конституцію та інші законодавчі акти СРСР, вважав що пролетаріат є правлячим класом цієї держави тому «Кримінальний суд – це орган державної влади, що охороняє правний лад, встановлений від панівної кляси, застосовуючи до праволомців цього ладу закони примусу… Ми розглядаємо кримінальний процес як технічну діяльність державних органів, скерованих на викриття злочину, винайдення злочинця та встановлення ступеню його соціальної небезпеки – діяльність, хоча й одягнену у правові форми, але побудовану на головному принципі доцільності. Тому усі чинності органів розшуку, дізнання, слідства, прокуратури та суду ми повинні вважати, як складові частини процесу». Таким, чином, КПК-1922 року по суті був перехідним нормативним документом, який заклав фундамент поступової зміни мішаного кримінального процесу на процес розшукового типу.

У цей період такі засади судочинства, як презумпція невинуватості, змагальність, розмежування процесуальних функцій, незалежність судової гілки влади визнавалися пережитками буржуазної ідеології і стали неприйнятними для радянської моделі кримінального процесу. Мало того, авторів цих прогресивних положень піддавали «нищівній критиці» на різного роду партійних і державних зібраннях. Наприклад, професор К.А. Мокічев у минулому перший заступник Генерального Прокурора СРСР та як чинний ректор ВЮЗІ у лекції « Против ревизионистских извращений марксистско-ленинского учения о государстве и праве» у 1959 році писав: «К сожалению, отдельные ученые (М.С. Строгович, Н.Н. Полянский, И.Д. Перлов, Р.Д. Рахунов) в адрес которых была направлена критика, не сделали необходимых для себя выводов, они упорно замалчивают критику их позиций и пытаются доказывать, что в Основах уголовного судопроизводства содержатся предлагавшиеся ранее ими принципи и, в частности, презумция невиновности…В советских законах и в практике борьбы с преступностью не было и нет никаких презумпций, т.е. предположений о виновности или невинности. Во всех стадиях советского уголовного процесса (дознание расследование, судебное разбирательство) действовал и действует

принцип законности. Советский суд, прокурор, следователь, лицо производящее дознание, исходят не из предположений, а из фактов, конкретных обстоятельств, и во всех стадиях процесса они обязаны принять все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и обьективного исследования обстоятельств дела, выявлять как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, а также отягчающие и смягчаюшие его вину обстоятельства… Перед следователем, прокурором и лицом ведущим дознание, перед советской общественностью должно предстать только виновное лицо. Без вины именно данного конкретного лица по данному конкретному факту не может быть ни следствия, ни дознания, ни судебного разбирательства». Характерною особливістю радянського періоду також було і те, що в підручниках з кримінального процесу підкреслювався особливий, класовий характер соціалістичного правосуддя і його принципові відмінності від буржуазного судочинства. Безперечно, що таке подання навчального матеріалу формувало упереджене ставлення молодих юристів до законодавства країн розвинутої демократії. Кримінально-процесуальне законодавства радянського періоду відзначалося розбіжностями між офіційно проголошеними та законодавчо закріпленими положеннями і реальною практикою їх застосування. Звісно, що критичне відношення до даного періоду права не повинно принижувати повагу до законодавчих актів того періоду. Вони приймалися в певних політико-правових умовах і віддзеркалювали особливості існуючих на той час суспільних відносин.

Лише після розпаду Радянського Союзу і здобуттям Україною самостійності у кримінальному процесі поступово почали відроджуватися загальновизнані правові цінності Ідея нового процесуального закону виникла одразу після проголошення Україною незалежності. В період «малої судової реформи» 2001 року внесені зміни до КПК-1960 року в певній мірі нівелювали його радянську природу, але не змогли істотно вплинути на його ідеологічну платформу. Тому виникла нагальна потреба у підготовці КПК на основі європейської традиції. Основа проєкту чинного КПК України була підготовлена у 2006–2007 роках. Після численних дискусій було визначено, що загальним вектором у розробці нового КПК буде німецька модель кримінального процесу з вкрапленням окремих англо-американських інститутів (насамперед habeas corpus).

Прийнятий КПК-2012 року продовжив на рівні кодифікованого нормативного акту «зламувати» підвалини радянського типу процесу та реанімувати окремі положення Статуту 1864 року, звісно, що у нових політико-правових умовах. Таким чином радянські КПК-1922, 1927, 1960 років і КПК 2012 року мали несумісні стратегічні цілі. Перші – визнавали «буржуазним хламом»

– презумпцію невинуватості, змагальність, применшували роль суду шляхом «транспортування» його повноважень органам досудового розслідування і перетворенням його в придаток адміністративно-командної системи. Нехтування загальновизнаними засадничими положеннями кримінального процесу позначилося на його змістовній характеристиці, що призвело до формування особливої моделі- радянського типу кримінального процесу. До числа його характерних ознак можна віднести: применшення ролі суду, усунення сторони захисту від участі у збиранні та фіксації доказів; невідповідність європейським стандартам процесуального статусу учасників процесу, заформалізованість стадії досудового розслідування, необґрунтоване роз'єднання і як, наслідок дублювання оперативно-розшукової і процесуальної діяльності, пасивна роль прокурора у перебігу досудового провадження, відсутність відповідальності прокурора за проведення розслідування; відсутність судового контролю за діяльністю слідчих органів та міліції; право суду направляти кримінальну справу на додаткове розслідування, відсутність відновного правосуддя; сильний інституційний тиск щодо ухвалення обвинувального вироку. На думку, відомого українського правознавця Ю.М. Грошевий в умовах тоталітарного режиму сформувалась особлива радянська неінквізиційна модель процесу. Вона мала привабливі декларації, які не опиралися на конкретні норми. Контраст між існуючою практикою судочинства, задекларованими принципами радянського кримінального процесу надавав перевагу видимості, а не суті. Проголошення в законі загальноприйнятих прогресивних правових принципів мало в значній мірі формальний характер. Кримінально-процесуальне законодавство не знало функціональної диференціації. Встановлювалися єдині завдання для судової і обвинувальної влади. В одному суб'єкті об'єднувалися різні за юридичною природою види діяльності. Реально не тільки слідчий і прокурор, але значною мірою і суд виконували функцію обвинувачення, яка маскувалася намірами забезпечити всебічність, повноту та об'єктивність дослідження обставин справи.

На жаль, на протязі багатьох років деформовані уявлення про кримінальний процес «теоретично обґрунтовувалися» у наукових розвідках, навчальних виданнях на яких виховалось не одно покоління радянських юристів.

КПК-2012 року взяв курс в протилежному напрямку – на поновленні статусу суду, презумпції невинуватості, змагальності, введення на стадії досудового розслідування судового контролю, розподілу процесуальних функцій і інше. Новий КПК-2012 року, як і КПК-1922 року запропонував нову філософію, яка супроводжується «ефектом розриву з минулим». Дійсно концептуальний «розрив» має місце, але на жаль, поки що не в повній мірі

фактично. Теоретично кодифікація передбачає усунення невизначеностей у сфері права, та забезпечення стабілізації у регулюванні відповідних правовідносин. Як свідчить аналіз положень КПК і практики його застосування такі функції кодифікації виконуються не в повній мірі. Справа в тому, що окремі положення минулих наукових розвідок і законодавства є дуже живучими у свідомості їх носів і тому впливають на тлумачення оновленого законодавства. Відтак, при застосуванні і інтерпретації окремих положень КПК ми знаходимося у полоні застарілих понять і категорій, сформульованих у попередніх КПК.

Ухвалений у 2012 року КПК можна охарактеризувати як певну спробу реалізувати євро інтеграційні наміри нашої країни в царині кримінальної юстиції у ситуації браку його національної доктринальної моделі, яка б акумулювала в собі як передовий досвід сучасних західних правопорядків, так позитивну вітчизняну практику, ставши відтак надійною теоретичною платформою для здійснення законопроектних робіт. Такий стан речей почасти можна пояснити тим, що після здобуття Україною незалежності вітчизняна теоретична думка силою інерції і перебувала і далі перебуває в сильній залежності від філософії і теоретичних узвичаєнь, на яких був побудований КПК УРСР 1960 року. Тому, як справедливо зазначає один із авторів КПК-2012 року Л.М. Лобойко, кримінально-процесуальна наука геть не була готова думати й діяти в рамках сучасних європейських і англо-саксонських традицій в умовах конвергенції правових систем, що є характерним для процесу глобалізації.

Оскільки життя і наші західні партнери все наполегливіше вимагали підготувати новий КПК, який би міг наблизити вітчизняне правосуддя до критеріїв, розроблених ЄСПЛ, то вирішено було залучити до групи вітчизняних фахівців і зарубіжних колег, які звісна річ, не мали цілісного уявлення про палітру проблем практики українського кримінального судочинства. У цій ситуації, коли, з одного боку, вітчизняна команда проектантів КПК не мала надійної, апробованої юридичною спільнотою теоретичної платформи, а західні консультанти могли лише висловлювати свої рекомендації в рамках власного теоретичного і практичного досвіду, а з іншого, коли підготовлений законопроект не пройшов широкого обговорення в зацікавленому середовищі, й народився «гібридний» КПК, хаотично «склеєний» з фрагментів (запозичень) деяких західних процесуальних інститутів і частин КПК 1960 р., які далеко не завжди – аж до скреготу – належним чином сполучаються між собою. В цьому більше позитиву чим негативу тому, що конвергенції різних процесуальних систем в умовах сучасності звичайне явище. У такий спосіб , у КПК-2012 року в порівнянні з КПК-1960 року були запрограмовані радикальні зміни у призначенні, меті і завданнях кримінального процесу; регулюванні

правовідносин у царині доказової діяльності, розширенні зони змагальності, істотному корегуванні повноважень окремих учасників кримінального провадження; внесенням раніше невідомих вітчизняному процесу корективу у структуру досудового розслідування, зокрема його початку, запровадженням інституту повідомлення про підозру, належної правової процедури застосування примусових заходів, негласних слідчих(розшукових) дій, компромісних процедур, уточненнями в судових стадіях і інших новацій. Для осмислення їх юридичної цінності і адаптації в умовах українського правового простору ситуація вимагала достатнього відрізку часу, перехідного періоду. І цьому є пояснення. Він є неминучим і нерідко супроводжується наявністю правових колізій, неоднозначним тлумаченням його положень, а інколи і розчаруванням, що передбачає апробацію новітніх законів. Прийняття нових законів не усуває в свідомості, правників стереотипів минулого законодавства. Новації повільно еволюціонують сукупно із всією правовою системою країни. Тому перед запровадженням нових законоположень необхідно проводити юридичну адаптацію нового законодавства як комплексу заходів матеріально-технічного, організаційно-управлінського і спеціально юридичного характеру, які здійснюється державою з метою забезпечення реальної чинності законів. Наприклад, проводити активні науково-методичні заходи направлені на роз’яснення змісту нового законодавства його переваг над застарілим законодавством. Крім цього дані заходи також передбачають створення системи блокування деструкційних впливів на закони та захисту їх функціонування Відсутність таких акцій ускладнює застосування нового законодавства і створює передумови для його інтерпретації відповідно до усталених традицій радянської доби. У випадках невдалих реформ не виключаються контрреформи, оскільки правові реформи змінюються стрибками, випереджаючи події і нерідко повертаються в площину минулого.

На жаль, при запровадженні КПК-2012 року дані заходи практично не проводилися. Між прийняттям і вступом в дію КПК було відведено всього лише 7 місяців. Для сприйняття радикальних змін у регулюванні кримінальної процесуальної діяльності цього часу біло явно недостатньо. Усвідомлення новацій також ускладнювалося відсутністю прогностичних наукових розвідок. Так склалося, що ініціатива у радикальних змінах в законодавстві, як правило, була за законотворцем. Тогочасна наука кримінального процесу, перебуваючи під впливом ідеології радянського типу кримінального процесу втратила здатність виконувати прогностичну функцію. Засадничі положення для нового КПК були, як завжди, запозичені із західних процесуальних систем, з урахуванням нормотворчого досвіду раніше прийнятих КПК Молдови, Грузії та

країн Балтії. Тому було б помилкою стверджувати, що переважна більшість науковців і практиків були готові сприйняли такі нововведення під «аплодисменти».

Ніде правди діти, у стислий проміжок часу запровадження нового КПК не було вжито належних організаційних заходів в сфері професійного кадрового забезпечення і запровадження нових форм організації вишколу кадрів поліційної і прокурорської і судової влади. Не випадково, наприклад, у п. 25 Перехідних положень до КПК давалось доручення Кабінету Міністрів України спільно з Генеральною прокуратурою Вищою кваліфікаційною комісією суддів України та органам адвокатського самоврядування підготувати і забезпечити виконання програм перепідготовки працівників органів кримінальної юстиції та адвокатів з питань застосування нових положень кримінального процесуального законодавства. На жаль, даний припис вищого законодавчого органу країни практично не виконано, а в окремих навчальних закладах навіть не збільшено кількість аудиторного часу на вивчення оновленого КПК. Сумарно ці та інші важливі чинники негативно проявились у ході 10-річного застосування КПК-2012 року. Крім цього, виявилися низка положень, які потребують узгодження і конкретизації задля логічності і усунення невизначеностей в КПК-2012 року, оскільки, на думку Л.М. Лобойка, чинний КПК, як і будь –який законодавчий акт не позбавлений недоліків, пов’язаних з впровадженням архаїчних положень.

Так, загальновизнаним є положення про те, що ключову функцію у структурі норм кримінального процесуального кодексу відводиться його засадам. Вони визначають ідеологію, архітектоніку, зміст, форму, тип, призначення і мету кримінального провадження. Тому зміст і форма спеціальних норм Кодексу повинні відповідати букві і духу засад кримінального процесу.

На жаль, задекларовані у КПК-2012 року окремі засадничі вимоги сучасного європейського зразка, не отримали належної конкретизації у спеціальних нормах відповідних стадій провадження, а інколи навіть з ними не узгоджуються. Тому, учасники кримінального провадження нерідко стоять перед вибором: приймати вимоги засад кримінального процесу чи продовжувати застосовувати законодавство зразка 1960 року. Прикладом може бути фундаментальне положення ч. 2 ст. 23 КПК, у якому вказується: «Не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом». На мою думку, ясніше не можна сформулювати. Дане засаднича вимога має принципове значення. Вона має на меті запровадити нову європейську парадигму доказів і доведення у сучасному українському кримінальному провадженні. Згідно припису ч.2 ст. 23 КПК докази можуть

формуватися лише в судовому порядку. В стадії досудового розслідування є лише матеріали, що претендують на статус судових доказів. Підстав для такого підходу більше ніж достатньо. Необхідність визначення суду, як єдиного суб'єкта оцінки відомостей, як доказів обумовлена поєднанням в КПК ОРД і процесуальної діяльності а також обумовлена природою юридичного знання, сприйняття котрого передбачає його інтерпретацію. Як зазначає один із розробників КПК В.М. Сущенко « … в цьому випадку законодавець вирішив не відмовлятися від традиції КПК-1960 та зберіг термін «збір доказів» на досудовому слідстві, тим самим, хоч і завуальовано, але фактично підтвердивши «обвинувальний ухил» самої стадії досудового слідства, вкотре поставивши під сумнів дієвість конституційного принципу «презумпції невинуватості. Побічний аналіз норм доказового права у КПК-2012 року свідчить про те, що «модель» доказів радянського кримінального процесу «розвалена». Законодавець по суті відмовився від вимоги про те що кожному виду доказів має відповідати встановлений процесуальний режим їх збирання. Так, згідно чинного КПК є наступні модифікації способів отримання доказів: шляхом проведення слідчих (розшукових) дій (ст. ст. 224-245 КПК), негласних слідчих (розшукових) дій (ст. ст.246-275 КПК), до внесення відомостей в ЄРДР у провадженнях щодо кримінальних проступків (п. 3 ст. 214 КПК). У п. 7 ст. 20 Закону «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» в числі професійних прав адвоката значиться «збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази у встановленому законом порядку…». Незважаючи на таке, у ч. 1 ст. 84 КПК-2012 року по суті відтворена дефініція доказів, яка була закріплена у Основах кримінального судочинства Союзу РСР та союзних республік у 1958 році, у якій всупереч вимогам п.2 ст. 23 КПК в числі авторів доказів вказані прокурор та слідчий. Крім цього, у нормах, що регулюють діяльність суду першої інстанції також йдеться про «дослідження доказів, представлених прокурором ст. 349 КПК», «дослідження речових доказів ст. 358 КПК», «з'ясування обставин та перевірка їх доказами (ст. 363 КПК). Вживання в законодавстві таких словосполучень не узгоджується з вимогами п. 2 ст. 213 КПК. Прикро, але, правди ніде діти, за 10 років застосування КПК-2012 року ні в науці, ні на практиці не вдалося «зламати» слідчий спосіб формування доказів. На мій погляд, значна провина в цьому вітчизняної науки, яка в основному «топчиться» в полоні застарілих уявлень про докази і доказування зразка 60- років минулого століття. Позитивним є те, що таке становище в законодавстві повільно коригується практикою. Так, окремі слідчі почали проводити допити свідків і підозрюваних без належної деталізації, посилаючись на п. 4 ст. 95 КПК, у якому вказується, що «Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями наданими слідчому,

прокурору, або посилатися на них, крім порядку отримання показань, визначеного статтею 615 цього Кодексу». Становиться очевидним те, що практики визнають правову доцільність вимог п. 2 ст. 23 КПК, і це створює умови для деформалізації досудового розслідування, оскільки в структурі кримінального процесу явно нераціонально одночасно мати ретельно унормоване досудове розслідування і судовий розгляд. У зв'язку з цим, наведене переконує мене в тому, що настав час привести кримінальне процесуальне законодавство в частині , що стосується доказів, у відповідність до вимог п. 2 ст. 23 КПК.

На мій погляд, у зв'язку з розширення змагальних засад потребує також осучаснення і сама концепція доказування у кримінальному процесі. Так, у п. 2 ст. 91 чинного КПК вказується «Доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження». Даний підхід до такого тлумачення доказування був запропонований ще у кінці 19 століття німецькими процесуалістами як «практична діяльність суду, що складається із збирання, дослідження і оцінки доказів і яка включає розумову логічну діяльність судді. У радянському кримінальному процесі засада змагальності була піддана остракізму. Тому дану формула доказування вдало прийшлася «ко двору» і вписалася в його філософію. Таке розуміння змісту доказування поширюється на стадію досудового розслідування і ототожнюється з кримінальним переслідуванням. Крім цього, у чинному КПК визначення доказування також спрощує його зміст. За його межами залишається логічна, психологічна, семантична комунікаційна складові даного виду діяльності. Водночас, спотворюється природа доказів у кримінальному провадженні. Для професіоналів зрозуміло, що збираються не докази, а відомості про сліди вчиненого соціально протиправного і суспільно небезпечного діяння. Вони за припущенням органів досудового розслідування лише можуть бути фактичною основою майбутніх судових доказів.

Легалізація у КПК засади презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини (ст. 17 КПК), визнання того, що «кримінальне провадження здійснюється на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав і свобод і законних інтересів засобами, передбаченими цим Кодексом», а також те, що «Суд, забезпечуючи об'єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків». Дані засадничі приписи по суті запрограмували іншу модель доказування, ніж та, яка сформульована у ст. 91 КПК.

У цьому зв'язку є слушним, на мій погляд, твердження В.П Гмирка, що «Доведення в судовому процесі можна спробувати визначити як спеціальне юридичне поняття на позначення різновиду аргументаційної миследіяльності сторони обвинувачення в суді з обстоювання своєї правової позиції». На його думку, воно має такі ознаки: 1) адресатом доведення є суд; 2) про доведення можна вести мову за наявності юридичної суперечки з приводу предмета кримінального позову між сторонами; 3) діяльність доведення відбувається у організаційно-правовій формі негативної кооперації сторони обвинувачення і захисту відкрито у присутності судової аудиторії; 4) доведенню відбувається під контролем суду, як процесуального арбітра в рамках належної правової процедури; 5) результати виконання прокурором публічно-правового обов'язку по доведенню винуватості особи у вчиненню злочину оцінюються судом згідно стандарту доведеності « поза розумним сумнівом». Як не прикро, але в наукових і навчальних видання подання матеріалу щодо доказування залишається спрощеним і зводиться до збирання, перевірки і оцінки доказів. Звісно, що з такими підходами важко буде реалізовувати оновлене законодавство.

На мій розсуд, у чинному КПК-2012 року є елементи нелогічного романтизму. Наприклад, у ч. 1 ст. 22 КПК говориться, що кримінальне судочинство здійснюється на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами,передбаченими цим КПК».У ч. 2 даної статті конкретизуються умови змагальності, у якій вказується, що «Сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених цим Кодексом». Не викликає сумнівів, що дана засаднича норма стосується лише судових стадій. І цьому є причини. В стадії досудового розслідування вести мову про формальну рівність сторін обвинувачення і захисту некоректно. Наприклад, підозрюваний та його захисник як представники сторони захисту (п. 19 ст. 3 КПК) мають далеко не рівні права з слідчим чи прокурором у збиранні та поданні доказів і відстоюванні своїх правових позицій. Відтак, навряд чи є обґрунтованим твердження законодавця про існування сторін у стадії досудового розслідування. Незважаючи на таке, у п. 19 ст. 3, ст. ст. 36-41 КПК-2012 року до сторони обвинувачення віднесено-слідчого, дізнавача, керівника органу досудового розслідування, керівника органу дізнання, оперативні підрозділи, прокурора. Загальновідомо, що сторони можуть бути там, де є суд. При такій конструкції розподілу функцій теоретично і фактично штучно викреслюється із структур процесу функція розслідування, яка повинна характеризується неупередженістю.

На мою думку, також навряд чи є достатньо аргументів для того, щоб поширити на «правове поле» досудового розслідування положення п. 3 ст. 22 КПК у якому йдеться: «Під час кримінального провадження функції державного обвинувача, захисту та судового розгляду не можуть покладатися на один і той самий орган чи службову особу». Практично, всупереч даному положення у п. 2 ст. 9 КПК стверджується, що «Прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язані всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті, обставини що викривають підозрюваного обвинуваченого, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого а також обставини, що пом'якшують або обтяжують його покарання...». Такі неузгодженості у «системі» засад вітчизняного кримінального процесу свідчать про те, що неможливо регулювати різні види юридичної діяльності однаковими засобами правового впливу. Цілком є очевидним те, що у п. 2 ст. 9 КПК йдеться про вимоги щодо способів і методів проведення досудового розслідування. Тому в найближчій перспективі є сенс унормувати окремо засади характерні для підготовчого і судового проваджень. Розмежування цих видів юридичної діяльності уже окреслено в КПК-2012 року. Так, у п.п. 25 і 26 ст. 3 КПК йдеться окремо про учасників кримінального і судового провадження. Очевидно, з цих міркувань у ст. 129 Конституції законодавець так виокремив основні засади судочинства, які стосуються також кримінального процесу. Дана позиція спростовує міф про те, що кримінальний процес і кримінальне судочинство одне і теж.

На сьогодні в Україні існує п'ять органів досудового розслідування (ст. 38 КПК). Їх умовно можна поділити на дві групи:

1) слідчі підрозділи органів Національної поліції і органів безпеки;

2) слідчі підрозділи ДБР, та підрозділи детективів НАБУ і БЄБ.

Проте мимо їхнього спільного призначення (функції), вони мають і істотні організаційні відмінності. Так, відповідно до КПК у зміст діяльності з розслідування кримінальних правопорушень включено негласні слідчі (розшукові) дії, проведення яких, як правило, доручається оперативним підрозділам. проте в органах Національної поліції і СБУ вони функціонують, будучи підпорядкованими іншим структурам. А це означає, що виконання окремих доручень слідчих цих відомств і прокурорів для них є не основним, а додатковим обов'язком. Звісно, це негативно впливає на оперативність і ефективність досудового розслідування. Тому цілком логічно вважати, що ускладнений зміст досудового розслідування вимагає адекватних організаційних форм його проведення.

Тому в структурі органу досудового розслідування (це випливає із змісту КПК) повинні бути добре організовані, оснащені сучасною технікою оперативні підрозділи як органи кримінального переслідування, що виконують свої функції предметно по конкретним кримінальним провадженням (Гродзинський про це писав). Наприклад, у Франції такі підрозділи поліції називають судовою поліцією. Вона здатна своєчасно вислідити, затримати і припинити дії злочинця і зібрати добротні матеріали для судового дослідження. За такої формі організації розслідування проводиться колективно в режимі кооперації оперативних і слідчих заходів. Тому даний підхід використано при створенні НАБУ, ДБР і БЄБ. Так, згідно зі ст. 9 Закону «Про ДБР» у його складі діють слідчі і оперативні підрозділи. Відповідно до п. 5 ст. 5 Закону «Про НАБУ» і ст. 14 Закону «Про Бюро економічної безпеки України» в структурі цих органів передбачено підрозділи детективів, що здійснюють оперативно-розшукові і слідчі (розшукові) дії. Із цього неважко дійти до висновку, що в Україні частково створено сучасні органи розслідування на принципово новій основі з об’єднанням оперативно-розшукової і слідчої діяльності

На моє переконання відсутність теоретично обґрунтованої концепції реформування досудового розслідування негативно вплинуло на його унормування у КПК-2012 року. Так, у НАБУ і БЄБ розслідування проводиться детективами, а в Національній поліції, СБУ, ДБР – слідчими. Дані учасники кримінального провадження наділені різними повноваженнями. Так, в п. 4 ст. 5 Закону «Про НАБУ» вказується, що підрозділи детективів здійснюють «оперативно-розшукові та слідчі дії», а в п. 1 ст. 10 даного закону також зазначається, що «Негласними штатними працівниками Національного бюро можуть бути детективи, старші детективи …». В п. 2 ст. 2 Закону «Про бюро економічної безпеки України» роз’яснюється, що «детектив Бюро економічної безпеки України – службова особа Бюро економічної безпеки України, уповноважена в межах компетенції, визначеної Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» та Кримінальним процесуальним кодексом України, здійснювати оперативно-розшукову діяльність і досудове розслідування кримінальних правопорушень, віднесених законом до підслідності Бюро економічної безпеки» У ст. 40 КПК йдеться про те, що слідчий в межах кримінального провадження проводить слідчі (розшукові) та негласні (розшукові) дії. Порівняльний аналіз повноважень детектива і слідчого свідчить, що детективи наділені правом проведення оперативно-розшукової діяльності до початку кримінального провадження, що не характерно для слідчих. Унормовані в КПК 2012 р. і в Законах «Про НАБУ» та «Бюро економічної безпеки України» відповідно повноваження слідчого та детектива дають підстави для

обґрунтованого висновку, що слідчий зразка КПК УРСР 1960 року «наказав довго жити». З урахуванням оновленого змісту КПК-2012 року, очевидно, досудове розслідування раціонально проводити учасниками провадження наділеними одночасно повноваженнями оперативного працівника і слідчого (детективами) .

Вважаю, що потребують уточнення і повноваження прокурора в стадії досудового розслідування. Згідно з вимогами ст. 131-1 Конституції України і п. 2 ст. 36 КПК прокурор являється відповідальним за організацію досудового розслідування а також здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Неважко угледіти, що має місце змішування наглядових і управлінських функцій у діяльності прокурора. Тому вони не випадково по суті дублюють права керівника органу досудового розслідування (ст. 39 КПК). Вибіркові соціологічні опитування окремих слідчих свідчить про те, що прокурори не завжди реально мають можливість керувати досудовим розслідуванням. Непомірне навантаження стоїть на заваді цьому. Тому таке керівництво набуває формальних ознак. Прокурора проявляють активність лише в судових засіданнях, де виконують функції сторони обвинувачення. В даній ситуації проблема не лише у процесуальному регулюванні, але також в питаннях кадрового і організаційного забезпечення реалізації приписів законодавства. Прокурор, як мені видається, повинен таки здійснювати нагляд за дотриманням законів органами досудового розслідування, а тому не варто його обтяжувати невластивими для нього функціями.

У теоретичній і практичній площині виникають проблеми з процесуальним статусом потерпілого і його представника. У п.19 ст. 3 КПК вказується, що вони відносяться до сторони обвинувачення у випадках передбачених законом. Велика Палата Верховного Суду у своїй Постанові від 26 червня 2019 року наголосила, що потерпілий до сторони обвинувачення може бути віднесений у двох випадках: при зміні прокурором обвинувачення в суді (ч.2 ст. 340 КПК) і при відмові прокурора від підтримання публічного обвинувачення. Аналіз повноважень учасників кримінального провадження, що відносяться до сторони свідчить про те, що вони ширші від повноважень тих учасників, що не наділені таким статусом. Тому потерпілий не може повноцінно здійснювати свої права щодо збирання та подання доказів, ініціювання заходів забезпечення кримінального провадження, зокрема запобіжних заходів перед слідчим суддею, відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, одержання професійної правничої допомоги, зокрема, правом на звернення з клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів, а також правом залучення експерта.

Таким чином, 10-річчя застосування КПК-2012 року, підтверджує його життєздатність і потребує приведення окремих його положень у логічно структуровану систему з тим, щоб забезпечить його подальшу орієнтацію на кращі європейські стандарти кримінального судочинства.

Використана література:

1. Памятники российского права (т. 29) с. 42.

2. Лисицын А. Е. Нужно упростить. *Еженедельник советской юстиции*. 1922. № 43. С. 1–2.

3. Россинский С. Б. УПК РФ: воплощение «высокого» предназначения уголовно-процессуальной формы или «памятка» для безграмотных правоприменителей? Законы России: опыт, анализ, практика. 2021. № 6. С. 42–46.

4. Чельцов-Бебутов М.О. Кримінальний процес для низових робітників юстиції і самоосвітян/ Чельцов-Бебутов М.О. – Х: Юридичне видавництво Наркомюсту України, 1929 – с. 11.

5. Мокичев К.А. лекция «Против ревизионистских извращений марксистско-ленинского учения о государстве и праве» Москва. – ВЮЗИ, – 1959 г. – с. 32.

6. Щиголь О.В. Нова концепція процесуального становища потерпілого та його представника у кримінальному провадженні з урахуванням засади віктимоцентризму // Юридичний вісник. 2021. №2. – с. 185.

7. Гмирко В.П. Діяльнісний концепт доведення в реструктуризованому кримінальному процесі (методологічні рефлексії) // Сучасні концепції доказування і доказів у юридичному процесі країн ближнього зарубіжжя та їх вплив на формування єдиної судової практики: матеріали науково-методологічного семінару (м. Київ, 16 листопада, 2018 р.) / упоряд. М.Є. Шумило. Харків: Право, 2020. – С. 38.

8. Принципи побудови сучасного кримінального процесу України / Н.В. Глинська, Л.М. Лобойко, О.І. Марочкін иа ін.: монографія: за заг.ред. О.Г. Шило. – Х: НДІ ВПЗ імені акад. В.В. Сташиса НАПрНУ, 2016. – с. 85

9. Олександр Банчук. 5 ідей від розробників КПК, які так і не вдалося втілити у життя. URL: https://justtalk.com.ua/post/5-idej-vid-rozrobnikiv-kpk-yaki-tak-i-ne-vdalosya-vtiliti-u-zhittya? (дата звернення 02.01.2023).

10. Володимир Сущенко. Як формувався КПК 2012 року: нотатки автора. URL: https://justtalk.com.ua/post/yak-formuvavsya-kpk-2012-roku-notatki-avtora? (дата звернення 02.01.2023).

УДК 343.13:343.163(477)

Юрчишин В. М.,

професор кафедри міжнародної та кримінальної юстиції Чернівецького навчально-наукового юридичного інституту НУ «ОЮА»

Юрчишин Ю. В.,

начальник відділу ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань та інформаційно-аналітичної роботи Чернівецької обласної прокуратури, молодший радник юстиції, кандидат юридичних наук

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ПРОКУРОРІВ СПЕЦІАЛІЗОВАНОЇ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ

Проблемам удосконалення процесуального статусу прокурорів Спеціалізованої антикорупційної прокуратури України у кримінальній процесуальній діяльності, зокрема, у справах про корупційні злочини, займалися такі науковці, як І. В. Гловюк, О. М. Комарницька, В. І. Малюга, М. А. Погорецький, О. С. Проневич, А. Р. Туманянц, В. М. Юрчишин тощо. Однак більшість з них більшу увагу приділяли організації діяльності спеціалізованих прокуратур, проблемам нормативного забезпечення, застосування позитивного зарубіжного досвіду; натомість проблеми реалізації повноважень прокурора у кримінальних провадженнях про корупційні злочини залишаються недослідженими.

Слід зазначити, що з метою попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних кримінальних правопорушень, а також запобігання вчиненню нових було створено Національне антикорупційне бюро України, до повноважень якого увійшли можливості як процесуальної слідчої, так і оперативно-розшукової діяльності, а у випадках, визначених ст. 216 КПК України, можливість розслідування кримінальних правопорушень, які належать до підслідності інших органів досудового розслідування [1].

Доцільність створення такого самостійного органу досудового розслідування обґрунтовується статистичними даними. Лише за три місяці 2015 року відповідно до Єдиного звіту про кримінальні правопорушення по державі, органами прокуратури усього було обліковано (внесено до Єдиного реєстру досудових розслідувань) 1833 злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов’язаної з наданням публічних послуг, до яких належать й корупційні кримінальні правопорушення, з яких 335 було

кваліфіковано за ст. 368 Кримінального кодексу України як прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою [2]. Водночас, відповідно до п. 1 розділу 11 «Перехідні положення» КПК, після введення в дію ч. 5 ст. 216 КПК, яка регламентує питання підслідності кримінальних проваджень, усі матеріали кримінальних проваджень, досудове розслідування яких здійснювали слідчі органів прокуратури, передаються детективам органів Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ) [3].

Прокурорський нагляд за діяльністю детективів НАБУ у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням покладено – на Спеціалізовану антикорупційну прокуратуру (далі – САП), яка у свою чергу є структурним підрозділом Генеральної прокуратури України.

У зв'язку із визначенням прокурора САП ключовим владним суб'єктом досудового розслідування у доктрині кримінального процесуального права виникли неоднозначні позиції щодо терміну «процесуальне керівництво у провадженнях про корупційні злочини».

Для початку проаналізуємо думки науковців щодо дефініції «прокурорське процесуальне керівництво досудовим розслідуванням».

Як відомо, у КПК України прокурорське процесуальне керівництво досудовим розслідуванням визначається як форма прокурорського нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування (ч. 2 ст. 36 КПК України), внаслідок використання якої прокурор забезпечує професійне, ефективне та законне виконання слідчим поставлених перед ними завдань [4,с.111]. Відповідно до цього у наказі Генерального прокурора України від 28 березня 2019 № 51 «Про затвердження Порядку організації діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні» і, називають «процесуальними керівниками досудового розслідування» та «керівниками прокуратур» [5].

М. Гошовський виокремлює два види прокурорського нагляду при здійсненні досудового розслідування: а)нагляд у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням (ч. 2 ст. 36 КПК) як основний вид нагляду; б) нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування (ч. 5, ч. 6 ст. 36 КПК України) як вид контролю за його проведенням з боку керівників органів прокуратури [6, с. 72].

В. М. Юрчишин зазначив, що характеризуючи прокурорський нагляд у досудовому провадженні двома взаємопов'язаними аспектами – нагляд і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, законодавець

припустився грубої методологічної помилки, оскільки визначив процесуальне керівництво формою нагляду, а не додатковою функцією [7, с. 26].

О.Толочко виділяє такі процесуальні напрями прокурорської діяльності: процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, прокурорський нагляд за дотриманням законів органами досудового розслідування, організація проведення досудового кримінального провадження, підтримання державного обвинувачення (ст. 36 КПК України) [8, с. 141].

В. Бабкова, говорячи про співвідношення понять «процесуальне керівництво з боку прокурора досудовим розслідуванням» і «нагляд прокурора за додержанням законів при проведенні досудового розслідування» зазначає, що вони ідентичні, оскільки і процесуальне керівництво, і нагляд мають спільне завдання – забезпечення суворого додержання кримінального процесуального закону і правильне застосування норм кримінального та іншого матеріального права органами досудового розслідування. Автор процесуальне керівництво досудовим розслідуванням розглядає як один із засобів реалізації прокурором функції нагляду за додержанням законів органами розслідування [9, с. 71–72].

На думку академіка НАПрН України, доктора юридичних наук, професора В. Т. Нора… процесуальне керівництво досудовим розслідуванням- це самостійна функція прокурора у кримінальному провадженні, яка здійснюється з використанням владно-розпорядчих повноважень, полягає в організації та визначенні основних напрямів досудового розслідування та керівництві діяльністю органів досудового розслідування й оперативних підрозділів, спрямованої на всебічне, повне, об’єктивне та ефективне розслідування кримінального провадження в межах режиму законності [10, с.220].

Що стосується процесуального керівництва у кримінальних провадженнях про корупційні злочини, тут є свої особливості. У науці кримінального процесуального права його називають «спеціалізоване процесуальне керівництво». В цілому погоджуючись із застосування такого терміну, пропонуємо звернутися до спеціалізованого антикорупційного законодавства, що дасть змогу сформулювати визначення цього терміну.

Слід зазначити, що законодавчий масив, що так чи інакше врегульовує питання діяльності Спеціалізованої антикорупційної прокуратури у тому числі в частині здійснення процесуального керівництва досудовим розслідуванням, становлять КПК України 2012 року[3], Закон України «Про прокуратуру»[11], «Про Національне антикорупційне бюро»[1], «Про оперативно-розшукову діяльність» [12], Положення про Спеціалізовану антикорупційну прокуратуру Офісу Генерального прокурора [13].

З аналізу норм вказаних нормативних актів випливає, що реалізація повноважень прокурором, який здійснює процесуальне керівництво досудовим розслідуванням щодо корупційних правопорушень, у цілому відбувається за загальними правилами, визначеними кримінальним процесуальним законодавством України. Так, зокрема, прокурори у встановленому порядку проводять слідчі (розшукові) дії у кримінальних провадженнях, беруть участь у їх проведенні за власною ініціативою або доручають їх проведення, надають іншу практичну та методичну допомогу детективам, що здійснюють досудове розслідування; у встановленому порядку приймають рішення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, перевіряють законність їх проведення; перевіряють законність закриття кримінальних проваджень, зупинення досудового розслідування та інших процесуальних рішень, додержання конституційних прав громадян під час досудового розслідування, обґрунтованість клопотань про продовження строку досудового розслідування, вживають заходів щодо усунення порушень закону; скасовують незаконні постанови про закриття кримінальних проваджень; готують проекти вмотивованих постанов про доручення здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування, якщо під час здійснення Національним антикорупцій- ним бюро України досудового розслідування встановлено, що таке кримінальне правопорушення не віднесено до підслідності Національного антикорупційного бюро України; у разі виявлення безпосередньо або з іншого джерела фактів, що мають ознаки кримінального правопорушення, складають рапорт та доповідають керівництву Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, розпочинають досудове розслідування; беруть участь у розгляді слідчими суддями клопотань детективів Національного антикорупційного бюро України, готують апеляції на ухвали слідчих суддів у кримінальних провадженнях на стадії досудового розслідування, беруть участь у їх розгляді в судах; забезпечують інформу- вання підозрюваного та потерпілого про їхнє право на примирення, підозрюваного – про право на угоду про визнання винуватості, роз’яснюють механізм реалізації цих прав; беруть участь у судовому розгляді скарг на рішення, дії чи бездіяльність прокурорів та детективів Національного антикорупційного бюро України [1].

Ми вважаємо, що доцільно поділити повноваження прокурора у справах про корупційні злочини залежно від напрямку діяльності останнього:

1) *процесуальні* (своєчасне внесення щодо корупційних злочинів відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань; нагляд за додержанням законів Національним антикорупційним бюро України під час проведення

оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування, участь у судовому провадженні та підтримання обвинувачення у кримінальних провадженнях про корупційні злочини; контроль за об'єктивним відображенням у Єдиному реєстрі досудових розслідувань відомостей щодо кримінальних правопорушень, осіб, які їх вчинили, та прийнятих під час досудового розслідування процесуальних рішень детективами Національного антикорупційного бюро України; участь у судовому розгляді справ про корупційні злочини; оскарження судових рішень тощо);

2) *представницькі* (забезпечення представництва інтересів держави в суді у провадженнях про корупційні злочини, а також представництва у межах своєї компетенції інтересів держави у справах про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави);

3) *аналітично-методичні* (ведення обліку роботи, своєчасне внесення відомостей про результати роботи до визначених форм обліку, звітності, Єдиного реєстру досудових розслідувань тощо).

На основі вивчення поняття, ознак та завдань спеціалізованого процесуального керівництва можемо представити авторське бачення терміну процесуального керівництва у провадженнях про корупційні злочини, під яким потрібно розуміти процесуальну діяльність прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, яка спрямована на виконання завдань, покладених на неї чинним законодавством, у кримінальних провадженнях, підслідних Національному антикорупційному бюро України з метою реалізації засад кримінального провадження.

Законом України №2322-1Х від 20.06.2022 року затверджено Антикорупційну стратегію на 2021-2025 роки і у п.3.1.5 зазначено, що … внутрішні управлінські процеси в органах прокуратури не завжди є прозорими та ефективними [14].

Для забезпечення ефективної боротьби з корупцією необхідно, в першу чергу, чітко розподілити обов’язки між конкретними інституціями, забезпечити наявність спеціалізованих органів, що відповідали б за протидію корупції, або ж спеціалізованих осіб, на яких покладаються обов’язки з боротьби з корупцією за допомогою правоохоронних органів. У міжнародної спільноти склалося загальне розуміння того, що за виконання та проведення моніторингу антикорупційних законів і заходів мають відповідати зазначені органи чи особи, які мають відповідні повноваження, ресурси і кваліфікацію, а також повинні бути захищені від неправомірного політичного тиску, для чого необхідні механізми забезпечення високого рівня їхньої структурної, операційної та фінансової автономії.

Одним зі шляхів викорінення корупції законодавець вважає реформу наявних і створення нових органів, які здійснюють протидію корупційним виявам. Зокрема, 14 жовтня 2014 року Верховною Радою України прийнято Закон України «Про запобігання корупції», яким визначено систему спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції. У вказаному законі визначено роль і місце органів прокуратури щодо здійснення антикорупційної діяльності.

Відповідно до ст. 7 Закону України від 14 жовтня 2014 року «Про прокуратуру» однією зі складових системи прокуратури України є Спеціалізована антикорупційна прокуратура, яка утворюється на правах самостійного структурного підрозділу в Генеральній прокуратурі України. Законом закріплено вичерпний перелік функцій Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, а саме: здійснення нагляду за додержанням законів під час проведення оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування Національним антикорупційним бюро України; підтримання державного обвинувачення у відповідних провадженнях; представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, передбачених цим законом і пов'язаних із корупційними або пов'язаними з корупцією правопорушеннями [11].

Процесуальна компетенція Спеціалізованої антикорупційної прокуратури стосується розгляду і вирішення звернень громадян, запитів і звернень народних депутатів України, представників державних, громадських організацій, інших осіб, а також скарг учасників кримінального провадження на дії та рішення детективів і прокурорів. Крім того, слід, на нашу думку, погодитися з твердженням, що основним завданням нагляду в діяльності антикорупційної прокуратури є забезпечення належної, ефективної організації нагляду за дотриманням режиму законності під час здійснення оперативно-розшукової та кримінальної процесуальної діяльності підрозділами Національного антикорупційного бюро України [15].

Отже, спеціальний антикорупційний орган – це незалежний, структурно автономний і самостійний та підзвітний державний орган, наділений в установленому порядку відповідними державно-владними повноваженнями з метою здійснення завдань і функцій у сфері запобігання корупції, що спирається у процесі реалізації своїх повноважень на високий рівень професійної підготовки працівників, а також на достатні фінансові та матеріально-технічні ресурси. Основними його ознаками є: незалежність і самостійність, структурна та операційна автономія, підзвітність, доступність, прозорість, відкритість, високий рівень спеціалізації працівників, фінансування за рахунок коштів державного

бюджету тощо. Іншими ж ознаками спеціального антикорупційного органу будуть: порядок його створення та діяльності, компетенція, передбачені законодавством спеціальні функції і державно-владні повноваження, функціональна взаємодія з іншими органами в процесі реалізації своїх повноважень тощо.

Аналізуючи норми законодавства варто зазначити деяку неузгодженість у правових нормах щодо організації діяльності САП та її взаємодії з іншими правоохоронними органами у розслідуванні корупційних злочинів.

Досудове розслідування кримінальних корупційних правопорушень (злочинів) чинним законодавством України покладено на детективів НАБУ. Прокурорський нагляд за діяльністю детективів НАБУ у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням – на Спеціалізовану антикорупційну прокуратуру, яка у свою чергу є структурним підрозділом Генеральної прокуратури України.

Аналіз законодавства України дозволив зробити висновок про те, що у державі наявні суттєві суперечності щодо функцій і повноважень органів прокуратури,

Зокрема, присутня законодавча неузгодженість функцій Спеціалізованої антикорупційної прокуратури (як і функцій прокуратури України загалом, закріплених у ст. 2 Закону України «Про прокуратуру») зі ст. 131-1 Конституції України, яка після внесення змін відрізняються.

Так, у положенні Конституції (ст.131-1 у Розділі «Правосуддя») однією з конституційних функцій прокуратури визначено «*організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку*». Проте в Основному законі держави відсутня така функція як прокурорський нагляд за діяльністю органів досудового розслідування[16,с.354].

Водночас у Законі України «Про прокуратуру» (ст. 2) однією з функцій прокуратури визначено «*нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство*». Натомість згадка про *процесуальне керівництво* досудовим розслідуванням міститься *лише в частині 3 ст. 43 цього Закону, що присвячена «підставам для притягнення прокурора до дисциплінарної відповідальності» [11]*.

Крім цього, у Законі України «Про прокуратуру» система функцій Спеціалізованої антикорупційної прокуратури не передбачає здійснення нею прокурорського нагляду за здійсненням оперативно-розшукової діяльності, яка проводиться Національним антикорупційним бюро України, у зв’язку з цим,

необхідно внести зміни до законодавства.

А згідно з КПК України (ч. 2 ст. 36) прокурор «*...здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням...» [17,с.101].*

Отже, можна зробити висновок, що різні нормативно-правові акти, які регламентують організацію діяльності прокуратури в Україні, по-різному визначають її функції та повноваження. У зв'язку з цим, доцільним видається оптимізація функцій прокуратури у всіх вищезгаданих актах з метою однакового розуміння і тлумачення закону у такій редакції:

«На прокуратуру покладаються такі функції:

1) організацію та процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими (розшуковими) діями органів правопорядку;

2) підтримання публічного обвинувачення в суді;

3) представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом;

4) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальному провадженні, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян».

Список використаних джерел:

1. Про Національне антикорупційне бюро України : Закон України від 16.09.2020 р. № 1698-VII // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1698-18#Text (дата звернення: 20.10.2020)

2. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення по державі за січень–березень 2015 року. Офіційний сайт Генеральної прокуратури України. URL : http://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=11217 3&libid=100820&c=edit&_c=fo (дата звернення: 13.10.2020)

3. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/4651-17 (дата звернення 08.10.2020).

4. Кримінальний процес: підручник / [О.В.Капліна, О.Г.Шило, В.М.Трофименко та ін.]; за заг. ред. О.В. Капліна, О.Г.Шило, – Харків: Право, 2018. – 584 с.

5. Про затвердження Порядку організації діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні : наказ Генерального прокурора України від 28.03.2019 р. № 51. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE33334.html. (дата звернення: 23.10.2020)

6. Гошовський М. Роль прокурора на стадії досудового розслідування. Забезпечення процесуального керівництва розслідуванням. *Слово національної школи суддів України.* №4 (5). 2013. С. 71–74.

7. Юрчишин В. М. Прокурор як керівник досудового розслідування. *Адвокат.* 2012. № 7 (142). С. 26–30.

8. Толочко О. Гуманізація процесуального статусу прокурора в кримінальному провадженні. *Юридичний вісник*. № 5. 2014. С. 140–145.

9. Бабкова В. С. Проблеми визначення статусу Спеціалізованої антикорупційної прокуратури. *Проблеми реформування прокуратури* : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Харків, 15 квіт. 2016 р.). Х. : Право, 2016. С. 18–20.

10. Кримінальний процес України: Академічний курс: у 3т.Т.1: Загальна частина/[В.Т.Нор, Н.Р.Бобечко, М.В.Багрій та ін.]; за ред.. акад. НАПрН України, д-ра юрид. наук. проф. В.Т Нора, д-ра юрид. наук. проф. Н.Р. Бобечка. – Львів: ЛНУ ім. Івана Франка. 2021. 912с.

11. Про прокуратуру : Закон України від 14.10.2014 р. № 1697-VII. // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1789-12 (дата звернення: 21.09.2020)

12. Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12/ed20130811#Text

13. Про затвердження Положення про Спеціалізовану антикорупційну прокуратуру Офісу Генерального прокурора : наказ Генерального прокурора України від 05.03.2020 р. № 125. // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0125905-20#Text (дата звернення: 27.09.2020)

14. Закон України «Про засади державної антикорупційної політики на 2021-2025 роки» https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2322-20#Text

15. Про запобігання корупції : Закон України : від 14.10.2014 р. № 1700-VII // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1700-18 (дата звернення: 28.04.2020)

16. Тертишник В.М. Конституція України. Науково-практичний коментар. Київ: Алерта, 2022. 430 с.

17. Тертишник В.М. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар. Вид. 19-т, допов. і перероб. Київ: Алерта, 2022. 1128 с.

Горідько М. В.,
аспірантка Академії адвокатури України
(науковий керівник к.ю.н., доцент Бояров В.І.)

ЗАКОННЕ ЗАТРИМАННЯ ЧИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ ОРГАНОМ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ: ПРАВОВІ АСПЕКТИ ТА СУДОВА ПРАКТИКА

В наукових колах все частіше з'являються дослідження такого правового явища як зловживання правами учасниками кримінального провадження.

Зловживання правом або як ще говорять використання права «на зло» це особливий вид правової поведінки, що полягає у дії або бездіяльності при реалізації учасником кримінального провадження своїх процесуальних прав без мети досягнення правомірного результату і всупереч змісту та призначенню цих прав, спрямовані на перешкоджання виконання завдань кримінального провадження.

Аналізуючи слідчу та судову практику можна прослідкувати, що такий вид поведінки притаманний в тій чи іншій мірі всім учасникам кримінального провадження.

Основною ж передумовою для зловживань учасниками кримінального провадження є правова невизначеність понять, якою пронизане кримінальне процесуальне законодавство. Не є виключенням й норми пов'язані із затриманням особи без ухвали слідчого судді.

Так, ст. 29 Конституції України гарантовано, що кожна людина має право на свободу та особисту недоторканність. Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом [1].

У ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) також визначено право на свободу та особисту недоторканність як основоположне, що може бути обмежено лише у випадках і відповідно до процедури передбачено законом [2].

У рішенні Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) «Корнійчук проти України» зазначено, що «… будь-яке позбавлення свободи має не лише ґрунтуватися на одному з виключень, перелічених у підпунктах «a»-«f», але й також має бути «законним». Коли постає питання про «законність» взяття під варту, в тому числі, чи було дотримано «порядку, встановленого законом», Конвенція, по суті, посилається на національне законодавство і встановлює зобов'язання забезпечувати дотримання його матеріальних та процесуальних норм. Конвенція, головним чином, вимагає, щоб будь-який арешт або затримання ґрунтувалися на положеннях національного законодавства ...» [4].

Що ж стосується національного законодавства, перш за все, про підстави обмеження права на свободу та особисту недоторканість зазначено у ч. 2 ст. 29 Конституції України, зокрема у разі нагальної необхідності запобігти злочинові чи його перепинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом.

Досить загальне поняття підстав обмеження цього права «у разі нагальної необхідності» законодавець деталізував у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК).

Так, ч. 1 ст. 208 КПК визначено, що уповноважена службова особа має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі, лише у випадках: 1) якщо цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення; 2) якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидець, в тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин; 3) якщо є обґрунтовані підстави вважати, що можлива втеча з метою ухилення від кримінальної відповідальності особи, підозрюваної у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого корупційного злочину, віднесеного законом до підслідності Національного антикорупційного бюро України; 4) якщо є обґрунтовані підстави вважати, що можлива втеча з метою ухилення від кримінальної відповідальності особи, підозрюваної у вчиненні злочину, передбаченого ст. ст. 255, 255-1, 255-2 КК України.

Аналізуючи перераховані вище підстави затримання, тобто підстави обмеження фундаментального права людини на свободу та особисту недоторканість, найбільше протирічь серед науковців та практиків виникає під час тлумачення понять «безпосередньо» та «щойно», які не врегульовані кримінальним процесуальним законодавством.

Слід зазначити, що у Словнику української мови поняття «безпосередній» (прислівник «безпосередньо») визначено як такий, що немає проміжних ланок, зовсім близький, найближчий), «щойно» – зовсім недавно, тільки що, тільки-тільки [5].

Та чи можливо в ході досудового розслідування використовувати саме таке тлумачення цих понять і чи є це доречним, відповісти досить складно, адже є випадки коли особу переслідують після вчинення кримінального правопорушення по так званим «гарячим слідам», а є випадки коли для встановлення підозрюваного необхідно провести певний комплекс гласних і негласних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій.

На сьогодні серед науковців немає єдності з приводу визначення поняття «безпосередності».

До прикладу, найбільш поширеними думками щодо тлумачення цього поняття є наступні:

1. «Безпосередньо після вчинення злочину» тлумачиться як лише на місці вчинення злочину, одразу після його вчинення;

2. Коли часова і просторова ознака находження особи щодо події і місця вчинення злочину дають підстави підозрювати особу;

3. Після вчинення злочину особа не пропадала із поля зору переслідувачів;

4. Між моментом вчиненням злочину та затриманням пройшов короткий проміжок часу, протягом якого особа не встигла сховатись;

5. Тлумачать як конкретний проміжок часу (6 годин, 24 години) [6] .

Судова практика у визначенні цього поняття також різниться. Так, ухвалою від 29.05.2020 слідчий суддя Києво-Святошинського районного суду м. Києва відмовив у задоволенні скарги захисника на законність затримання, вказавши, що «… як вбачається зі змісту матеріалів кримінального провадження, наданих слідчим в судовому засіданні, ОСОБА_1 був затриманий на підставі «безпосередньо після вчинення злочину». На думку слідчого судді таке формулювання відповідає припису п. 2 ч. 1 ст. 208 КПК, оскільки слідчий відповідно до вимог ч. 5 ст. 208 КПК не повинен в протоколі затримання детально описувати обставини та факти на підставі яких слідчий зробив висновок про причетність конкретної особи до вчинення злочину, оскільки такі обставини викладаються в повідомленні про підозру. В той же час, КПК не містить деталізації поняття «безпосередньо», відтак, відсутні правові підстави вважати затримання особи не безпосередньо в момент вчинення злочину, а пізніше, завідомо незаконним. В даному випадку, безпосередність випливає із комплексу оперативно-розшукових дій, які дозволили органу слідства встановити відповідні адреси можливих злочинців, а в ході обшуку виявити частину викраденого майна, відтак на момент затримання факт виявлення викраденого майна на місці обшуку та місці перебування ОСОБА_1 на думку слідчого судді, дозволяв слідчому застосувати п. 2 ч. 1 ст. 208 КПК для затримання підозрюваних осіб …» [7].

Разом з тим, ухвалою Деснянського районного суду м. Києва слідчий суддя встановив, що «… відповідно до протоколу затримання ОСОБА_1 затримано на підставі п.2 ч. 1 ст. 208 КПК України 25.06.2020 р. о 18 годин 10 хвилини, однак як вбачається з досліджених в судовому засіданні матеріалів клопотання, останнє кримінальне правопорушення було вчинено 20.06.2020 р. приблизно о 16 годині 00 хвилин, що свідчить, про те, що затримання ОСОБА_1 на підставі п.2 ч. 1 ст.

208 КПК є необґрунтованим …» та задовольнив скаргу захисника щодо незаконного затримання особи [8].

При цьому, незважаючи на неоднакове застосування місцевими судами норми права щодо тлумачення поняття «безпосередності», як підстави затримання, відповідно до постанови Верховного Суду від 27.05.2019 (справа № 766/22242/17) рішення прийняті слідчим суддею під час розгляду скарг на незаконне затримання, поданих в порядку ст. 206 КПК апеляційному оскарженню не підлягають [9].

Разом з тим виникає питання чи є законним затримання через місяць, два , три, рік і більше після фактичного вчинення злочину.

Враховуючи те, що ані законодавець не дає чіткого визначення часового проміжку у понятті «безпосередності» після вчинення кримінального правопорушення, а судова практика не має єдиного підходу до його тлумачення органи досудового розслідування мають необмежений простір для зловживань під час затримання особи в порядку ст. 208 КПК, а це призводить до численних скарг до ЄСПЛ.

Зокрема, у рішенні ЄСПЛ «Корнійчук проти України» встановлено порушення ст. 5 Конвенції та зазначено, що «... заявника було затримано у зв’язку з подіями, які відбулися за рік та десять місяців до того. Відповідно не можна стверджувати, що органи влади зіткнулися із такою невідкладною ситуацією як, наприклад, in flagrante delicto. Загалом немає жодних підстав вважати, що загальна вимога щодо отримання попереднього дозволу суду на затримання не могла або не мала бути дотримана..» [4].

При цьому, слід зауважити, що хоча така правова невизначість і призводить до свавілля правоохоронних органів під час встановлення наявності підстав затримання особи, але ж з іншого боку не слід забувати про забезпечення виконання завдань кримінального провадження в частині захисту особи, суспільства, держави від кримінальних правопорушень.

До прикладу, у провадженні одного із районних відділів поліції перебувало кримінальне провадження за фактом вчинення 05.08.2017р. розбійного нападу з проникненням у житло, в ході якого група осіб, погрожуючи застосуванням насильства відносно потерпілої та трьох її малолітніх дітей, заволоділа матеріальними цінностями та зникли у невідомому напрямку. Підозрюваних встановлено та затримано на території іншої області 11.10.2017р. та доставлено до районного відділу поліції, тобто через два місяці після фактичного вчинення злочину[10].

В цьому випадку, правоохоронні органи забезпечили не менш важливе завдання кримінального провадження та право потерпілої сторони на швидке досудове розслідування.

У зв’язку з вказаним, вважаю доречним виключити неоднозначні поняття «безпосередньо» та «щойно» після вчинення злочину, як підстави для затримання особи в порядку ст. 208 КПК України.

Слід також зазначити, що через правову невизначеність не менше зловживань органами досудового розслідування виникає під час процесуального оформлення затримання особи.

Так, згідно з практикою Європейського суду з прав людини фіксація точних даних про затримання, також як і підстави затримання, є необхідною умовою законності для цілей передбачених ст. 5 Конвенції.

Відповідно до ч. 5 ст. 208 КПК про затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину обов'язково складається протокол. При цьому, у зазначеній статті КПК не міститься вимоги щодо негайного складання протоколу затримання в ході здійснення процесуальної дії, а враховуючи те, що повноваження складати протоколи має право прокурор, слідчий, дізнавач, які частіш за все не проводять фактичне затримання особи, такий протокол складається після доставляння затриманого до територіального органу досудового розслідування з необхідною фіксацією точного часу та місця затримання.

До прикладу, у постанові Верховного суду від 16.02.2021р. (справа № 204/6541/16-к) колегія суддів прийшла до висновку, що «… головна мета протоколу затримання полягає у належному документуванні факту затримання для запобігання невизнаному позбавленню свободи, що може призвести до повного заперечення гарантій, притаманних особі, позбавленій свободи. Однак, як свідчить судова практика, факт затримання може визначатися не лише протоколом затримання, але й іншими засобами доказування … судова практика правильно виходить у того, що факт затримання особи може встановлюватися не лише протоколом затримання, але й іншими доказами, а відомості, зазначені у протоколі, можуть бути спростовані або, навпаки, підтверджені іншими доказами… Встановлюючи обставини затримання, у тому числі час фактичного затримання, суди мають виходити з дійсних обставин затримання особи, встановлених на підставі всієї сукупності доказів, беручи до уваги відповідний протокол, але не обмежуючись ним …» [11].

При цьому, у КПК України не міститься вимоги будь яким іншим чином фіксувати точний час та місце затримання особи, що дає змогу органам досудового розслідування зловживати повноваженнями у цьому аспекті та призводить до порушення вимог щодо 72-х годинного строку затримання особи без ухвали слідчого судді, що позбавляє затриману особу користуватись правами підозрюваного і таке ін.

Європейським судом з прав людини неодноразово встановлювались порушення ст. 5 Конвенції у зв’язку із невідповідністю часу реєстрації

затримання осіб моменту їх фактичного затримання. Так, у рішенні ЄСПЛ у справі «Гриненко проти України» судом встановлено порушення ст. 5 Конвенції у зв'язку з тим, що тримання заявника під вартою з 23:00 год. 20 листопада (момент фактичного затримання) до 13.30 год. 21 листопада 2004 р. (момент складення протоколу) було незаконним, оскільки воно не було належним чином задокументовано і таким чином процесуальний статус заявника залишався невідомим у цей період [12].

Аналогічні порушення встановлено в ряді інших рішень ЄСПЛ у справах проти України, зокрема, «Ус проти України», «Бєлоусов проти України», «Грубник проти України», «Смолик проти України», «Макаренко проти України» та ін [13-16].

Крім того, у рішенні у справі «Грубник проти України» ЄСПЛ, визнавши порушення ст. 5 Конвенції, зазначив, що «… відсутність протоколу про затримання має само собою вважатися серйозним недоліком, оскільки усталена позиція Суду полягає у тому, що незадокументоване тримання особи під вартою є повним запереченням фундаментально важливих гарантій, що містяться у ст. 5 Конвенції ... Відсутність необхідного протоколу про затримання особи як підозрюваного може позбавити цю особу доступу до захисника та всіх інших прав підозрюваного ...» [17].

В межах дослідження слід також згадати про затримання уповноваженою службовою особою особи, яка вчинила кримінальний проступок (ст. 298-2 КПК України).

Хоча у ст. 298-2 КПК звужено та достатньо деталізовано перелік підстав затримання особи, органи досудового розслідування зловживають цими повноваженнями. Найпоширенішими випадками є затримання особи в порядку ст. 298-2 КПК за підозрою у вчиненні кримінальних проступків у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів.

Аналізуючи слідчу практику можливо прослідкувати, що затримання особи у цій категорії справ відбувається виключно у зв’язку із можливістю провести особистий обшук особи та у законний спосіб вилучити речовий доказ протиправної поведінки, адже найчастіше затримані особи звільняються протягом трьох годин після затримання.

Разом з тим, вважаю, що приводом до такого зловживання стало обмеження законодавцем підстави проведення особистого обшуку (може проводитись у випадку затримання особи або під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи) як основного законного способу документування протиправної

діяльності у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів, незаконного поводження із зброєю.

Не викоріненою залишається практика затримання осіб, які «підозріло себе поводять», доставлення до відділень поліції та тримання там осіб протягом тривалого часу без складання протоколу, для нібито проведення слідчих дій, підміна понять «адміністративного» та «кримінального» затримання.

Підводячи підсумки слід зазначити наступне:

1. Передумовою для зловживань процесуальними правами органами досудового розслідування під час затримання особи без ухвали слідчого судді є правова невизначеність понять, відсутність чіткого врегулювання процедури проведення та оформлення вказаної процесуальної дії, неоднозначне тлумачення норм КПК України правозастосовцями.

2. Зловживання під час затримання призводить до численних скарг затриманих осіб до ЄСПЛ, під час розгляду яких судом встановлюються порушення ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод

3. Формальне дотримання вимог чинного КПК України щодо підстав затримання, унеможливить порушення прав особи на свободу та особисту недоторканість, але в той же час, в деяких випадках може призвести до зникнення підозрюваних, втрати важливих речових доказів, знизить ефективність роботи правоохоронних органів щодо притягнення кожного винуватого до кримінальної відповідальності та негативно позначиться на досягненні інших завдань кримінального провадження.

Список використаних джерел:

1. Конституція України. [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text

2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004

3. Кримінальний процесуальний кодекс України. [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text

4. Рішення ЄСПЛ у справі «Корнійчук проти України» – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_c53#Text

5. Словник української мови – [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://sum.in.ua/

6. Науково-методичні роз'яснення «Застосування окремих положень статті 208 Кримінального процесуального кодексу України»// Бугайчук К.Л., Федосова О.В. – [Електронний ресурс] – Режим доступу:

file:///Users/marinakompaniec/Desktop/Zastosuvannia%20okremykh%20polozhen%20st%20208%20KPK%20Ukrainy_nauk%20metod%20roz_K%20L%20Buhaichuk_O%20V%20Fedosova_2018.pdf

7. Ухвала Києво-Святошинського районного суду м. Києва від 29.05.2020, 369/6432/20 – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89566211

8. Ухвала Деснянського районного суду м. Києва 26 червня 2020 року, справа № 754/7785/20 – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90067984

9. Постанова Верховного Суду від 27.05.2019, справа № 766/22242/17 – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/82218010

10. Вирок Придніпровського районного суду м. Черкаси від 10.09.2021 – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99532099

11. Постанова Верховного суду від 16.02.2021, справа № 204/6541/16-к – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/95533196

12. Рішення ЄСПЛ у справі «Гриненко проти України» – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://sudpraktika.wordpress.com

13. Рішення ЄСПЛ у справі «Бєлоусов проти України» – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_989#Text

14. Рішення ЄСПЛ у справі «Макаренко проти України» – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_c45#Text

15. Рішення ЄСПЛ у справі «Смолик проти України» – [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://ukrprison.org.ua/european_court/1339513027

16. Рішення ЄСПЛ у справі «Ус проти України», – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://protocol.ua/ua/us_proti_ukraini/

17. Рішення ЄСПЛ у справі «Грубник проти України» – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f52#Text

18. Постанова Верховного Суду від 22.05.2019, справа № 640/2449/16-к – [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://reyestr.court.gov.ua/Review/82001802

19. Посібник для тренерів «Застосування Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та практика Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя» – [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://nsj.gov.ua/

Іванченко А. М.,

начальник відділу виконання функцій прокуратури щодо неповнолітніх, які перебувають у конфлікті із законом, Департаменту захисту інтересів дітей та протидії насильству Офісу Генерального прокурора

Кахнич В. С.,

кандидат юридичних наук, прокурор відділу виконання функцій прокуратури щодо неповнолітніх, які перебувають у конфлікті із законом, Департаменту захисту інтересів дітей та протидії насильству Офісу Генерального прокурора

ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НЕЗАКОННИМ ОБІГОМ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ, ПСИХОТРОПНИХ РЕЧОВИН, ЇХ АНАЛОГІВ АБО ПРЕКУРСОРІВ, УЧИНЕНИХ НЕПОВНОЛІТНІМИ АБО ЗА ЇХ УЧАСТІ

Основними критеріями ефективності виконання повноважень прокурора у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх є:

- забезпечення ефективного доступу дітей до правосуддя та відповідного поводження з ними на будь-якій його стадії;
- повнота охорони прав, свобод і законних інтересів неповнолітніх учасників кримінального провадження;
- недопущення фактів незаконного затримання та обрання запобіжних заходів, притягнення до кримінальної відповідальності неповнолітніх;
- забезпечення в межах повноважень швидкого, повного та неупередженого досудового розслідування, із застосуванням процедур, що враховують вік, рівень розвитку та інтереси неповнолітніх;

Здійснення досудового розслідування кримінальних проваджень щодо неповнолітніх осіб, в тому числі, якщо кримінальне провадження здійснюється щодо декількох осіб, хоча б одна з яких є неповнолітньою особою обов'язково повинно здійснюватися **слідчим, дізнавачем, які є спеціально уповноваженими** керівником органу досудового розслідування на здійснення досудових розслідувань вказаної категорії (ч. 2 ст. 484 КПК України).

Невиконання цих вимог тягне за собою визнання всіх доказів не допустимими та закриття кримінального проводження (постанова Верховного Суду №725/3021/16-к від 29.11.2018).

Крім того, у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх **участь захисника та законного представника є обов'язковою** незважаючи на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення (ст. ст. 44, 52 КПК України).

Незабезпечення цих вимог закону тягне за собою визнання зібраних доказів недопустимими та ухвалення реабілітуючих судових рішень.

Зокрема (**постанова Верховного Суду №51-947ск-19 від 01.03.2019**) проведення огляду місця події, під час якого неповнолітній обвинувачений був фактично обшуканий та затриманий без участі законного представника та захисника, потягнуло за собою визнання зібраних доказів недопустимими та ухвалення виправдувального вироку за ч. 1 ст. 309 КК України.

Аналогічна правова позиція викладена у постанові Верховного Суду №760/13866/15-к від 01.03.2018.

З огляду на викладене, слід мати на увазі що проведення з неповнолітнім слідчих, процесуальних дій (огляд місця події, обшук, затримання, допит, вилучення та огляд мобільних телефонів, банківських карток, перевірка мобільних додатків) **має бути здійснено за обов'язкової участі захисника та законного представника**.

Відповідно до ст. 492 КПК України, **затримання** неповнолітнього **за вчинення кримінальних проступків та нетяжких злочинів не допускається**.

З огляду на це, слід мати на увазі, що за вчинення кримінальних правопорушень, передбачених ч.1, ч. 2 ст. 309, ч. 1 ст. 310, ч. 1, ч. 2 ст. 311, ч. 1 ст. 312, ч. 1 ст. 313, ч. 1 ст. 314, ч. 1 ст. 315, ч. 1, ч. 2 ст. 316, ч. 1 ст. 317, ч. 1, ч. 2 ст. 318, ч. 1, ч. 2 ст. 319, ч. 1, ч. 2 ст. 320 КК України неповнолітній **не може бути затриманий.**

Кримінальна відповідальність неповнолітніх за вчинення кримінальних правопорушень пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів настає з 16 років, окрім кримінального правопорушення, передбаченого ст. 308 КК України (ч. 1 ст. 22 КК України).

З огляду на це, особи, які не досягли віку кримінальної відповідальності, не підлягають затриманню в порядку ст. 208 КПК України.

У разі виявлення таких осіб та з'ясування їх причетності до кримінального правопорушення, всі слідчі та процесуальні дії проводяться з ними з урахуванням особливостей, передбачених гл. 38 КПК України.

При відсутності ризиків у кримінальному провадженні, затримання неповнолітнього в порядку ст. 208 КПК України є недоцільним. Після проведення невідкладних першочергових слідчих і процесуальних дій неповнолітня особа повинна бути передана законному представнику з

одночасним врученням повістки про необхідність з'явлення до слідчого для слідчих та процесуальних дій.

Не слід допускати фактів безпідставного затримання неповнолітніх, у разі якщо з ним не планується проведення невідкладних слідчих та процесуальних дій (освідування, огляд засобів телекомунікацій, тощо).

При цьому слід мати на увазі, що відповідно до ч. 4 ст. 223 КПК України, проведення слідчих дій з 22 год. до 6 год. не допускається, за винятком невідкладних випадків, коли затримка в їх проведенні може призвести до втрати слідів кримінального правопорушення чи втечі підозрюваного.

При вирішенні питання про обрання запобіжного заходу, перш за все необхідно розглядати – передання неповнолітніх під нагляд батьків, опікунів чи піклувальників, а неповнолітніх, які виховуються в дитячій установі під нагляд адміністрації установи.

Задля цього необхідно з'ясувати їх згоду, а також зібрати відомості про особу батьків, опікунів або піклувальників, їхні стосунки з неповнолітнім і впевнитись у тому, що вони можуть належно здійснювати нагляд за неповнолітнім (ст. 493 КПК України).

У разі неможливості передачі неповнолітньої особи під нагляд батьків надавати перевагу у обранні запобіжних заходів не пов'язаних з триманням під вартою (особисте зобов'язання, домашній арешт).

Особливо виважено необхідно підходити до обрання неповнолітньому запобіжного заходу у вигляді взяття під варту. При цьому слід враховувати, що відповідно до ст. 492 КПК України такий запобіжний захід може застосовуватись лише у виняткових випадках, коли це зумовлено тяжкістю злочину, у вчиненні якого підозрюється неповнолітній, а також якщо є підстави вважати, що менш суворі запобіжні заходи можуть не забезпечити виконання неповнолітнім процесуальних обов'язків.

У разі вчинення неповнолітнім тяжких або особливо тяжких злочинів пов'язаних з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів до вирішення питання про затримання неповнолітнього та обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою необхідно детально дослідити обставини передбачені ст. 485 КПК України.

Так, приймаючи рішення з цього питання, необхідно дослідити обставини, які враховуються при обрані запобіжного заходу – стан здоров'я неповнолітнього, його сімейний і матеріальний стан, стосунки з батьками, дієвість існуючого контролю за його поведінкою, вид діяльності, місце проживання, дані про попередні судимості, соціальні зв'язки, схильності, спосіб життя, поведінку під час провадження в цій або іншій кримінальній справі,

наявність факторів, обставин чи визнання ним моральних цінностей, які дозволяють прогнозувати його поведінку.

Зазначені обставини можуть з'ясовуватися шляхом опитування батьків, опікунів, піклувальників, представників адміністрації за місцем роботи чи навчання неповнолітнього тощо.

Крім того, допит малолітньої або неповнолітньої особи не може продовжуватися без перерви понад одну годину, а загалом – понад дві години на день (ч. 2 ст. 226 КПК України).

Процесуальним керівникам необхідно особисто допитувати неповнолітніх перед вирішенням питання про застосування до них запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, відповідно до п. 6.1 наказу Офісу Генерального прокурора №509 від 04.11.2020 «Про особливості виконання функцій прокуратури з питань захисту інтересів дітей та протидії насильству».

У протоколі допиту має бути відображено:

- ставлення неповнолітнього до вчиненого ним діяння;
- наявність дорослих підбурювачів до вчиненого діяння;
- умови життя та виховання (склад сім'ї неповнолітнього, обстановку в ній, взаємини між дорослими членами сім'ї та дорослими і дітьми, ставлення батьків до виховання неповнолітнього, форми контролю за його поведінкою, морально-побутові умови сім'ї, обстановку в школі чи іншому навчальному закладі або на виробництві, де навчається або працює неповнолітній, його ставлення до навчання або роботи, взаємини з вихователями, учителями, однолітками, характер і ефективність виховних заходів, які раніше застосовувались до нього, зв'язки і поведінка неповнолітнього поза домом, навчальним закладом та роботою);
- наявність дорослих підбурювачів та інших співучасників кримінального правопорушення.

Повідомлення про підозру неповнолітнім має бути вручено в обов'язковій присутності захисника, законного представника.

У обов'язковому порядку має бути встановлено осіб, які збули наркотичні засоби неповнолітньому, або залучили малолітнього чи неповнолітнього до вчинення правопорушення, такі дані підлягають внесенню до ЄРДР з правовою кваліфікацією за ч. 2 ст. 307 КК України.

Крім обставин, щодо умов життя та виховання неповнолітнього, зазначені ним дані мають бути перевірені слідчим шляхом (акт обстеження житлово – побутових умов, характеристика, допити друзів, сусідів).

При вирішенні питання про форму закінчення кримінального провадження необхідно застосувати наступний алгоритм:

- вивчити наявність підстав для звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст. ст. 45 – 48 КК України і скерувати до суду клопотання;
- наявність підстав для застосування примусових заходів виховного характеру відповідно до (ст. 497 КПК України);
- лише за відсутності вищевказаних підстав звертатись до суду з обвинувальним актом.

Використана література:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України (ст. ст. 44, 52, 208, ч. 4 ст. 223, ч. 2 ст. 226, ч. 2 ст. 484, 485, 492, 497).
2. Кримінальний кодекс України (ст. ст. 22, 45, 46, 47, 48, ч.1, ч. 2 ст. 309, ч. 1 ст. 310, ч. 1, ч. 2 ст. 311, ч. 1 ст. 312, ч. 1 ст. 313, ч. 1 ст. 314, ч. 1 ст. 315, ч. 1, ч. 2 ст. 316, ч. 1 ст. 317, ч. 1, ч. 2 ст. 318, ч. 1, ч. 2 ст. 319, ч. 1, ч. 2 ст. 320).
3. Наказ Офісу Генерального прокурора №509 від 04.11.2020 «Про особливості виконання функцій прокуратури з питань захисту інтересів дітей та протидії насильству».
4. Постанова Верховного Суду від 29.11.2018, №725/3021/16-к.
5. Постанова Верховного Суду від 01.03.2019, №51-947ск-19.
6. Постанова Верховного Суду від 01.03.2018, №760/13866/15-к.

УДК 343.131

Маркєлова В. М.,
аспірантка кафедри кримінального процесу та криміналістики Академії адвокатури України

ЗАСАДА НЕДОТОРКАННОСТІ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ЇЇ ДОТРИМАННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЯ

Однією з основних концепцій розвитку України як держави є визнання пріоритету людини, її прав та свобод щодо інших соціальних цінностей, орієнтація на дотримання та забезпечення гарантій й захисту прав і свобод за допомогою закріплення в національному законодавстві. Указом Президента України від 24 березня 2021 р. № 119/2021 «Про Національну стратегію у сфері прав людини» визначено першочергові завдання держави щодо утвердження та забезпечення прав і свобод людини, створення дієвих механізмів їх реалізації та захисту, розв’язання системних проблем у зазначеній сфері.

На сьогодні питання щодо прав людини набувають особливої актуальності, оскільки відбувається переломний етап розвитку нашої держави, у тому числі через військову агресію проти неї. Зазначене закономірно посилює роль та значення феномену прав людини. Для держави не може бути нічого важливішого, ніж одночасний захист інтересів національної безпеки, територіальної цілісності й водночас прав своїх громадян.

За своєю суттю права людини нормативно визначають саме ті умови та способи життєдіяльності індивіда, які є об'єктивно необхідними для забезпечення його нормального функціонування та можливості користуватися найважливішими благами. Вони є фундаментом взаємовідносин особистості і держави, окреслюють межі державної влади та визначають цілі державної політики.

Загалом права людини являють собою явище, що постійно розвивається, особливо в морально-етичній та правовій сферах. Їх дотримання та забезпечення вважається основним критерієм оцінок прогресу держави. А. С. Черкесова з цього приводу слушно зауважила, що права людини є категорією, яка постійно розвивається, змінюється за змістом, юридичним наповненням та формулюванням. Зміна обсягу прав можлива лише в бік збільшення та розгалуження [1, с. 29].

Доречно зауважити, що на початку минулого століття науковці розмежували права людини на дві категорії. До першої віднесли історично незмінні, абсолютні права, які належали людині за природою речей, і при цьому їх зміст не залежав від держави чи волі законодавця, а саме право на життя, свободу думки і слова, вільне висловлювання своїх поглядів і переконань, особисту недоторканність, недоторканність житла, власності та ін. Зазначені права характеризуються найбільшим ступенем свободи особи. Реалізація цих прав забезпечується за допомогою встановленого законом обов'язку всіх інших осіб утриматися від будь-яких дій, які перешкоджатимуть вільному користуванню даними правами. Завдяки наявності таких прав установлюються межі діяльності держави, не допускається невиправданого втручання держави у сферу прав людини, створюються перепони у застосуванні проявів свавілля з боку різних суб'єктів, у тому числі органів державної влади.

До іншої категорії належать права, що стосуються особи, відносин держави та особистості, особистості та суспільства, а також громадян між собою. Загалом ці права є досить важливими для людей, але вони мають інше призначення, зокрема, право на соціальний захист, на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування, безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої

порушенням цього права шкоди та ін. Особливість їх передусім полягає в тому, що вони не можуть існувати окремо від держави, оскільки держава забезпечує їх та має для їх реалізації відповідні необхідні ресурси. Крім того, такі права пов'язані з обов'язками громадянина та відображають в основному цілі чи наміри, до яких прагне суспільство.

Сьогодні в науковій літературі існує досить велике розмаїття дефініцій щодо прав людини. Так, О. В. Гальцова і А. Х. Степанюк вважають, що права людини являють собою певні можливості користуватися своїми благами, притаманними кожній людині, які вона отримує від народження і є невідчужуваними, невід'ємними, невичерпними [2, с. 65]. О. В. Петришин права людини тлумачить як основні можливості людини, які визнаються універсальними, невід'ємними та рівними для кожного, а також мають гарантуватися державою в обсязі міжнародних стандартів [3, с. 297–299].

Таким чином, права людини підвищили роль особистості в суспільних відносинах. До того ж права не є довільним переліком можливостей людини. Формування системи прав відбувається на підставі обґрунтованих, логічних об'єктивних і суб'єктивних чинників суспільного розвитку. Система прав втілюється при розробці міжнародного та національного законодавств, які регулюють правове становище людини та громадянина. Учені-юристи неодноразово намагалися створити класифікацію прав і свобод людини та громадянина. Зокрема, В. І. Манукян, права людини поділяє відповідно до «теорії поколінь» на невід'ємні (право на життя, власність, ефективний засіб правового захисту, рівність перед законом тощо); економічні, соціальні та культурні; колективні права [4, с. 38-40]. С. М. Тарасюк класифікує їх на такі групи, як: громадянські (особисті), політичні, економічні, соціальні, культурні, екологічні [5, с. 18].

Як бачимо, питання щодо прав людини й забезпечення їх охорони та захисту стає важливим у всіх галузях суспільного життя. Водночас найбільшу гостроту й актуальність воно набуває в кримінальному провадженні. Основу дотримання та забезпечення конституційних прав людини в кримінальному провадженні складають відповідні положення Конституції України, міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, КПК та інших законів України. Відповідно до ст. 22 Конституції України конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. У нормах Основного закону закріплено цілу низку прав та свобод, що безпосередньо виражають певні інтереси людини й громадянина, а також спрямовані на задоволення цих потреб способами, що не порушують права й свободи інших осіб. До числа таких відносяться норми, що гарантують право

володіння, користування і розпорядження своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності; недопущення протиправного позбавлення права власності (ст. 41).

В. М. Тертишник вважає, що право власності є юридичною можливістю на свій розсуд без шкоди іншим і навколишньому середовищу володіти, користуватись і розпоряджатися майном та іншими матеріальними, інтелектуальними цінностями і фінансовими ресурсами [6, с. 143]. На думку Г. М. Мамки, право власності являє собою природне право людини, джерело її волі і рівності з іншими людьми [7, с. 45].

На нашу думку, право власності забезпечує правову визначеність, урегульованість і захищеність статусу власника, тобто практичну здатність особи набувати й виконувати свої права та обов'язки. Право власності має чітку правову регламентацію, характеризуються наявністю спеціального державного механізму забезпечення, підлягає підвищеному захисту з боку суспільства та держави, а також має визначені заходи відповідальності різних суб'єктів за посягання на це право.

Разом з тим слід зауважити, що право власності не є кримінальним процесуальним поняттям і тому регулюється іншим галузевим законодавством, передусім цивільним (ч. 1 ст. 316, ст. 319 ЦК України). Науковці та практики, досліджуючи інститут власності, традиційно виокремлюють такі права особи (власника), як: володіння, тобто форма власності, що передбачає юридичне, документальне закріплення суб'єкта власності, його право на володіння певним благом; користування – застосування об'єкта власності відповідно до його призначення та на розсуд і бажання користувача; розпорядження – право виключного фізичного контролю над благами, право та можливість використовувати об'єкт власності будь-яким бажаним чином до моменту його відчуження (продаж, дарування, здача в оренду тощо). Наразі сучасний інститут права власності зазнає суттєвих змін. Як зазначає Н. Г. Горобець, відбуваються суттєві зміни в структурі права власності, у повноваженнях власника, розвивається процес зближення речових і зобов'язальних концепцій права власності, з'являються нові види майна, які мають характеристики товару (інформація, ноу-хау та ін.) [8, с. 293].

Слід зауважити, що своє відображення та регулювання право власності знаходить не лише в національному законодавстві, а й у міжнародних нормативно-правових актах, прикладом ст. 1 Першого протоколу Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Першого протоколу Конвенції). Доречно звернути увагу й на правову позицію Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у цьому питанні. Так, у справі Маркс проти Бельгії

(Marckx v. Belgium), §§ 63-64, ЄСПЛ уперше постановив, що: «... Визнаючи право будь-якої особи на безперешкодне користування своїм майном, Стаття 1 Першого протоколу Конвенції за своєю суттю є гарантією права власності. У цьому полягає чіткий зміст слів «майно» і «користування власністю» [9, с. 6]

Таким чином, зважаючи на практику ЄСПЛ, для визначення всіх складових поняття майна впроваджено наступні критерії: економічна цінність права чи інтересу; об'єкт володіння має бути адекватно визначеним; право чи інтерес мають бути належним чином закріплені в національному праві (відповідно до сталої практики ЄСПЛ «володіння» в сенсі ст. 1 Протоколу 1 можуть передбачати існуючі права власності, зокрема права вимоги, щодо яких особа має «правомірні очікування» у частині їх задоволення. Водночас вимога має бути конкретною та адекватно визначеною) [10, с. 686, 687].

Зауважимо також, що в розумінні ЄСПЛ термін «майно» має автономне тлумачення та охоплює як існуюче майно, так й активи, у тому числі права вимоги, щодо яких заявник може стверджувати, що в нього є обґрунтоване і правомірне очікування, що він отримає можливість ефективно використати майнове право. Отже, до поняття «майно» ЄСПЛ відносить:

- усе власне майно особи, що може належати до складу спадщини, і яке можна заповідати («Маркс проти Бельгії» (the Marckx case), рішення від 27 квітня 1979 р., п. 64), тобто наявне майно (existing possessions);
- нерухомість, зокрема, маєтки («Колишній Король Греції та інші проти Греції» (The Former King Of Greece and Others v. Greece), заява № 25701/94, рішення від 23 листопада 2000 р.), земельна ділянка та будинок, будинки («Спорронґ і Льоннрот проти Швеції» (Sporrong and Lönnroth v. Sweden), рішення від 23 вересня 1982 р., заяви №№ 7151/75; 7152/75, серія А, № 52) та інша нерухомість;
- прибутки, що надає власність, зокрема, орендна плата (рента), передбачена договором, добровільно укладеним відповідно до законодавства («Мелахер та інші проти Австрії» (Mellacher and Others v. Austria), заяви №№ 10522/83; 11011/84; 11070/84, рішення від 19 грудня 1989 р.);
- рухоме майно («Беєлер проти Італії» (Beyeler v. Italy) [GC] від 5 січня 2000 р., заява № 33202/96), або речі особи, що знаходяться в її помешканні («Новоселецький проти України» (Novoseletskiy v. Ukraine), заява № 47148/99, рішення від 22 лютого 2005 р.);
- банківські внески («Гайдук та інші проти України» (Остаточна ухвала щодо прийнятності заяв № 45526/99 […], поданих Іваном Юрійовичем Гайдуком та іншими проти України від 2 липня 2002 р.);

- частка в пенсійному фонді («Мюллер проти Австрії», ухвала щодо прийнятності заяви № 6849/72, поданої Christian Muller v. Austria від 16 грудня 1974 р.);
- кошти, належні заявникам на підставі судових рішень, які є остаточними та підлягають виконанню («Бурдов проти Росії» (Burdov v. Russia), заява № 59498/00, рішення від 7 травня 2002 р., п. 40);
- активи, які можуть виникнути, зокрема, на підставі позову про відшкодування шкоди, який виникає з її заподіянням («Прессос Компанія Нав'єра С.А. та інші проти Бельгії» (Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium), заява № 17849/91, рішення від 28 жовтня 1995 р.);
- правомірні очікування / законні сподівання щодо виконання певних дій відповідно до виданого державними органами дозволу (наприклад правомірні сподівання щодо здатності здійснювати запланований розвиток певної території, з огляду на чинний на той час дозвіл на промислове освоєння землі (Справа «Пайн Велі Девелопмент Лтд. та інші проти Ірландії» (Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland), заява № 12742/87, рішення від 23 жовтня 1991 р.);
- майнові права, наприклад набуте на підставі заповіту право на одержання орендної плати (ренти) за користування земельною ділянкою (ухвала щодо прийнятності заяви № 10741/84 S. v. the United Kingdom від 13 грудня 1984 р.);
- приватні власні інтереси, визнані відповідно до національного права (справа «Беєлер проти Італії» (Beyeler v. Italy), рішення [GC] від 5 січня 2000 р., заява № 33202/96);
- акції компанії (ухвала щодо прийнятності заяв №№ 8588/79 та 8589/79 Lars Bramelid and Anne-Marie Malmström v. Sweden від 12 жовтня 1982 р.; «Совтрансавто-Холдинг» проти України» (Sovtransavto Holding v. Ukraine), заява №48553/99, рішення від 25 липня 2002 р.);
- патенти;
- «гудвіл» (goodwill) – накопичені нематеріальні активи підприємства, що включають її найменування, репутацію, ділові зв'язки (у тому числі клієнтуру), товарні знаки та ін.; власність «фірми» (Ван Марле та інші проти Нідерландів» (Van Marle and Others), заяви № 8543/79, 8674/79, 8675/79 та 8685/79, рішення від 3 червня 1986 р.;
- інше майно, що становить економічну цінність, зокрема необхідні для здійснення підприємницької діяльності дозволи чи ліцензії (справа «Тре Тракторер Актіболаг» проти Швеції» (Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden), рішення від 7 липня 1989 року, серія А, № 159) [11].

Якщо порівнювати національне законодавство з практикою ЄСПЛ, слід зазначити, що згідно з ч. 1 ст. 190 ЦК України до складу майна віднесено окрему річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Відповідно до ч. 1 статті 139 ГК України майном визнається сукупність речей та інших цінностей (ураховуючи нематеріальні активи), які мають вартісне визначення, виробляються чи використовуються в діяльності суб'єктів господарювання та відображаються в їх балансі або враховуються в інших передбачених законом формах обліку майна цих суб'єктів. Як бачимо, положення норм ЦК України, ГК України щодо розуміння поняття майна та права власності є набагато звуженими порівняно з тлумаченнями ЄСПЛ. Водночас слід зауважити, що тлумачення поняття «майно» в рішеннях ЄСПЛ необов'язково має збігатися з визначенням, наданим у законодавчих актах України, оскільки наша держава наділена правом автономного ухвалення таких рішень. Національна судова практика є яскравим прикладом цього. Зокрема, Апеляційна палата ВАКС, визначаючи свою позицію з цього приводу, визначила, що не будь-яка вилучена річ, у тому числі документ, у правовому розумінні є майном у кримінальному провадженні. Суд надав широкий перелік випадків, за яких річ має ознаки майна, закцентувавши увагу на тому, що документи та особисті записи належать до майна лише в разі, якщо вони мають певну культурну, історичну, іншу істотну цінність як загалом, так і виключно для особи, у якої такі речі вилучають [12, с. 16].

Загалом можна стверджувати, що право власності є недоторканним. Проте слід погодитися з О. Ю. Татаровим, що недоторканність не повинна використовуватися на шкоду законності та справедливості [13, с. 206]. *Зокрема,* у кримінальному провадженні досліджуване конституційне право визначено як засада недоторканності права власності. Відповідно до ст. 16 КПК України позбавлення або обмеження права власності під час кримінального провадження здійснюється лише на підставі вмотивованого судового рішення, ухваленого в порядку, передбаченому КПК України. На підставах та в порядку, передбаченими КПК України, допускається тимчасове вилучення майна без судового рішення. У цьому контексті можливо дійти висновку, що недоторканність права власності в сучасному розумінні передбачає, що власник майна може законно володіти ним та виконувати щодо нього будь-які дії до того часу, поки йому буде це дозволено державою.

Загалом практичний досвід автора свідчить, що реалізація правових положень щодо недоторканності права власності передбачає також дотримання та виконання положень цілої системи процесуальних норм, у яких можуть конкретизуватися зміст цього права, умови, порядок його обмеження, *порядок проведення чи застосування певних процесуальних дій*. Слід погодитися з точкою

зору Т. І. Фулей щодо бінарного характеру окремих засад кримінального провадження, які є одночасно правами людини та принципами кримінального процесуального законодавства (оскільки закріплені в КПК України як засади), неминучого впливу на механізм їх реалізації, оскільки вони перестають бути декларативними положеннями та набувають конкретного нормативного змісту, у тому числі з урахуванням практики ЄСПЛ, забезпечуються низкою гарантій. Водночас завдяки своєму засадничому характеру вони самі виступають гарантією належної правової процедури, слугуючи завданню кримінального провадження, передбаченого ст. 2 КПК України [14, с. 655].

Суттєве значення для практичної реалізації вказаного права в кримінальних процесуальних правовідносинах має теоретичне та практичне дослідження поняття та змісту права на недоторканність власності в кримінальному провадженні. Науковці у своїх *теоретичних дослідженнях недоторканність права власності визначають по-різному. Так,* С. М. Тарасюк недоторканність власності визначає як стан захищеності від посягань, заборону вчиняти будь-які дії всупереч волі власника [5, с. 51]. На думку А. В. Дрозд, недоторканністю права власності є неприпустимість протиправного та незаконного втручання, обмеження чи позбавлення особи права вільно володіти, користуватися та розпоряджатися майном [15, с. 11]. В. І. Галаган та Н. С. Моргун поняття недоторканності права власності визначають як вихідну ідею кримінального процесу нормативного характеру, яка полягає в спрямованості змісту та форми кримінального провадження на убезпечення особи від неправомірних перешкод в її можливості на власний розсуд володіти, користуватися чи розпоряджатися належним їй майном у межах, установлених законом [16, с. 20, 21].

На нашу думку, право особи на недоторканність власності в кримінальному провадженні слід розуміти як сукупність закріплених й регламентованих законодавством України положень, що забезпечують володіння, користування та розпорядження майном, якими наділяються власники чи володільці майна, визначають порядок охорони та захисту їх майнових інтересів в кримінальному провадженні з урахуванням обмежень, установлених законом.

Зауважимо, що власник майна має право вимагати під час проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій чи застосування заходів забезпечення кримінального провадження від усіх учасників кримінального провадження чи будь-яких інших осіб дотримання його прав й утримання від незаконного втручання чи обмеження його права власності, вимагати від сторони обвинувачення, слідчого судді, суду активних дій з

попередження, недопущення, усунення такого втручання, притягнення винних до відповідальності, відшкодування шкоди, заподіяної таким втручанням.

*Актуальним на сьогодні є виокремлення питання щодо суб'єктів, які відповідно до закону зобов'язані забезпечувати це право й водночас мають право на його обмеження, а також суб'єктів, право власності яких може бути обмежено при застосуванні чи під час проведення процесуальних дій. Щодо перших суб'єктів, у законі передбачено чітке їх визначення, тобто такими суб'єктами є державні органи, уповноважені службові особи, які наділені владними повноваженнями (*дізнавач, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд). Закон детально регламентує їх права та обов'язки, визначає порядок провадження ними процесуальних дій й прийняття рішень. Будь-який відступ від передбачених процесуальним законодавством порядку та процедури застосування певних процесуальних дій означає недотримання кримінального процесуального обов'язку, покладеного на уповноважених суб'єктів, і може спричинити визначені законом заходи відповідальності. Слід зазначити, що крім владних суб'єктів, законодавець надав можливості обмеження права власності й стороні захисту, яка відповідно до глави 15 КПК України має право провести тимчасовий доступ до речей і документів.

Досліджуючи питання щодо суб'єктів, право власності яких може бути обмежене під час застосування чи проведення процесуальних дій, слід зазначити, що закон не передбачає єдиного, чіткого їх переліку. Переважно право на недоторканність власності обмежується стосовно таких учасників, як підозрюваний, обвинувачений, засуджений, юридична особи, щодо якої здійснюється провадження. Водночас залежно від процесуальної дії, що застосовується чи проводиться, певні обмеження можуть стосуватися й деяких інших суб'єктів, які можуть стати як учасниками кримінального провадження, так й особами, які не мають будь-якого процесуального статусу, прикладом таким суб'єктом може стати володілець речей або документів, зазначений в ухвалі слідчого судді, суду про тимчасовий доступ (ч. 1 ст. 165 КПК України). Зауважимо, що в п. 16^1 ст. 3 КПК України виокремлено такого учасника кримінального провадження, як інша особа, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування. Водночас законодавець не конкретизує, яка саме особа може належати до такої категорії. Аналіз кримінального процесуального законодавства України доводить, що такими особами можуть стати: третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт (ст. 64^2 КПК України); володілець тимчасово вилучених речей та документів (ч. 1 ст. 159 КПК України); особа, у володінні якої перебуває тимчасово вилучене майно (ч. 1 ст. 167 КПК України); власник, володілець або

утримувач електронних інформаційних систем, комп'ютерних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку (ч. 2 ст. 168 КПК України); фізична чи юридична особи, яка в силу закону несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діями (бездіяльністю) підозрюваного, обвинуваченого, засудженого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, а також юридична особи, щодо якої здійснюється провадження, за наявності обґрунтованого розміру цивільного позову в кримінальному провадженні, а так само обґрунтованого розміру неправомірної вигоди, яка отримана юридичною особою, щодо якої здійснюється провадження (ч. 6 ст. 170 КПК України); власник житла чи іншого володіння, де проводиться обшук; особа, яка перебуває в житлі чи іншому володінні особи; особа, яка присутня при обшуку; особа, яка володіє інформацією про зміст комп'ютерних даних та особливості функціонування комп'ютерних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку під час здійснення обшуку (ч.ч. 5, 6, 9 ст. 236 КПК України); особа, яка є власником або володільцем технічних приладів та технічних засобів, що мають функції фото-, кінозйомки, відеозапису, чи засобів фото-, кінозйомки, відеозапису (ч. 1 ст. 245^1 КПК України).

У силу вираженого правозахисного характеру діяльності під час кримінального провадження важливу роль у забезпеченні права на недоторканність власності відіграють захисник підозрюваного, обвинуваченого, а також адвокат особи, у житлі чи іншому володінні якої провадиться процесуальна дія. Зазначені суб'єкти надають професійну правничу допомогу та реалізують передбачені законом процесуальні права, у тому числі й щодо захисту права власності. Крім того, під час проведення чи застосування процесуальних дій, пов'язаних з втручанням у сферу власності особи, можуть бути задіяні й інші особи, які беруть у них участь, прикладом спеціаліст чи поняті.

Підводячи підсумок, зазначимо, що на сучасному етапі розвитку кримінального процесуального законодавства України, у тому числі щодо забезпечення недоторканності права власності відповідних учасників кримінального провадження, нормотворча та правозастосовна діяльність має спрямовуватися на вдосконалення зазначеного конституційного права, його охорону та захист, а також на більш чітке та системне виокремлення суб'єктів, право власності яких може бути обмежено в кримінальному провадженні. Крім того, повага до цього права з боку сторони обвинувачення, суду покращить ефективність роботи зазначених суб'єктів, збільшить довіру населення до діяльності правоохоронних органів загалом.

Список використаних джерел:

1. Черкесова А. С. Гарантії прав і свобод людини при їх обмеженні у кримінальному провадженні : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09. Ірпінь, 2017. 217 с.

2. Гальцова О.В. Принцип поваги до прав і свобод людини у кримінально-виконавчому законодавстві, виконанні і відбуванні покарань: монографія / О. В. Гальцова, А. Х. Степанюк. Х.: Право, 2020. 224 с.

3. Теорія держави і права : підручник / за ред. О. В. Петришина. Харків : Право, 2015. 368 с.

4. Манукян В.І. Страсбурзьке право. Європейський суд з прав людини. Право, практика, коментар / В. Манукян; пер. з рос. О. М. Уліщенко. Х.: Право, 2019. 560 с.

5. Тарасюк С. М. Кримінальний процесуальний механізм забезпечення конституційних прав особи при проведенні в її житлі чи іншому володінні слідчих (розшукових) дій : дис. … д-ра філософії. Одеса, 2021. 255 с.

6. Тертишник В.М. Кримінальний процес України. Загальна частина: підручник. 8-ме вид., доповн. і переробл. К.: Алерта, 2020. 452 с.

7. Мамка Г. М. Засади кримінального провадження: наукові та правові основи: дис. … д-ра юрид. наук. К., 2019. 478 с.

8. Горобець Н. Г. Огляд стану виконання рішень Європейського суду з прав людини в контексті захисту права власності. Часопис Київського університету права. 2015. № 1. С. 293-299.

9. Руководство по Статье 1 Протокола № 1 к Европейской Конвенции по правам человека. Защита собственности. Council of Europe / European Court of Human Rights, 2019. 97 с.

10. Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції / С. Шевчук. 3-є вид. К. : Реферат, 2010. 848 с.

11. Стаття 1 першого протоколу до конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: практичний та теоретичний аспект. URL: https://barristers.org.ua/2019/03/18/pomichnyk-advokata-ao-barristers-troyan-oleksandr-stattya-1-pershogo-protokolu-do-konventsiyi-pro-zahyst-prav-lyudyny-i-osnovopolozhnyh-svobod-praktychnyj-ta-teoretychnyj-aspekt/

12. Биков Д.С. Окремі аспекти арешту майна у світлі практики Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду. Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. 2021. Т. 7. С. 14-19.

13. Татаров О. Ю. Проведення негласних слідчих (розшукових) дій стосовно окремої категорії осіб. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2015. Вип. 2. Т. 1. С. 205–208.

14. Фулей Т.І. Істотність порушення прав людини як наслідок недотримання засад кримінального провадження. Захист прав людини: міжнародний та вітчизняний досвід: матеріали І Міжнародної науково-практичної конференції (16 трав. 2019 р.). Київ: Національна академія прокуратури України, 2019. С. 652-658.

15. Дрозд А.В. Забезпечення недоторканності права власності в кримінальному провадженні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Х., 2019. 24 с.

16. Галаган В. І., Моргун Н. С. Недоторканність права власності як засада кримінального провадження на досудовому розслідуванні: монографія. К., 2017. 185 с.

Радик Ю. М.,

викладач правознавства КЗЛОР «Самбірський фаховий педагогічний коледж імені Івана Филипчака»

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УКРАЇНИ

Забезпечення прав учасників кримінального провадження залишається пріоритетом у здійсненні кримінального судочинства. Однак реалізація завдань кримінального процесу потребує застосування певних заходів кримінально-процесуального примусу. Тому важливе місце в цьому питанні займають запобіжні заходи як складова заходів забезпечення кримінального провадження, оскільки вони неодмінно пов’язані із обмеженням певних прав і свобод людини.

Реформування кримінального процесуального законодавства дало можливість демократизувати процесуальний порядок застосування запобіжних заходів, а також виділити в окремий інститут спеціальні запобіжні заходи.

Питання застосування спеціальних запобіжних заходів є одним із найбільш актуальних у практиці досудового розслідування і судового провадження. Це зумовлено тим, що такі запобіжні заходи застосовуються тільки до певної категорії осіб, які потребують особливого захисту або виконують державну

функцію. Поява інституту спеціальних запобіжних заходів сприяла активному застосуванню його органами досудового розслідування та судами.

Щоб досягнути виконання завдань кримінального провадження в законодавстві передбачені для суб'єктів кримінального процесу певні обов'язки та визначено їх права. Однак, реалізація завдання кримінального судочинства не завжди збігається з інтересами всіх сторін провадження. А це в свою чергу провокує суб'єктів кримінального провадження не завжди добровільно виконувати покладені на них законом процесуальні обов'язки, що ставить під сумнів ефективність та дієвість кримінального процесу.

Особливе місце серед кримінально-процесуальних заходів, які забезпечують реалізацію кримінально-процесуальних норм займають заходи кримінально-процесуального примусу, які по своїй суті є заходами впливу на поведінку суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності, що направлені на забезпечення виконання процесуальних обов'язків, якщо вони не виконуються добровільно, або на попередження небажаних дій з метою забезпечення нормального руху кримінального судочинства.

Однак, до прийняття нового Кримінального процесуального кодексу україни термін «заходи забезпечення кримінального провадження» практично не використовувався. У зв’язку з цим серед теоретиків кримінального процесу виникає дискусія щодо співвідношення таких понять, як «заходи забезпечення кримінального провадження» та «заходи кримінально-процесуального примусу».

Одні вчені стверджують, що дані поняття є тотожними, оскільки дають можливість виявити, збирати та зберігати докази, попереджати можливу протиправну поведінку чи виключати можливість підозрюваного, обвинуваченого ухилитися від слідства та суду. Передбачені ст. 131 КПК України заходи забезпечення кримінального провадження здатні виконати головну кримінально-процесуальну функцію – забезпечити належну поведінку суб’єктів кримінального провадження, коло яких визначено відповідними нормами кримінального процесуального закону. Інші науковці вважають, що заходи кримінально-процесуального примусу охоплюють й інші заходи, крім заходів забезпечення кримінального провадження. Називати лише запобіжні заходи заходами процесуального примусу було б не зовсім справедливо, адже примусовий характер властивий й іншим процесуальним, у тому числі слідчим діям [12, с. 232].

Проаналізувавши законодавчі положення, які регулюють питання заходів забезпечення кримінального провадження та мети їх застосування, можна вважати, що поняття «заходи забезпечення кримінального провадження» та

«заходи кримінально-процесуального примусу» є тотожними. Оскільки спільною базою для двох понять є можливість застосування кримінально-процесуального примусу, а також метою здійснення є необхідність попередити протиправну поведінку, виключити можливість підозрюваного, обвинуваченого ухилитися від слідства та суду чи перешкодити виявленню, збиранню чи зберіганню доказів.

Слід звернути увагу, що у новому кримінальному процесуальному законодавстві України відсутнє визначення поняття «заходи забезпечення кримінального провадження». Однак на доктринальному рівні надається багато визначень цього поняття.

Потрібно зауважити, що заходи забезпечення є необхідним елементом кримінального провадження, оскільки без застосування в окремих випадках таких заходів, кримінальне провадження є неможливе. Заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються з метою досягнення дієвості цього провадження. За допомогою застосування заходів забезпечення реалізується законний перебіг досудового розслідування та судового провадження, а значить забезпечується належний захист особи і суспільства від кримінального правопорушення.

Гарантія забезпечення прав людини при застосуванні запобіжних заходів передбачена в законодавстві, а саме це є правова вимога про те, що клопотання слідчого, прокурора про застосування запобіжних заходів повинно бути обґрунтованим. Крім цього, обґрунтування потребує ухвала слідчого судді, суду про їх застосування або продовження строку дії. Обґрунтованість цих процесуальних рішень полягає у наведенні в них підстав для застосування даного виду заходів забезпечення кримінального провадження. При цьому потрібно звернути увагу, що визначені законом підстави мають комплексний характер і стосуються всіх їх видів.

Кримінально-процесуальне законодавство України визначає особливий порядок здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх. Під час кримінального провадження щодо неповнолітнього, в тому числі під час провадження щодо застосування примусових заходів виховного характеру, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд та всі інші особи, що беруть у ньому участь, зобов’язані здійснювати процесуальні дії в порядку, що найменше порушує звичайний уклад життя неповнолітнього та відповідає його віковим та психологічним особливостям, роз’яснювати суть процесуальних дій, рішень та їх значення, вислуховувати його аргументи при прийнятті процесуальних рішень та вживати всіх інших заходів, спрямованих на уникнення негативного впливу на неповнолітнього[5].

В першу чергу це забезпечується через те, що фізичний, розумовий і психічний розвиток неповнолітніх обумовлює нестійкість їх характеру, незрілість мислення, схильність до наслідування поведінки старших за них і дорослих осіб та інші подібні риси, а також неможливість повною мірою самостійно захищати свої права та законні інтереси. Ураховуючи все це, законодавець встановлює додаткові гарантії, що забезпечують з'ясування обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, охорону прав і законних інтересів неповнолітніх підозрюваних, обвинувачених, осіб, які на момент вчинення суспільно небезпечного діяння, що має ознаки кримінального правопорушення, не досягли віку, з якого можлива кримінальна відповідальність за його вчинення, а також підвищення виховного впливу такого провадження через створення доброзичливого до дитини середовища і процесу, в межах якого здійснюється кримінальне провадження щодо осіб, молодших вісімнадцяти років [6, с. 378].

Міжнародно-правовою основою кримінального провадження щодо неповнолітніх є відповідні положення Конвенції про права дитини 1989 р., Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р., Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. та інших міжнародно-правових актів з прав людини і судочинства, які націлюють органи досудового розслідування, прокурора і суд на врахування особливостей провадження щодо неповнолітніх

На підставі вікових соціально-психологічних характеристик неповнолітніх Генеральна Асамблея ООН розробила Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй щодо відправлення правосуддя стосовно неповнолітніх, більше відомі як «Пекінські правила» (1985 р.). Ці Правила передбачають:

наявність в осіб, які здійснюють кримінальний процес у справах неповнолітніх, відповідної кваліфікації;

побудову судового розгляду таким чином, щоб він забезпечував інтереси неповнолітніх;

забезпечення конфіденційності, щоб уникнути завдання шкоди неповнолітнім через непотрібну гласність або через шкоду їхній репутації тощо; створення спеціалізованих судів у справах неповнолітніх [8].

Запобіжні заходи, що застосовуються до неповнолітніх, мають особливе значення у запобіганні та профілактиці злочинів серед неповнолітніх. Вони можуть реально сприяти запобіганню злочинів і, в той же час, забезпечити виправлення підлітків [11, с. 142].

У юридичній літературі часто зазначається, що основною метою застосування до неповнолітнього правопорушника запобіжного заходу є його виправлення та перевиховання.

В правовій державі примус не є самоціллю або основним засобом впливу на неповнолітніх підозрюваних, обвинувачених, а застосовується як крайній захід, до якого влада вдається з метою запобігання ще більшої шкоди, яка може бути заподіяна, якщо відмовитися від застосування примусу до неповнолітнього правопорушника, і виступає не карою, а засобом соціальної корекції поведінки неповнолітніх [3, с.167].

Відповідно до ст. 492 КПК України до неповнолітнього з урахуванням його вікових та психологічних особливостей, роду занять може бути застосовано один із запобіжних заходів, передбачених цим Кодексом, а саме: 1) особисте зобов'язання; 2) особиста порука; 3) застава; 4) домашній арешт; 5) тримання під вартою; 6) затримання особи як тимчасовий запобіжний захід.

Однак затримання та тримання під вартою може застосовуватись лише у випадку, коли неповнолітній підозрюється чи обвинувачується у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину, та за умови, якщо слідчий/прокурор доведе, що застосування іншого запобіжного заходу не в змозі запобігти ризикам, зазначеним у ст. 177 КПК. Крім урахування згаданих підстав, слідчий суддя, суд, беручи до уваги практику Європейського суду з прав людини (Рішення ЄСПЛ від 27 листопада 2008 року у справі "Свершов проти України"), зобов'язаний враховувати і вік підозрюваного (обвинуваченого) [11].

Відповідно до Мінімальних стандартних правил ООН, які стосуються здійснення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила») від 29 листопада 1985 р., тримання під вартою до суду застосовується лише як крайній захід і протягом найкоротшого періоду часу. Тримання під вартою до суду по можливості замінюється іншими альтернативними заходами, такими як постійний нагляд, активна виховна робота або поміщення в сім'ю або виховний заклад чи будинок (ст. 13) [5]

Чинне законодавство передбачає спеціальні запобіжні заходи, що застосовуються до неповнолітніх, а саме: передання їх під нагляд батьків, опікунів чи піклувальників, а до неповнолітніх, які виховуються в дитячій установі, – передання їх під нагляд адміністрації цієї установи.

Передання неповнолітніх під нагляд батьків можливе за обов’язкового встановлення слідчим суддею, судом таких обставин у їх сукупності:

відомості про особу батьків, опікунів або піклувальників, а також відомості про їхні стосунки з неповнолітнім дають змогу впевнитися у тому, що вони можуть належно здійснювати нагляд за неповнолітнім;

батьки, опікуни чи піклувальники, а також неповнолітній надали згоду на передання під нагляд;

батьками, опікунами або піклувальниками надано письмове зобов'язання забезпечити прибуття неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, а також його належну поведінку.

Особа, яка взяла зобов'язання про нагляд, має право відмовитися від подальшого виконання цього зобов'язання, повідомивши про це заздалегідь. У таких випадках має бути прийнято до уваги відповідне повідомлення та, за наявності клопотання органу досудового розслідування чи сторони обвинувачення, розглянуто клопотання про застосування запобіжного заходу до неповнолітнього підозрюваного (обвинуваченого) відповідно до положень ст. 492 КПК.

Обов'язковими умовами для обрання запобіжного заходу у вигляді передання неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого під нагляд батьків, опікунів, піклувальників є:

1) наявність їхньої згоди (або клопотання) і згоди (або клопотання) самого неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого і

2) з'ясування слідчим суддею, судом, чи спроможні будуть ці особи забезпечити належний нагляд за неповнолітнім підозрюваним, обвинуваченим [6, с. 394].

Крім цього до неповнолітніх, які виховуються у дитячій установі, крім запобіжних заходів, може застосовуватися передання їх під нагляд адміністрації цієї установи.

Спеціальними установами для неповнолітніх, згідно зі ст. 1 ЗУ від 24 січня 1995 р. «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей» (статті 7-11), є: приймальники – розподільники для дітей органів внутрішніх справ, загальноосвітні школи соціальної реабілітації та професійні училища соціальної реабілітації органів освіти; центри медико-соціальної реабілітації дітей закладів охорони здоров'я; спеціальні виховні установи Державної кримінально-виконавчої служби України; притулки для дітей служб у справах дітей; центри соціально-психологічної реабілітації дітей; соціально-реабілітаційні центри (дитячі містечка).

Для обрання запобіжного заходу у вигляді передання неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого під нагляд адміністрації дитячої установи, в якій виховується неповнолітній, наявність їхньої згоди (або клопотання) і згоди (або клопотання) самого неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого закон не передбачає.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у своєму листі «Про деякі питання здійснення кримінального провадження щодо неповнолітніх» зазначив, що слідчий суддя, суд не вправі застосовувати більш тяжкий запобіжний захід ніж той, про застосування якого подане клопотання. В той же час за наявності підстав, передбачених ч. 4 ст. 194 КПК, слідчий суддя, суд має право застосувати більш м'який запобіжний захід ніж той, який зазначений у клопотанні. В такому випадку суд, керуючись вимогами ч. 4 ст. 194 та пунктами 3–5 ч. 1 ст. 196 КПК, має зазначити у резолютивній частині ухвали про обрання запобіжного заходу певного виду, а у мотивувальній – зазначити, чому вважає недоведеними обставини, що свідчать про обґрунтування застосування саме такого запобіжного заходу та недостатність застосування для запобігання ризику або ризикам зазначеним у клопотанні більш м'яких їх видів, визначених у ч. 1 ст. 176 КПК.

У слідчій та судовій практиці виникають труднощі у застосуванні окремих запобіжних заходів щодо неповнолітніх.

Малоефективним залишається застосування запобіжного заходу – передання під нагляд батьків, опікунів чи піклувальників, а до неповнолітніх, які виховуються в дитячій установі, – передання їх під нагляд адміністрації цієї установи (ч. 1 ст. 493 КПК) (незважаючи на те, що кількість збільшується: 2013 р. – 47, 2014 р. – 92). Незатребуваність застосування даного запобіжного заходу пов’язана з утрудненням в його практичній реалізації через складність і громіздкість процедури застосування, труднощі з роз’ясненнями прав та обов’язків батькам та іншим особам, що заслуговують довіри в передачі неповнолітнього під їх нагляд [1, с. 96].

Однак, окрім законодавчого положення, застосування даного виду запобіжного заходу обумовлено положеннями п. 18.2 Мінімальних стандартних правил ООН, що стосуються правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила»), прийняті резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 29.11.1985 р. «Жоден неповнолітній не може бути вилучений з-під нагляду батьків частково або повністю, якщо це не виправдовують обставини провадження. Розлучення дітей з батьками є крайнім заходом. До нього можна вдаватися лише в тих випадках, коли факти справи виправдовують цей серйозний крок (наприклад, жорстоке поводження з дітьми)» [7].Отже, держава намагається чинити гуманно щодо неповнолітніх, які перебувають на вихованні в сім’ї, намагаючись не розлучати дитини з батьками.

При передачі неповнолітнього під нагляд батьків (родичів) або осіб, які їх замінюють, органи досудового розслідування і суд повинні, насамперед, переконатися в тому, що особи, яким неповнолітні передаються під нагляд або

на піклування, мають позитивний вплив на підлітка, правильно оцінюють скоєне їм, користуються авторитетом і повагою у неповнолітнього, можуть вплинути на підлітка або методом переконання, або своїм особистим прикладом, а найголовніше, – ці особи можуть забезпечити належну поведінку та повсякденний контроль за неповнолітнім. За своїм значенням нагляд батьків, опікунів, піклувальників, адміністрації дитячої установи має не тільки окреме, а й загальне попередження (обговорення кримінально протиправної поведінки безпосередньо з самим підозрюваним у дитячій спеціалізованій установі) – усе це несе в собі значний профілактичний потенціал, який може позитивно вплинути на поведінку неповнолітнього [2, с. 231].

Передача неповнолітнього під нагляд означає не тільки встановлення за ним нагляду, а й проведення виховної та роз'яснювальної роботи з ним, переконання підлітка в необхідності правильної, передбаченої законом, поведінки, а також сприяння органам досудового розслідування у встановленні обставин кримінального провадження.

У науковій літературі висувається думка про те, що сама ініціатива в обранні цього запобіжного заходу повинна надходити від органу досудового розслідування, прокурора, суду, самого обвинуваченого, його захисника або законного представника, батьків, опікунів, піклувальників, адміністрації дитячої установи, трудового колективу (навчального закладу), де працює (навчається) неповнолітній, від громадськості. Однак коли така ініціатива виходить від слідчого, прокурора або суду, не допускається застосування тиску на осіб, яким передбачається передання неповнолітніх під нагляд.

Оскільки, слід відзначити, що рішення про обрання цього запобіжного заходу, слідчий, прокурор або суд мають право застосувати за згодою батьків, опікунів, піклувальників, адміністрації дитячої установи.

Таким чином, ефективність застосування даного виду запобіжного заходу, а саме: передання неповнолітніх під нагляд батьків, опікунів чи піклувальників, а до неповнолітніх, які виховуються в дитячій установі, – передання їх під нагляд адміністрації цієї установи, полягає в тому, що інші види запобіжних заходів не мають такого стримуючого і виховного впливу на неповнолітнього. А це забезпечується тим, що між неповнолітнім і органами досудового розслідування знаходиться посередник – батьки, опікуни, піклувальники, адміністрація дитячої установи, які у звичних для неповнолітнього умовах безпосередньо здійснюють вплив на нього з метою перевиховання.

Таким чином, новий КПК України зробив процес кримінального судочинства щодо неповнолітніх більш гуманістичним і демократичним. Передбачений процесуальний порядок застосування спеціальних запобіжних

заходів щодо неповнолітніх дає змогу реалізувати міжнародні стандарти кримінального провадження щодо неповнолітніх. Важливим є те, що законодавчі положення щодо застосування спеціальних запобіжних заходів активно втілюються судами на практиці.

Список використаної літератури:

1. Вакуленко О.Ф. Проблеми застосування запобіжних заходів щодо неповнолітніх [Текст] /О. Вакуленко//Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2015. – № 1. – С. 91-99.

2. Гідулянова Є. М. Особливості застосування до неповнолітніх запобіжних заходів[Текст] / Є. М. Гідулянова // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія : Право. – 2013. – № 1082, вип. 16. – С. 229-232.

3. Губська О. А. До проблеми дотримання прав неповнолітніх при обранні щодо них запобіжних заходів [Текст] / О.А.Губська // Правничий вісник Університету "КРОК". – 2014. – Вип. 20. – С. 165-173.

4. Гумін О. М. Система заходів забезпечення кримінального провадження за новим Кримінальним процесуальним кодексом України[Текст] / О. М. Гумін //Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 226-231.

5. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2015 р., редакція від 26.11.2015 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17

6. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково практичний коментар: у 2 т. [Текст] /Є.М. Блажівський, Ю.М. Грошевий, Ю.М. Дьомін та ін.] ; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова – Т. 2. – Х. : Право, 2012. – 664 с.

7. Макатер С.В. Кримінальне провадження щодо неповнолітніх: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/print/39827-kriminalne_provadzhennya_schodo_nepovnolitnih.html

8. Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних ("Пекинские правила") от 14.12.1992 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_211

9. Мудрецька Г. В. Особливості застосування запобіжних заходів під час кримінального провадження щодо неповнолітніх [Текст]/Г. Мудрецька, О. Цикова// Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки. – 2013. – №3. – Т.2. – С. 141-143.

10. «Особливості кримінального провадження щодо неповнолітніх: міжнародні стандарти крізь призму Кримінального процесуального кодексу України»: матеріали круглого столу від 21 червня 2013 року Апеляційного суду міста Києва в режимі відео- конференцзв'яз- ку: [Електронний ресурс]: режим доступу: http://zib.com.ua/ua/33269- suddi_obgovorili_osoblivosti_kriminalnogo_provadzhennya_scho.html

11. Рішення Європейського суду з прав людини у справі "Свершов проти України від 27 листопада 2008 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_428

12. Фірман О.В. Заходи забезпечення кримінального провадження та їх класифікація [Текст]/ О. В. Фірман//Юридичний науковий електронний журнал. – 2014. – № 6. – С. 231-234.

УДК 343.13

Черниченко І. В.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права та процесу ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

ЗМІНА ТА СКАСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

24 лютого 2022 року указом Президента України № 64/2022 у зв'язку з військовою агресією Російської Федерації проти України введено воєнний стан на всій території України, строк дії якого продовжено.

Початок повномасштабної війни та введення воєнного стану зумовили необхідність внесення змін до Кримінального процесуального кодексу (далі – КК України), у тому числі до глави 18 розділу II «Запобіжні заходи, затримання особи» та розділу IX[1] «Особливий режим досудового розслідування, судового розгляду в умовах воєнного стану».

Окремі особливості застосування запобіжних заходів в умовах воєнного стану вже досліджувалися Гловюк І. В., Дроздовим О. М., Завтур В. А., Михайленко В. В., Рогальською В. В., Тетерятник Г. К., Фоміною Т. Г. та іншими. Однак, системного аналізу потребує законодавство, що регламентує порядок зміни запобіжного заходу, скасування запобіжного заходу для проходження військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період, а також судова практика, що й стало метою цього дослідження.

На сьогодні паралельно існують два порядки зміни, скасування запобіжного заходу:

1) загальний порядок, передбачений статтями 200-201[1] КПК України;

2) особливий порядок під час здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану, регламентований ст. 616 КПК України.

Відповідно до ч. 5 ст. 616 КПК України за клопотанням підозрюваного, обвинуваченого слідчий суддя, суд має право ухвалити рішення про ***зміну запобіжного заходу у вигляді застави на особисте зобов'язання***, якщо відповідне клопотання обґрунтовується бажанням використати кошти, передані в заставу (в повному обсязі або частково), для внесення на спеціальні рахунки Національного банку України для цілей оборони України [1, ст. 616].

Судові рішення, спрямовані на зміну застави особистим зобов'язанням мають масовий характер, слідчі судді та суди здебільшого задовольняють подані клопотання. Хоча на практиці зустрічаються і випадки відмови (Див. ухвалу Першотравневого районного суду м. Чернівці від 31 серпня 2022 року) [2].

Зміна запобіжного заходу у вигляді застави має два способи. Перший – зміна застави на особисте зобов'язання. У законі встановлено умову, за наявності якої передбачається можливість прийняття відповідного рішення – використання коштів, переданих у заставу (в повному обсязі або частково), для внесення на спеціальні рахунки Національного банку для цілей оборони України.

До прикладу, Сихівським районним судом м. Львова задоволено клопотання захисника про зміну обвинуваченому запобіжного заходу у вигляді застави на особисте зобов'язання, яке обґрунтовується бажанням використати кошти, передані в заставу в повному обсязі у сумі 148 860 грн, для внесення на спеціальний рахунок Національного банку України для цілей оборони України. Важливо, що і прокурор у судовому засіданні не заперечував щодо задоволення клопотання [3].

Другий спосіб – зміна запобіжного заходу у вигляді застави шляхом зменшення на суму, яка підлягає перерахуванню на потреби Збройних Сил України. Так, ухвалою Шевченківського районного суду м. Чернівці від 18 липня 2022 року задоволено клопотання захисника в інтересах підозрюваного ОСОБА_1 про зміну розміру застави. Розмір застави зменшено з 650 000 грн на 450 000 грн, враховуючи бажання перерахувати частину застави в сумі 200 000 грн на спеціальний рахунок для збору коштів на підтримку Збройних сил України (для зарахування коштів у національній валюті) [4].

Враховуючи, що застава може бути внесена як самим підозрюваним, обвинуваченим, так і іншою фізичною або юридичною особою (заставодавцем), а також те, що згідно з ч. 11 ст. 182 КПК України, застава, що не була звернена в дохід держави, повертається підозрюваному, обвинуваченому, заставодавцю після припинення дії запобіжного заходу, виникає питання про можливість зміни

запобіжного заходу, якщо заставу було внесено не самим підозрюваним, обвинуваченим, а заставодавцем.

Нормативне формулювання, що міститься у ч. 5 ст. 616 КПК вказує на те, що клопотання про зміну запобіжного заходу може подати сам підозрюваний, обвинувачений, а заставодавець не є суб'єктом подання відповідного клопотання. У клопотанні обґрунтовується бажання використати кошти, передані в заставу, для внесення на спеціальні рахунки Національного банку України для цілей оборони України. Тому, доцільним є складання заставодавцем заяви, в якій буде висловлено бажання передати кошти для цілей оборони України [5].

Підтвердженням вищезазначеного твердження може слугувати відмова Київського районного суду м. Харкова у задоволенні клопотання обвинуваченої ОСОБА_1 з підстав, що застава у розмірі 158 900 грн внесена ОСОБА_2, яка в підготовче судове засідання не з'явилася, усної або письмової згоди на передачу застави для внесення на спеціальні рахунки Національного банку України для цілей оборони України суду не надала [6].

Бажання заставодавця обов'язково повинно бути перевірено і підтверджено оригіналом заяви, яка додається до матеріалів кримінального провадження.

При загальному порядку з клопотанням про зміну запобіжного заходу безпосередньо до суду можуть звернутися як підозрюваний, обвинувачений, так і його захисник. Однак у формулюванні права звернення про зміну запобіжного заходу у вигляді застави на особисте зобов'язання, домашнього арешту на особисте зобов'язання, такий суб'єкт звернення як захисник із незрозумілих причин взагалі відсутній. Та на підставі проаналізованих судових рішень, у переважній більшості випадків, з клопотанням в інтересах підозрюваного, обвинуваченого звертається саме захисник. І ця обставина не є перешкодою для розгляду клопотання слідчим суддею, судом (Див. ухвалу Сихівського районного суду м. Львова від 20 липня 2022 року [3], ухвалу Шевченківського районного суду м. Чернівці від 18 липня 2022 року [4]).

Відповідно до ч. 6 ст. 616 КПК України у місцях ведення активних бойових дій за клопотанням підозрюваного, обвинуваченого слідчий суддя, суд має право розглянути питання про ***зміну запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту на запобіжний захід у вигляді особистого зобов'язання***. При цьому, якщо в порядку ст. 201 КПК України слідчий суддя, суд зобов'язаний розглянути клопотання підозрюваного, обвинуваченого, то при застосуванні ч. 6 ст. 616 КПК України мова йде про право слідчого судді, суду.

Звертаємо особливу увагу, що можливість зміни запобіжного заходу передбачена не на всій території України, а лише у місцях ведення активних бойових дій. Перелік територіальних громад, які розташовані в районі проведення воєнних (бойових) дій або які перебувають в тимчасовій окупації, оточенні (блокуванні) передбачений у Наказі Міністерства з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України від 25 квітня 2022 року № 75 [7]. Саме ним слід керуватися при визначенні місця ведення активних бойових дій. На практиці, однак, суди не завжди враховують це положення. Наприклад, Луцький міськрайонний суд Волинської області ухвалою від 27 травня 2022 року змінив обвинуваченому у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених частинами 3, 4 ст. 190 Кримінального кодексу України (далі – КК України) запобіжний захід у вигляді домашнього арешту на особисте зобов'язання. Поклав на обвинуваченого обов'язки прибувати на виклики до суду за першою вимогою; без дозволу суду не відлучатися з місця проживання – м. Новоград-Волинський Житомирської області; повідомляти про зміну свого місця проживання, роботи; здати на зберігання до відповідних органів державної влади паспорт для виїзду за кордон чи інші документи, що дають право на виїзд з України і в'їзд в Україну [8]. Хоча Новоград-Волинська міська територіальна громада не зазначена у вищевказаному переліку територіальних громад, які розташовані в районі проведення воєнних (бойових) дій.

Особливості скасування запобіжного заходу *передбачені в частинах 1-4 ст. 616 КПК України.* У разі введення в Україні або окремих її місцевостях воєнного стану, здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав проти України підозрюваний, обвинувачений, який під час досудового розслідування або судового розгляду тримається під вартою, крім тих, які підозрюються у вчиненні злочинів проти основ національної безпеки України, а також злочинів, передбачених статтями 115, 146-147, 152-156, 186, 187, 189, 255, 255^1, 257, 258-262, 305-321, 330, 335-337, 401-414, 426-433, 436, 437-442 КК України, має право звернутися до прокурора з клопотанням про скасування цього запобіжного заходу для проходження військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період [1, ст. 616].

Умовно процесуальний порядок скасування запобіжного заходу для проходження військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період можна зобразити схематично:

1. Звернення підозрюваного, обвинуваченого до прокурора з клопотанням.
↓
2. *Р*озгляд прокурором клопотання підозрюваного, обвинуваченого.
↓
3. Складання прокурором клопотання про скасування запобіжного заходу та звернення до слідчого судді або суду, який розглядає кримінальне провадження.
↓
4. Невідкладний розгляд слідчим суддею або судом клопотання прокурора про скасування запобіжного заходу.
↓
5. Прийняття слідчим суддею, судом рішення за наявності достатніх про скасування запобіжного заходу.

Саме прокурор має право звернутися до слідчого судді або суду, який розглядає кримінальне провадження, з клопотанням про скасування тримання під вартою для проходження військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період. Однак, на практиці з таким клопотанням дуже часто звертається підозрюваний, обвинувачений, захисник.

При цьому нормами КПК України не передбачено наслідки порушення порядку та процедури звернення до суду з клопотанням про скасування тримання під вартою в умовах воєнного стану. Проте положеннями ч. 2 ст. 304 КПК України регламентовано наслідки подання до слідчого судді скарги особою, яка не має права її подавати. В такому випадку скарга повертається.

У разі ж подання клопотання про скасування тримання під вартою до суду не прокурором, а самим підозрюваним, обвинуваченим, суд позбавлений права розглядати таке клопотання і повинен його повернути. Аналогічне рішення прийняв слідчий суддя Ленінського районного суду м. Кіровограда 26 квітня 2022 року [9]. Додатково, на нашу думку, необхідно роз’яснити підозрюваному, обвинуваченому право звернутися з клопотанням про скасування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою для проходження військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період до прокурора, який за результатами розгляду вказаного клопотання має право звернутися до слідчого судді, суду [10, с. 227].

Важливо, щоб клопотання прокурора містило виклад обставин, які свідчать про те, що особа підпадає під проходження військової служби за

призовом під час мобілізації, на особливий період, та висновок про придатність особи до несення військової служби в умовах воєнного стану. Наприклад, клопотання прокурора Павлоградської окружної прокуратури було обґрунтоване тим, що обвинувачений є учасником бойових дій, військовозобов'язаний, а також має військово-облікову спеціальність «Механік-водій БМП-ІІІ класу», що підтверджується відповідними посвідченнями [11].

Також клопотання прокурора має містити виклад обставин, які вказують на те, що відсутні ризики, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України, а також ризик ухилення особи, стосовно якої пропонується скасувати тримання під вартою, від проходження військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період. Це враховується при ухваленні рішення. Наприклад, Павлоградський міськрайонний суд Дніпропетровської області ухвалою від 25 травня 2022 року скасував тримання під вартою. Адже обвинувачений, у разі мобілізації та зарахування до складу військовослужбовців військової частини А 1978, не зможе переховуватись від органів досудового розслідування або суду, вчинити інше кримінальне правопорушення, а також не зможе незаконно впливати на свідків [11].

Наступним етапом є невідкладний розгляд слідчим суддею, судом відповідного клопотання. За наслідками розгляду, якщо є достатні підстави, може бути прийнято рішення про скасування запобіжного заходу для подальшого проходження підозрюваним, обвинуваченим військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період. У такому випадку підозрюваний, обвинувачений, стосовно якого скасовано тримання під вартою, має невідкладно, не пізніше 24 годин, з'явитися до відповідного територіального центру комплектування та соціальної підтримки за місцем реєстрації. А у разі нез'явлення, прокурор подає клопотання про обрання стосовно підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

Варто врахувати, що законодавець у ч. 1 ст. 616 КПК передбачив вичерпний перелік статей Кримінального кодексу України, за якими скасування запобіжного заходу для проходження військової служби за призовом під час мобілізації щодо підозрюваного, обвинуваченого, який тримається під вартою, не може бути застосовано (статті 115, 146-147, 152-156, 186, 187, 189, 255, 255^1, 257, 258-262, 305-321, 330, 335-337, 401-414, 426-433, 436, 437-442 КК України). Тому, суддя Калинівського районного суду Вінницької області, правильно прийшов до висновку, що клопотання обвинуваченого та його захисників не ґрунтується на нормах кримінального процесуального закону, адже порушено процесуальний порядок звернення з клопотанням, а ОСОБА_1 обвинувачується

у вчиненні кримінального правопорушення – вбивства з корисливих мотивів, передбаченого п. 6 ч. 2 ст. 115 КК України [12].

Скасованими можуть бути й інші запобіжні заходи, не тільки найсуворіший, що передбачено ч. 4 ст. 616 КПК України. Підозрюваний, обвинувачений має право звернутися до прокурора для скасування запобіжного заходу для проходження військової служби за призовом на під час мобілізації, на особливий період. Прокурор звертається до слідчого судді або суду, який розглядає кримінальне провадження, з відповідним клопотанням.

На підставі вищенаведеного, приходимо до висновку, що в умовах воєнного стану законодавець встановив особливий порядок зміни та скасування запобіжних заходів. Зокрема, передбачено можливість зміни запобіжного заходу у вигляді застави на особисте зобов'язання, домашнього арешту на особисте зобов'язання. Але, для того, щоб вирішити питання про можливість передачі застави (в повному обсязі або частково), для внесення на спеціальні рахунки Національного банку України для цілей оборони України, яка сплачена заставодавцем, необхідно отримати його згоду. Також доцільно включити захисника в перелік суб'єктів звернення у частинах 5, 6 ст. 616 КПК України. Адже при загальному порядку з клопотанням про зміну запобіжного заходу безпосередньо до суду можуть звернутися як підозрюваний, обвинувачений, так і його захисник.

Щодо екстраординарної процедури скасування запобіжного заходу для проходження військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період, то відповідне клопотання підозрюваного, обвинуваченого має бути адресоване прокурору, який має право (а не зобов'язаний) звернутися до слідчого судді або суду з клопотанням про скасування запобіжного заходу. Причому скасованим може бути як тримання під вартою (лише за умов, встановлених у ч. 1 ст. 616 КПК України) так і інші запобіжні заходи (ч. 4 ст. 616 КПК України).

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13. 04. 2012 р. № 4651-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text

2. Ухвала Першотравневого районного суду м. Чернівці від 31. 08. 2022 р. Справа № 725/4891/22. Провадження № 1-кс/725/1182/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/105985511

3. Ухвала Сихівського районного суду м. Львова від 20. 07. 2022 р. Справа № 464/1344/22. Провадження № 1-кп/464/320/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/ Review/105340830

4. Ухвала Шевченківського районного суду м. Чернівці від 18. 07. 2022 р. Справа № 727/5912/22. Провадження № 1-кс/727/1763/22. URL: https://reyestr. court.gov.ua/Review/105340434

5. Фоміна Т., Рогальська В. Запобіжні заходи в умовах воєнного стану: що змінилось. URL: https://zib.com.ua/ua/151472.html

6. Ухвала Київського районного суду м. Харкова від 09. 08. 2022 р. Справа № 953/4109/22. Провадження № 1-кп/953/708/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/ Review/105692765

7. Перелік територіальних громад, які розташовані в районі проведення воєнних (бойових) дій або які перебувають в тимчасовій окупації, оточенні (блокуванні) станом на 23 вересня 2022 року. Затв. наказом Міністерства з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України 25. 04. 2022 р. № 75. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0453-22#Text

8. Ухвала Луцького міськрайонного суду Волинської області від 27. 05. 2022 р. Справа № 161/2301/21. Провадження № 1-кп/161/110/22 URL: https://reyestr. court.gov.ua/Review/104493190

9. Ухвала Ленінського районного суду м. Кіровограда від 26. 04. 2022 р. Справа № 405/1669/22. Провадження № 1-кс/405/784/22. URL: https://reyestr. court.gov.ua/Review/104103716

10. Черниченко І. В. Особливості тримання під вартою в умовах воєнного стану. Аналітично-порівняльне правознавство. 2022. № 3. С. 274-278.

11. Ухвала Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 25. 05. 2022 р. Справа № 194/508/22. Провадження № 1-кп/185/419/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104449650

12. Ухвала Калинівського районного суду Вінницької області від 17. 05. 2022 р. Справа № 133/636/21. Провадження №. 1-кп/132/59/22. URL: https://reyestr. court.gov.ua/Review/104417838

УДК: 343.123.3

Бобечко Н. Р.,

доктор юридичних наук, професор, професор
кафедри кримінального процесу і криміналістики
Львівського національного університету імені
Івана Франка

ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПІДСТАВ ДЛЯ ЗУПИНЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Розпочавшись, досудове розслідування, спрямоване на виконання завдань кримінального провадження повинно бути доведене до логічного завершення. Однак під час досудового розслідування іноді виникають такі обставини, які перешкоджають продовженню та закінченню кримінального провадження. Здавалося б, якщо факт вчинення кримінального правопорушення встановлений, то не може бути жодних затримок для всебічного, повного та неупередженого досудового розслідування. Однак у реальному житті буває далеко не так. Обставини, про які йдеться, пов’язані з тимчасовою перешкодою у здійсненні кримінального провадження, зокрема з вибуттям підозрюваного на певний період. Такі обставини складають зміст підстав для зупинення досудового розслідування.

Підстави для зупинення досудового розслідування становлять підтверджені сукупністю доказів обставини, передбачені у кримінальному процесуальному законі (ч. 1 ст. 280 КПК), що тимчасово перешкоджають продовженню та закінченню досудового розслідування.

Система підстав для зупинення досудового розслідування визначена у ч. 1 ст. 280 КПК: 1) підозрюваний захворів на тяжку хворобу, яка перешкоджає його участі у кримінальному провадженні, за умови підтвердження цього відповідним медичним висновком; 2) оголошено в розшук підозрюваного; 3) слідчий суддя відмовив у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування; 4) наявна необхідність виконання процесуальних дій у межах міжнародного співробітництва; 5) наявні об’єктивні обставини, що унеможливлюють подальше проведення досудового розслідування в умовах воєнного стану; 6) уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та підозрюваним надано письмову згоду на проведення такого обміну.

Викладені у ч.1 ст. 280 КПК підстави для зупинення досудового розслідування мають суб’єктивний (пп. 1, 2) та об’єктивний (пп. 2^1, 3, 4, 5) характер і можуть мати місце лише після повідомлення особі про підозру, тобто на етапі кримінального провадження *in personam*.

Перелік підстав для зупинення досудового розслідування, вказаний у ч. 1 ст. 280 КПК, є вичерпним і поширювальному тлумаченню не підлягає. Зупинення досудового розслідування з яких-небудь інших підстав, не передбачених кримінальним процесуальним законом, вважається істотним порушенням його вимог.

Наявність таких обставин, як призначення тривалої стаціонарної судово-психіатричної експертизи, відсутність свідка-очевидця, не одержання відповіді на доручення слідчого про проведення низки слідчих (розшукових) дій, без виконання яких неможливо закінчити досудове розслідування тощо, у жодному випадку не можуть вважатися підставами для його зупинення.

Це пояснюється тим, що підстави для зупинення досудового розслідування перешкоджають його продовженню та закінченню, натомість вищенаведені обставини таку діяльність ускладнюють.

У таких і подібних випадках, до моменту закінчення строку розслідування слідчий або прокурор, який здійснює процесуальне керівництво, повинен звернутися до прокурора вищого рівня чи слідчого судді з клопотанням про продовження строку досудового розслідування.

Розпочнімо розгляд підстав для зупинення досудового розслідування.

Підозрюваний захворів на тяжку хворобу, яка перешкоджає його участі у кримінальному провадженні, за умови підтвердження цього відповідним медичним висновком (п. 1 ч. 1 ст. 280 КПК). Йдеться про ситуацію, коли особі повідомлено про підозру, але тяжке захворювання виключає можливість її участі у кримінальному провадженні. Оскільки з процесу розслідування тимчасово вибуває такий його активний учасник як підозрюваний, це перешкоджає продовженню і закінченню досудового розслідування. За таких обставин кримінальне провадження зупиняють.

У законодавстві України не визначено поняття «тяжка хвороба». Тож ця категорія є оцінною. Вказуючи на хворобу, законодавець не визначає її конкретної приналежності до визначених медициною груп. У медичній літературі недуги здоров'я людини прийнято поділяти на дві великі категорії: соматичні (з грец. *soma* – тіло) захворювання та психічні (з грец. *psyche* – душа) розлади*. Саме про такі захворювання та розлади, як уявляється, і йдеться у п. 1

* До слова, в одинадцятому перегляді Міжнародної статистичної класифікації хвороб і проблем, пов'язаних зі здоров'ям (МКХ-11), прийнятому Всесвітньою організацією охорони здоров'я 12 грудня 2018 р. [1], йдеться про саме розлади психіки і поведінки, а не про психічні хвороби. Це пояснюється тим, що у психіатрії використання основних критеріїв захворювання (біологічного – наявність тілесної патології, медичного – якість життя та загроза життю, соціального – порушення соціального функціонування людини) ускладнене. Не завжди мають місце й виражені порушення психіки. Понад те, психічний розлад немає традиційного для поняття «хвороба» етапів перебігу та охоплює різні реакції, декомпенсації особистості на тлі соматичних дисфункцій.

ч. 1 ст. 280 КПК. Водночас, варто зазначити, що однією з підстав для зупинення судового провадження законодавець встановив «психічну чи іншу тяжку тривалу хворобу» (ст. 335 КПК). Відсутність вказівки на психічний розлад у редакції п. 1 ч. 1 ст. 280 КПК можна пояснити недоліками законодавчої техніки.

Кримінальний процесуальний закон не містить переліку соматичних захворювань і психічних розладів, які тягнуть зупинення досудового розслідування.

Відповідно до Переліку хвороб, які є підставою для подання до суду матеріалів про звільнення засуджених від подальшого відбування покарання, затвердженого спільним наказом Міністерства юстиції України та Міністерства охорони здоров'я України від 18 серпня 2014 р. № 1348/5/572 [2], такими захворюваннями вважають туберкульоз, інфекцію вірусу імунодефіциту людини (ВІЛ/СНІД), лепру, усі злоякісні новоутворення IV стадії, деякі хвороби ендокринної системи, психічні розлади, хвороби нервової системи та органів чуття, хвороби органів кровообігу, хвороби органів дихання, хвороби органів травлення, хвороби нирок, хвороби кістково-м'язевої системи та сполучної тканини, хвороби обміну, анатомічні дефекти внаслідок захворювання чи травми, променеву хворобу. Однак не всі зазначені захворювання є фактичною підставою для зупинення досудового розслідування. Окремі з них (психічні розлади) є підставою для зміни порядку провадження досудового розслідування (ч. 2 ст. 503 КПК), інші (для прикладу, злоякісні новоутворення) – підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки, за наявності необхідних матеріально-правових умов (ст. 48 КК). Тож означений підзаконний нормативно-правовий акт не дає відповіді на питання про те, які саме тяжкі соматичні захворювання та психічні розлади спричиняють зупинення досудового розслідування.

З п. 1 ч. 1 ст. 280 КПК випливає, що такі захворювання мають бути тяжкими і підтвердженими медичним висновком.

Медичний висновок може бути підготовлений як лікарем – фахівцем у певній галузі медицини одноособово, так і лікарською комісією колегіально. При чому медичний висновок може бути виданий не лише лікарем, який безпосередньо займається лікуванням підозрюваного, але й головним лікарем медичного закладу, де знаходиться підозрюваний, чи його заступником. Крім того, медичний висновок може бути складений як на підставі процесуального акта слідчого, так і на прохання самого підозрюваного, його захисника та законного представника. Насамкінець, медичний висновок може бути підготовлений лікарями не лише державних та комунальних закладів охорони здоров'я, але й лікарями приватних клінік. Однак у спірних моментах допустиме

призначення судово-медичної експертизи для встановлення самого факту соматичного захворювання підозрюваного та для визначення його тяжкості.

Наявність та характер захворювання підозрюваного підтверджується також медичними довідками та висновками, підготовленими не у зв'язку з кримінальним провадженням, а до його початку.

Насамперед, розглянемо *психічне захворювання підозрюваного як підставу для зупинення досудового розслідування*.

У КПК не визначені конкретні ознаки психічного захворювання, що дають можливість розмежувати його від інших розладів душевної діяльності, які не тягнуть зупинення досудового розслідування. Внаслідок цього у слідчій практиці мають місце випадки зупинення досудового розслідування лише на підставі констатації факту психічної дисфункції без з'ясування характеру та ступеня хворобливого стану підозрюваного.

Проте не будь-який психічний розлад зумовлює зупинення досудового розслідування. Для встановлення характеру цього розладу, що може розглядатись як підстава для зупинення досудового розслідування, необхідно брати до уваги положення ст.ст. 19, 20 КК та глави 39 КПК.

Підставою для зупинення досудового розслідування може бути лише такий психічний розлад підозрюваного, який настав після вчинення кримінального правопорушення. Йдеться про випадки, коли підозрюваний вчинив кримінальне правопорушення у стані осудності, тобто був здатний усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та керувати ними.

Розгляд проблематики психічного захворювання підозрюваного як підстави для зупинення досудового розслідування вимагає відповіді на питання про те, чи психічний розлад повинен бути пов'язаний із втратою підозрюваним здатності усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та керувати ними.

Згідно з однією доктринальною позицією, підставою для зупинення досудового розслідування може бути такий психічний розлад підозрюваного, який не пов'язаний із втратою ним здатності розуміти значення своїх дій або керувати ними. У випадках, коли у підозрюваного після вчинення кримінального правопорушення виявили психічний розлад, пов'язаний із втратою здатності розуміти значення своїх дій або керувати ними, досудове розслідування не зупиняють, а продовжують у порядку провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру.

Відповідно до іншого підходу, встановлення після вчинення кримінального правопорушення наявності психічного розладу підозрюваного, який не спричинив втрати ним здатності розуміти свої дії (бездіяльність) або керувати ними є підставою для визнання такого учасника кримінального

провадження особою, яка через свої психічні вади не здатна повною мірою реалізувати свої права, а не підставою для зупинення досудового розслідування.

До психічних вад, що перешкоджають учасникам кримінального провадження повною мірою реалізувати свої права, зокрема право на захист, належать: олігофренія, психопатія, епілепсія, залишкові явища черепно-мозкових травм, реактивні стани, психофізичний інфантилізм та інші вади у межах осудності. Такого роду розлади не виключають осудності, однак послаблюють, знижують пізнавальні здібності або зумовлюють патологічні особливості емоційно-вольової сфери.

Виявлення під час досудового розслідування психічного розладу підозрюваного, який настав після вчинення кримінального правопорушення та такий, що не спричинив втрату ним здатності усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними, не може бути підставою для зупинення досудового розслідування. Кримінальне провадження у цьому випадку ведуть у звичайному порядку з наданням такому підозрюваному додаткової гарантії права на захист. Згідно з п. 3 ч. 2 ст. 52 КПК такою гарантією є обов’язкова участь захисника з моменту встановлення психічних вад.

Психічні вади, на відміну від психічних розладів, не спричиняють спотвореного сприйняття реальної дійсності. Тобто вадою є будь-яке відхилення від психічної норми. Відмінність ж вади для стану, в якому особа нездатна усвідомлювати свої дії та керувати ними, від іншого хворобливого стану психіки – у глибині, складності цієї вади, її впливі на дії особи. Для здатності особи здійснювати своє право на захист потрібен такий стан психічних функцій (сприйняття, уваги, пом’яті, мислення) та емоційно-вольової сфери підозрюваних або обвинувачених, що забезпечить правильне відображення дійсності і створить передумови для повноцінної інтелектуальної діяльності. Такі особи усвідомлюють свої дії і керують ними, хоча це і поєднується з психічними аномаліями за відсутності ознак, властивих психічним розладам. У них обмежена здатність сприймати, осмислювати, запам’ятовувати факти й обставини, знання яких необхідно для здійснення права на захист [3].

Важливе значення для правозастосовної практики має й вирішення питання про те, за якого психічного розладу досудове розслідування зупиняють, а за якого повинно продовжуватись у порядку провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру. Відповідь на це питання міститься у кримінальному процесуальному законі. Так, відповідно до ч. 4 ст. 503 КПК примусові заходи медичного характеру застосовуються лише до осіб, які є суспільно небезпечними.

Якщо під час досудового розслідування у підозрюваного встановлена наявність тимчасового психічного розладу, недоумство або інших хворобливий стан психіки, які перешкоджають йому усвідомлювати значення своїх дій (бездіяльності) та (або) керувати ними, і за характером вчиненого ним кримінального правопорушення та своїм психічним станом він становить небезпеку для суспільства і потребує примусового лікування, досудове розслідування не зупиняють, а виносять постанову про зміну порядку досудового розслідування та його продовження згідно правилами, встановленими для кримінального провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру (глава 39 КПК).

Доречно наголосити, що у п. 1 ч. 1 ст. 280 КПК не йдеться про тимчасовий характер дисфункції підозрюваного, оскільки клініка психічних розладів така, що наперед важко або навіть неможливо сказати, коли настане нівелювання симптоматичних проявів і чи взагалі настане.

Тож до ознак психічного розладу підозрюваного, що є підставою для зупинення досудового розслідування, належать: 1) тяжкий психічний розлад, який триває певний період часу і завершується компенсацією, купіруванням його симптомів, ремісією; 2) такий розлад спричинив втрату здатності підозрюваним розуміти свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними; 3) з огляду на це, психічний розлад позбавляє підозрюваного інтелектуальної здатності брати участь у досудовому розслідуванні; 4) такий розлад виник у підозрюваного під час досудового розслідування; 5) підозрюваний не є суспільно небезпечним для суспільства та для себе, а тому не потребує застосування примусових заходів медичного характеру.

Питання про наявність чи відсутність у підозрюваного психічного розладу не може бути вирішене слідчим, прокурором самостійно, оскільки навіть у фахівців нерідко виникають труднощі при діагностиці та оцінці тяжкості і характеру психічних дисфункцій у підозрюваних. Після одержання документа, що засвідчує наявність у підозрюваного психічного розладу (для прикладу, довідки з психоневрологічного диспансеру), для одержання додаткових даних про характер та тяжкість захворювання, а також для з’ясування можливості участі цього суб’єкта у кримінальному провадженні, необхідно призначити судово-психіатричну експертизу. Такий висновок випливає з положень п. 3 ч. 2 ст. 242 та ст. 509 КПК.

При зупиненні кримінального провадження у зв’язку з *тяжким соматичним захворюванням підозрюваного* потрібно встановити характер захворювання та його тяжкість.

Соматична хвороба підозрюваного може протікати в різноманітних формах і мати різні наслідки. Деякі захворювання мають хронічний характер і за винятком періодів загострення не можуть вважатися підставою для зупинення досудового розслідування. Так само, захворювання, що носять епізодичний характер, але поєднані з високою температурою, підвищеним кров'яним тиском, втратою свідомості, тобто з тимчасовим різким погіршенням здоров'я, виключають можливість участі підозрюваного у кримінальному провадженні в цей період, однак не є підставою для зупинення досудового розслідування внаслідок їх короткочасності. За таких обставин слідчий, у разі необхідності, повинен ставити питання про продовження строку досудового розслідування, якщо таке захворювання підозрюваного перешкоджає закінченню досудового розслідування у встановлені законом строки.

Якщо під час досудового розслідування буде встановлено, що підозрюваний захворів невиліковним тяжким захворюванням (для прикладу, вогнищевою ішемічною дистрофією міокарда, злоякісним новоутворенням III-IV стадії, бічним аміотрофічним склерозом), то в такому випадку, за умови, що підозрюваний вперше вчинив кримінальний проступок або нетяжкий злочин (крім корупційних кримінальних правопорушень, кримінальних правопорушень, пов'язаних з корупцією, порушень правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керували транспортними засобами у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або перебували під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції), досудове розслідування належить закінчити складанням клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності внаслідок зміни обстановки та втрати особою суспільної небезпеки (ст.ст. 285, 286 КПК України, ст. 48 КК України).

Тож оцінка захворювання підозрюваного як тяжкого, що тягне за собою зупинення досудового розслідування, викликає труднощі.

Для забезпечення правильного і однакового правозастосування з п. 1 ч. 1 ст. 280 КПК України простежуються медичний та юридичний критерії такого захворювання.

За медичним критерієм до тяжких соматичних захворювань належать ті, що становлять небезпеку для життя і здоров'я підозрюваного (окремі ушкодження м'яких тканин і травми опорно-рухової системи, низка захворювань внутрішніх органів), а також для його оточення (деякі інфекційні хвороби).

Важливо, що захворювання повинно бути тимчасовим або, якщо і мати хронічний характер, то піддаватись лікуванню, що тягне покращення стану здоров'я підозрюваного до рівня, який даватиме йому змогу брати участь у кримінальному провадженні.

Водночас не будь-яка тяжка і, навіть, невиліковна соматична хвороба підозрюваного з погляду медицини є підставою для зупинення досудового розслідування. Для прикладу, легенева гіпертензія, поліомієліт, Паркінсонова хвороба на певних етапах перебігу та за відсутності загострення істотно не перешкоджають життєдіяльності підозрюваного. Тому з п. 1 ч. 1 ст. 280 КПК випливає ще й юридичний критерій визначення наявності тяжкого соматичного захворювання, до якого належить та обставина, що захворювання тягне розлад здоров'я підозрюваного, який фізично перешкоджає йому брати участь у досудовому розслідуванні певний період часу (давати показання, заявляти клопотання, ознайомитися з матеріалами кримінального провадження тощо).

На підставі зазначеного, п. 1 ч. 1 ст. 280 КПК доречно викласти у такій редакції – «підозрюваний захворів на тяжку хворобу, одержав ушкодження, травму або психічний розлад, що тимчасово перешкоджають його участі у кримінальному провадженні, за умови підтвердження цього відповідним медичним висновком або висновком експерта».

Оголошено в розшук підозрюваного (п. 2 ч. 1 ст. 280 КПК). Доречно зазначити, що у первинній редакції (до 16 березня 2017 р.) цей пункт мав інший зміст – «підозрюваний переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності і його місцезнаходження невідоме». У порівнянні з чинною редакцією п. 2 ч. 1 ст. 280 КПК, можна констатувати про розширення змісту другої підстави для зупинення досудового розслідування.

У ч. 1 ст. 281 КПК встановлені два випадки оголошення розшуку підозрюваного: 1) якщо під час досудового розслідування місцезнаходження підозрюваного невідоме; 2) якщо під час досудового розслідування підозрюваний виїхав та (або) перебуває на тимчасово окупованій території України чи за межами України та не з'являється без поважних причин на виклик слідчого, прокурора за умови його належного повідомлення про такий виклик.

Тож суть цієї підстави полягає в тому, що орган досудового розслідування не може закінчити кримінальне провадження у встановленому законом порядку, оскільки: а) з метою ухилення від кримінальної відповідальності підозрюваний зник і невідомо, де він знаходиться; б) місце перебування підозрюваного невідоме з інших причин, не пов'язаних із переховуванням від слідства та суду; в) підозрюваний перебуває на тимчасово окупованій території України чи за межами України та не з'являється без поважних причин на виклик слідчого, прокурора, за умови його належного повідомлення про такий виклик.

Такі варіанти є частиною однієї підстави для зупинення досудового розслідування, водночас кожен з них має самостійне значення, оскільки залежно від того, чи зник підозрюваний з метою ухилення від кримінальної

відповідальності, чи його місцеперебування невідоме з інших причин, чи знаходиться підозрюваний на тимчасово окупованій території України, чи за межами України та не з'являється без поважних причин на виклик, по різному обчислюють строки давності притягнення особи до кримінальної відповідальності у зупиненому провадженням досудовому розслідуванні.

За першої ситуації досудове розслідування зупиняють, коли особі вручено письмове повідомлення про підозру, але підозрюваний не виконав покладені на нього зобов'язання і переховується від слідства та суду.

Згідно з усталеною правовою позицією ККС ВС під ухиленням від слідства або суду слід розуміти будь-які умисні дії, вчинені певною особою з метою уникнути кримінальної відповідальності за вчинений злочин, що змушує правоохоронні органи вживати заходів, спрямованих на розшук і затримання правопорушника (нез'явлення без поважних причин за викликом до слідчого або суду, недотримання умов запобіжного заходу, зміна документів, які посвідчують особу, зміна зовнішності, перехід на нелегальне становище, імітація своєї смерті тощо) [4].

Водночас у рішенні **«Сінькова проти України»** від 27 лютого 2018 р. ЄСПЛ зазначив, що сам факт знаходження в списку розшукуваних не означає, що особа переховується від правосуддя. Важливим фактом при оцінці ризику того, що особа переховується від правосуддя, є фактична поведінка підозрюваного, а не його офіційний статус як «особи у списку розшукуваних» [5]. Тому оголошення підозрюваного в розшук не свідчить про його ухилення від слідства [6; 7; 8].

Відповідно, таким, що ухилився від слідства та суду вважається підозрюваний, який усвідомлюючи можливість притягнення до кримінальної відповідальності, умисно вживає заходів, що ускладнюють виявлення його місцезнаходження органами досудового розслідування.

Факт, який підтверджує те, що підозрюваний ухилився від слідства та суду, повинен бути засвідчений довідками з місця проживання, роботи або навчання про тривалу його відсутність, показаннями свідків тощо.

Підозрюваний вважається таким, що переховується від органів слідства та суду, з моменту одержання слідчим відомостей про його відсутність у місці постійного проживання (знаходження) або коли є інформація, про його виїзд у невідомому напрямі. Процесуальним моментом визнання підозрюваного таким, що переховується від органів слідства та суду, є оголошення його розшуку – окремо або одночасно із зупиненням досудового розслідування.

Іншими причинами, не пов'язаними із переховуванням від слідства та суду, з яких місцеперебування підозрюваного не відоме, є об'єктивні обставини,

що унеможливлюють отримання відомостей про місцезнаходження підозрюваного, за умови невчинення ним умисних активних заходів, спрямованих на ухилення від кримінальної відповідальності. До таких обставин належать: смерть внаслідок старості, тривалого хронічного захворювання, раптова смерть, самогубство або нещасний випадок з летальним наслідком, коли особа померлого залишається невідомою. Сюди також доцільно віднести і ситуації, коли людина жива, але встановити її місцезнаходження важко внаслідок хворобливого стану підозрюваного. Сам він позбавлений можливості повідомити про себе будь-які відомості, а документи, що засвідчують його особу, відсутні. Такими обставинами є й перебування підозрюваного у відпустці, відрядженні, навчанні, на лікуванні в іншому населеному пункті чи країні без наміру переховування від слідства і суду.

У третій ситуації, на відміну від перших двох, відомо, що підозрюваний виїхав та (або) перебуває на тимчасово окупованій території України чи за межами України, але його знаходження там пов'язане із переховуванням від органів слідства та суду, ухиленням від кримінальної відповідальності. За останньою ознакою простежується схожість з першою ситуацією.

З проаналізованою вище, схожою є підстава, коли **слідчий суддя відмовив у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування (п. 2^1 ч. 1 ст. 280 КПК).** Спільним між ними є те, що підозрюваний також переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності, у зв'язку з чим він оголошений у розшук.

Натомість відмінність полягає у тому що, по-перше, місцезнаходження такого підозрюваного може бути відоме (тимчасово окупована територія України, територія держави, визнана Верховною Радою України державою-агресором), однак немає можливості здійснити його затримання та доставку до місця проведення досудового розслідування, по-друге, такий підозрюваний оголошений у міжнародний розшук, і, по-третє, йому оголошено про підозру у вчиненні такого злочину, стосовно якого кримінальний процесуальний закон (ч. 2 ст. 297^1 КПК) встановив можливість здійснювати досудове розслідування заочно – т.зв. спеціальне досудове розслідування (*in absentia*).

Спеціальне досудове розслідування дає можливість проводити кримінальне переслідування підозрюваного у його відсутність, але за дотримання низки процесуальних умов, однією з яких є винесення ухвали слідчим суддею про дозвіл на застосування такого порядку. Отримавши відмову у здійсненні спеціального досудового розслідування, слідчий, прокурор вимушені ухвалити рішення про зупинення досудового розслідування.

Відповідно до ч. 1 ст. 297^4 КПК слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, якщо прокурор, слідчий не доведе, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук, та/або уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся.

Необхідно зауважити, що у кримінальному процесуальному законі встановлені дві фактичні підстави для здійснення спеціального досудового розслідування: 1) проведення досудового розслідування за визначеними складами злочинів щодо підозрюваного, який переховується від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук; 2) уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся. Цей висновок підтверджується структурною побудовою ч. 2 ст. 297^1 КПК та вимогами щодо змісту клопотань про здійснення спеціального досудового розслідування, викладеними у ч. 2 та ч. 3 ст. 297^1 КПК відповідно.

Аналізована підстава для зупинення досудового слідства пов’язана з першою фактичною підставою для здійснення спеціального досудового розслідування.

Звідси випливає, що для одержання дозволу на здійснення спеціального досудового розслідування не достатньо вжити заходів щодо встановлення місцезнаходження підозрюваного та оголосити його у міжнародний розшук. На сторону обвинувачення покладено обов’язок довести наявність умислу підозрюваного на переховування від органів слідства та суду та мету таких дій – ухилення від кримінальної відповідальності. Якщо такі обставини не будуть доведені, то слідчий суддя відмовляє в наданні дозволу на здійснення спеціального досудового розслідування.

За наявності обставин, передбачених п. 2 ч. 1 ст. 280 КПК, досудове розслідування зупиняють як правило, а у разі встановлення обставин, викладених у п. 2^1 ч. 1 ст. 280 КПК, – як виняток.

Доцільно зазначити, що аналізована підстава може бути застосована лише для зупинення досудового слідства, але не дізнання, оскільки згідно з ч. 2 ст. 297^1 КПК спеціальне досудове розслідування здійснюється лише щодо злочинів.

Досудове розслідування зупиняють, **коли наявна необхідність виконання процесуальних дій у межах міжнародного співробітництва (п. 3 ч. 1 ст. 280 КПК).** Йдеться про таку перешкоду для продовження та закінчення досудового розслідування, період усунення якої наперед складно визначити або є настільки тривалим у часі, що перевищує усі допустимі у кримінальному процесуальному законі строки досудового розслідування з урахуванням їх продовження.

Відповідно до ст. 542 КПК міжнародне співробітництво під час кримінального провадження полягає у вжитті необхідних заходів з метою надання міжнародної правової допомоги шляхом вручення документів, виконання окремих процесуальних дій, видачі осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, тимчасової передачі осіб, перейняття кримінального переслідування, передачі засуджених осіб та виконання вироків. Міжнародним договором України можуть бути передбачені інші, ніж у КПК, форми співробітництва під час кримінального провадження.

Зі змісту п. 3 ч. 1 ст. 280 КПК випливає, що така підстава для зупинення досудового розслідування може застосовуватися у двох формах міжнародного співробітництва під час досудового розслідування – міжнародної правової допомоги при проведенні процесуальних дій та видачі осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (екстрадиція).

У п. 1 ст. 541 КПК міжнародна правова допомога визначена як проведення компетентними органами однієї держави процесуальних дій, виконання яких необхідне для досудового розслідування, судового розгляду або для виконання вироку, ухваленого судом іншої держави або міжнародною судовою установою. Натомість видачу особи (екстрадиція) розглядають як видачу особи державі, компетентними органами якої ця особа розшукується для притягнення до кримінальної відповідальності або виконання вироку. Екстрадиція включає: офіційне звернення про встановлення місця перебування на території запитуваної держави особи, яку необхідно видати, та видачу такої особи; перевірку обставин, що можуть перешкоджати видачі; прийняття рішення за запитом; фактичну передачу такої особи під юрисдикцію запитуючої держави (п. 2 ст. 541 КПК).

Водночас, керуючись ч. 5 ст. 280 КПК, відповідно до якої після зупинення досудового розслідування проведення слідчих (розшукових) дій не допускається, крім тих, які спрямовані на встановлення місцезнаходження підозрюваного, здійснення процесуальних дій у межах міжнародної правової допомоги (приміром, допиту) у зупиненому досудовому розслідуванні викликає застереження.

Зупинення досудового розслідування за п. 3 ч. 1 ст. 280 можливе з моменту направлення слідчим, за погодженням з прокурором, або прокурором, який здійснює нагляд за дотриманням законів при проведенні досудового розслідування, до Департаменту міжнародно-правового співробітництва Офісу Генерального прокурора запиту про міжнародну правову допомогу у кримінальному провадженні (ст. 551 КПК) або клопотання про видачу (екстрадицію) встановленої іноземним компетентним органом особи, яка розшукується українськими правоохоронними органами, або після затримання на території іноземної держави підозрюваного, оголошеного у міжнародний розшук (ст. 575 КПК). Саме на період до виконання запитуваних процесуальних дій, прийняття компетентним органом іноземної держави рішення про видачу особи в Україну чи про відмову в цьому досудове розслідування підлягає зупиненню.

Змінами до КПК щодо удосконалення порядку здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану, систему підстав для зупинення досудового розслідування доповнено ще одним елементом – **наявні об'єктивні обставини, що унеможливлюють подальше проведення досудового розслідування в умовах воєнного стану (п. 4 ч. 1 ст. 280 КПК).**

Ця ж підстава, з розширеним формулюванням, викладена у п. 3 ч. 1 ст. 615 КПК: «У разі введення воєнного стану та якщо відсутня об'єктивна можливість подальшого проведення, закінчення досудового розслідування та звернення до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності – строк досудового розслідування у кримінальному провадженні зупиняється на підставі вмотивованої постанови прокурора з викладом відповідних обставин та підлягає поновленню, якщо підстави для зупинення перестали існувати».

У такий спосіб законодавець допустив порушення такого логічного правила, що використовується у процесі правотворчості, як відсутність дублювання нормативних приписів.

Окрім того, сама редакція п. 3 ч. 1 ст. 615 КПК не позбавлена недоліків.

Перше. У ній проведено розмежування між закінченням досудового розслідування та зверненням до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності. Проте згідно з пп. 2, 3 ч. 2 ст. 283 КПК останні віднесені до форм закінчення досудового розслідування. Понад те, описана у п. 3 ч. 1 ст. 615 КПК правова ситуація не дає можливості ще й закрити кримінальне провадження. Тому перелік (ще й

неповний) форм закінчення досудового розслідування у п. 3 ч. 1 ст. 615 КПК є зайвим, адже охоплюється ширшою категорією «закінчення досудового розслідування».

Друге. Простежується колізія між п. 4 ч. 1 ст. 280 КПК та п. 3 ч. 1 ст. 615 КПК, яка полягає в тому, що за однакових обставин у першому випадку кримінальний процесуальний закон приписує зупинити досудове розслідування, а в другому – лише його строк. Незважаючи на те, що інститут зупинення досудового розслідування спрямований на збереження його строків, формулювання п. 3 ч. 1 ст. 615 КПК істотно обмежує дію норм цього елемента кримінального процесуального права. Використовуючи лексико-граматичне тлумачення аналізованого положення, можна дійти помилкового висновку про те, що у зупиненому за цим пунктом досудовому розслідуванні відсутня заборона проведення слідчих (розшукових) дій. Водночас, заради справедливості необхідно зазначити, що в останньому реченні п. 3 ч. 1 ст. 615 КПК йдеться все ж про зупинення досудового розслідування.

Третє. Рішення про зупинення досудового розслідування за цією підставою може прийняти лише прокурор. При цьому, у п. 3 ч. 1 ст. 615 КПК встановлена одна з умов для винесення прокурором постанови – «до зупинення досудового розслідування прокурор зобов'язаний вирішити питання про продовження строку тримання під вартою». Наділення прокурора таким повноваженням суперечить Конституції України. Відповідно до ч. 1 ст. 29 Конституції України ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. А згідно зі ст. 64 Основного закону права, передбачені ст. 29 Конституції України, не можуть бути обмежені навіть в умовах воєнного та надзвичайного стану.

Водночас викликає застереження і формулювання п. 4 ч. 1 ст. 280 КПК. Фактичні підстави для зупинення досудового розслідування, викладені у ч. 1 зазначеної статті, є обставинами, що тимчасово стоять на заваді належному перебігу досудового розслідування. До того ж, об'єктивний (не пов'язаний зі станом здоров'я та поведінкою підозрюваного) характер має не лише аналізована підстава, але й підстави для зупинення досудового розслідування, передбачені пп. 2^1, 3 та 5 ч. 1 ст. 280 КПК. Тому з редакції п. 4 ч. 1 цієї статті доцільно вилучити мовні одиниці «об'єктивні» та «обставини», а сам пункт варто викласти так: «неможливість проведення та закінчення досудового розслідування в умовах воєнного стану».

«Об'єктивні обставини, що унеможливлюють подальше проведення досудового розслідування» (п. 4 ч. 1 ст. 280 КПК) та «відсутність об'єктивної

можливості подальшого проведення, закінчення досудового розслідування» (п. 3 ч. 1 ст. 615 КПК) можуть бути зумовлені: 1) постійними артилерійськими, мінометними обстрілами, атаками дронами-камікадзе місця проведення досудового розслідування, нанесенням ракетних та авіаударів по ньому внаслідок чого існує небезпека для життя і здоров'я слідчого та учасників кримінального провадження; 2) тимчасовою окупацією території, у межах якої здійснюється досудове розслідування, зберігаються речові докази і документи, утримується під вартою чи проживає підозрюваний, перебуває на лікуванні, мешкає потерпілий, свідки; 3) перешкодою чи унеможливленням діяльності органів прокуратури, суду, інших державних органів та органів місцевого самоврядування у зв'язку з вищевикладеними чинниками, зміною ними місцезнаходження; 4) припиненням транспортного сполучення з місцем проведення досудового розслідування, відсутністю у ньому зв'язку, зокрема Інтернету, за описаної обстановки.

При цьому, необхідно мати на увазі, що сам факт запровадження воєнного стану не є підставою для зупинення досудового розслідування, а умовою для прийняття цього рішення.

З моменту повномасштабної агресії російської федерації проти України різко зросла кількість осіб, яких згідно норм міжнародного гуманітарного права називають військовополоненими. Якщо впродовж 2014-2021 рр. обмін військовополонених відбувався за процедурою *ad hoc*, то після 24 лютого 2022 р. постала необхідність вирішення цього питання відповідно до єдиного нормативного порядку. Одним з елементів напрацьованого механізму обміну військовополонених, яких підозрюють у вчиненні воєнних злочинів, став інститут зупинення досудового розслідування. У зв'язку з чим, з'явилася ще одна підстава для зупинення досудового розслідування – **уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та підозрюваним надано письмову згоду на проведення такого обміну (п. 5 ч. 1 ст. 280 КПК).**

Згідно з п. 28 ст. 3 КПК України особа, стосовно якої уповноваженим органом прийнято рішення про обмін як військовополоненого, – будь-яка особа, яка має процесуальний статус підозрюваного, обвинуваченого, засудженого та яка включена відповідним уповноваженим органом до списку для обміну як військовополонений.

Відповідно до ст. 4 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими 1949 р. ними вважаються особи, які потрапили в полон до супротивника й належать до однієї з таких категорій: 1) особового складу збройних сил сторони конфлікту, а також членів ополчення або добровольчих

загонів, які є частиною цих збройних сил; 2) членів інших ополчень та добровольчих загонів, зокрема членів організованих рухів опору, які належать до однієї зі сторін конфлікту й діють на своїй території або за її межами, навіть якщо цю територію окуповано, за умови, що ці ополчення або добровольчі загони, зокрема організовані рухи опору, відповідають таким умовам: a) ними командує особа, яка відповідає за своїх підлеглих; b) вони мають постійний відмітний знак, добре розпізнаваний на відстані; c) вони носять зброю відкрито; d) вони здійснюють свої операції згідно із законами та звичаями війни; 3) членів особового складу регулярних збройних сил, які заявляють про свою відданість урядові або владі, що не визнані державою, яка їх затримує; 4) осіб, які супроводжують збройні сили, але фактично не входять до їхнього складу, наприклад цивільних осіб з екіпажів військових літаків, військових кореспондентів, постачальників, особового складу робочих підрозділів або служб побутового обслуговування збройних сил, за умови, що вони отримали на це дозвіл тих збройних сил, які вони супроводжують, для чого останні видають їм посвідчення особи за зразком, наведеним у додатку; 5) членів екіпажів суден торговельного флоту, зокрема капітанів, лоцманів та юнг, а також екіпажів цивільних повітряних суден сторін конфлікту, які не користуються більш сприятливим режимом згідно з будь-якими іншими положеннями міжнародного права; 6) жителів неокупованої території, які під час наближення ворога озброюються, щоб чинити опір силам загарбника, не маючи часу сформуватися в регулярні війська, за умови, що вони носять зброю відкрито й дотримуються законів і звичаїв війни [9].

Згідно зі ст. 3 Додатку до IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі 1907 р. збройні сили воюючих сторін можуть складатися з комбатантів та некомбатантів. У разі захоплення ворогом як ті, так і інші користуються правами військовополонених [10].

Комбатанти (з франц. *combatant* – боєць) є легітимними учасниками військових дій, які мають право застосовувати військову силу і, відповідно, є правомірним об’єктом для ліквідації. Привілеєм комбатантів є право на знищення особового складу, військових споруд, техніки та інших військових об’єктів противника без ризику бути притягненими до кримінальної відповідальності. Тому комбатанти не можуть зазнавати кримінального переслідування за участь у законних бойових діях, що ведуться у рамках військових операцій, навіть, якщо їхні дії вважалися б тяжким чи особливо тяжким злочином у мирний час. Комбатантів правомірно переслідувати лише за вчинення воєнних злочинів. Ці злочини передбачають особисту відповідальність комбатантів, навіть якщо вони діяли за наказом свого командира.

До некомбатантів належать особи, які входять до складу збройних сил сторони, що воює, надають їй всіляку допомогу у досягненні поставлених військових завдань, але безпосередньо не беруть участі у військових діях (медичний і духовний персонал). Некомбатанти не належать до цивільного населення.

У п. 5 ч. 1 ст. 280 КПК йдеться про військовополоненого, якому повідомлено про підозру у вчиненні воєнних злочинів. Хоча у вітчизняному кримінальному законодавстві не використовується поняття «воєнний злочин», однак деякі зі злочинів є підстави віднести саме до воєнних, зокрема порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК), планування, підготовка або розв'язання та ведення агресивної війни (ст. 437 КК), пропаганда війни (ст. 436 КК), насильство над населенням у районі воєнних дій (ст. 433 КК), погане поводження з військовополоненими (ст. 434 КК), застосування зброї масового знищення (ст. 439 КК), розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення (ст. 440 КК), екоцид (ст. 441 КК), геноцид (ст. 442 КК).

Водночас, значно ширший перелік воєнних злочинів викладений у ч. 2 ст. 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду [11].

З огляду на це, у пп. 3 п. 18^2 Порядку тримання військовополонених, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 5 квітня 2022 р. № 413, зазначено, що під час приймання військовополонених працівники табору зобов'язані негайно поінформувати органи Служби безпеки, прокуратури, Національної поліції та орган управління Військової служби правопорядку у Збройних Силах, у зоні діяльності якого розміщено табір, про прибуття військовополоненого до табору [12]. Така вимога спрямована на перевірку вчинення військовополоненими воєнних злочинів.

Уповноваженим органом, про який йдеться у п. 5 ч. 1 ст. 280 КПК, є Координаційний штаб з питань поводження з військовополоненими, Положення про який затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 11 березня 2022 р. № 257. Відповідно до ч. 2 п. 9 зазначеного підзаконного акту, рішення про затвердження списку для здійснення передачі військовополонених ворогів та звільнення оборонців України, які перебувають у полоні держави-агресора, приймається відповідно до Порядку здійснення передачі військовополонених ворогів державі-агресору та звільнення оборонців України, які перебувають у полоні держави-агресора, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 12 квітня 2022 р. № 441, з грифом «для службового користування» [13].

Після прийняття рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого, він тимчасово вибуває з кримінального провадження, оскільки переходить у розпорядження Координаційного штабу з питань поводження з військовополоненими.

Такий висновок випливає з положень кримінального процесуального закону. Так, згідно з ч. 5 ст. 201^1 КПК слідчий суддя перевіривши обставини, що підтверджують прийняття уповноваженим органом рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та надання підозрюваним згоди на такий обмін, виносить ухвалу про скасування запобіжного заходу та передачу особи під нагляд уповноваженого органу для організації та проведення її обміну як військовополоненого. Своєю чергою, у ч. 6 ст. 202 КПК зазначено, що у разі постановлення слідчим суддею ухвали про скасування запобіжного заходу в порядку, передбаченому ст. 201^1 цього кодифікованого акта, підозрюваний повинен бути негайно звільнений та переданий під нагляд уповноваженого органу, якщо в уповноваженої службової особи місця ув'язнення, під вартою в якому він перебуває, відсутнє інше судове рішення, що набрало законної сили і прямо передбачає тримання цього підозрюваного під вартою.

При цьому, з моменту прийняття рішення про обмін підозрюваного як військовополоненого і до проведення самого обміну може пройти невизначений період часу. З огляду на тимчасову неможливість участі підозрюваного у досудовому розслідуванні та з метою збереження його строків, приймається рішення про зупинення досудового розслідування.

Розширення системи підстав для зупинення досудового розслідування є адекватною відповіддю на виклики, з якими зіткнулися наша держава та українське суспільство, даючи гідну відсіч російській агресії. Водночас, на ефективність новел кримінального процесуального закону впливатиме інтерпретація відповідних норм у правозастосовній діяльності. Завданням доктрини кримінального процесу є вивчення запроваджених змін, напрацювання рекомендацій щодо спрямування кримінальної процесуальної діяльності у правильному напрямі.

Список використаних джерел:

1. International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11). URL: https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases

2. Перелік хвороб, які є підставою для подання до суду матеріалів про звільнення засуджених від подальшого відбування покарання, затверджений

спільним наказом Міністерства юстиції України та Міністерства охорони здоров'я України від 18 серпня 2014 р. № 1348/5/572. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0990-14#Text

3. Шумило М., Дунаєвська Л., Козерацька О. Проблеми встановлення та розмежування психічних розладів та фізичних і психічних вад особи як окремих підстав для обов'язкової участі захисника у кримінальному провадженні. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 10. С. 184-189.

4. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 3 липня 2019 р. у справі № 551/403/16-к (провадження № 51-309км19). URL: https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/82885600

5. Case of Sinkova v. Ukraine (39496/11). European Court of Human Rights (2018). § 63. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%D0%A1%D1%96%D0%BD%D1%8C%D0%BA%D0%BE%D0%B2%D0%B0%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-191255%22]}

6. Постанова Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 18 вересня 2018 р. у справі № *346/883/15-к (провадження № 51-3255км18)*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/76673231

7. *Постанова Другої судової палати* Касаційного кримінального суду Верховного Суду *від 30 травня 2019 р.* у справі *№ 639/793/17 (провадження № 51-656км19)*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/82188500

8. *Постанова Третьої судової палати* Касаційного кримінального суду Верховного Суду *від 3 березня 2021 р.* у справі *№ 686/10936/17-к (провадження № 51-1607км20)*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/95345078

9. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими 1949 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text

10. Додаток до IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі 1907 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222#Text

11. Римський статут Міжнародного кримінального суду. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text

12. Порядок тримання військовополонених, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 5 квітня 2022 р. № 413. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/413-2022-%D0%BF#Text

13. Положення про Координаційний штаб з питань поводження з військовополоненими, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 11 березня 2022 р. № 257. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/257-2022-%D0%BF#Text

УДК: 343.98

Когутич І. І.,
доктор юридичних наук, професор кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка, професор

ОКРЕМІ ТАКТИЧНІ АСПЕКТИ ПІДГОТОВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ У РОЗРІЗІ «ДИСКРЕЦІЙ» КПК

Підготовче провадження, як відомо, полягає в тому, що суд у встановленому законом процесуальному порядку, не вирішуючи наперед питання про винуватість (крім передбачених КПК України випадків під час здійснення кримінального провадження на підставі угод, звільнення особи від кримінальної відповідальності), розглядає питання про достатність підстав для призначення судового розгляду і про підготовку до судового засідання.

На жаль, серед практиків існує думка, що підготовчі дії, які проводяться судом у підготовчій частині судового розгляду, мають формальний характер. Погодьмось – це не так. Адже більшість дій цього етапу (стадії) кримінального провадження безпосередньо впливає на правильність його розгляду за суттю. Принаймні, будь-які порушення кримінального процесуального законодавства в цій частині тягнуть ухвалення незаконного або необґрунтованого вироку і, як наслідок, його оскарження; суд перевіряє, чи правомочний він у цьому складі розпочати розгляд справи, чи є необхідна явка учасників кримінального процесу, чи дотримані процесуальні гарантії, що забезпечують право обвинуваченого на захист, чи всі заходи вжиті для того, щоб суд мав докази, необхідні для всебічного й повного дослідження усіх обставин кримінального провадження. Відомо й те, що Пленум Верховного Суду України неодноразово звертав увагу суддів на необхідність послідовного проведення усіх процесуальних дій, які мають бути виконані під час судового засідання. Цьому повинні сприяти активні дії відповідних учасників кримінального процесу, передусім, прокурора. Уже на цій стадії розпочинається реалізація прокурором сформованої під час підготовки до підтримання публічного обвинувачення власне майбутньої тактичної моделі доказування винуватості в судовій стадії кримінального провадження [1, с. 95-121 та ін.].

Відповідно до ч. 2 ст. 315 КПК України із метою підготовки до судового розгляду суд визначає дату та місце судового розгляду; з’ясовує у відкритому чи закритому судовому засіданні необхідно проводити розгляд; з’ясовує питання про склад осіб, які братимуть участь у судовому розгляді; розглядає клопотання учасників судового провадження про здійснення судового виклику певних осіб

до суду для допиту, витребування певних речей та документів; вчиняє інші дії, необхідні для підготовки до судового розгляду.

Водночас, у підготовчому провадженні суд наділений правами, реалізуючи які, базуючись на матеріалах справи та власній дискреції, може суттєво вплинути на можливість реалізації сформованої прокурором під час підготовки до судового розгляду саме тактичної його обвинувальної моделі, зокрема стосовно: відмови у затвердженні угоди та повернення кримінального провадження прокурору для продовження досудового розслідування в порядку, передбаченому ст. ст. 468-475 КПК України; повернення обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру прокурору, якщо вони не відповідають вимогам КПК України; обрання, зміни чи скасування заходів забезпечення кримінального провадження, в тім числі запобіжний захід, обраний щодо обвинуваченого.

Реалізуючи ці можливості у підготовчому провадженні, суд, фактично, закладає основи майбутньої типової судової ситуації [1, с. 59-60; 121-125], усвідомлюючи перспективність якої прокурор розпочинає реалізацію сформованої ним моделі своєї поведінки у судовому доказуванні.

Насьогодні судові ситуації систематизують (умовно класифікують), приміром за: кількістю підсудних (обвинувачених); кількістю захисників; ступенем активності обвинувачення та захисту під час реалізації ними своїх функцій і її співвідношенням, що детермінує ступінь активності суду; групами учасників судового розгляду; ситуаціями різних судових дій (допиту, огляду); характером вираження процесуальної позиції тощо [2, с. 315-323].

Що ж до тактики прокурора у підготовчому провадженні, то виправдано виокремлювати, передусім, так звані сприятливі й несприятливі судові ситуації.

Сприятливою є ситуація за якої має місце явка у судове засідання усіх учасників кримінального провадження; прокурор скерував до суду угоду про визнання винуватості і суд її затвердив; відсутні клопотань сторони захисту та/або відмова у їх задоволені судом; вчинення судом усіх інших дій, необхідних для призначення та початку судового розгляду; обвинувачений (його захисник) подав клопотання щодо зміни чи скасування заходів забезпечення кримінального провадження, зокрема, запобіжного заходу обраному щодо обвинуваченого під час досудового розслідування, однак суд відмовив у їх задоволенні; судом задоволені клопотання прокурора щодо зміни обвинуваченому запобіжного заходу, а також застосування більш суворих заходів забезпечення кримінального провадження та ін. [3, с. 139-142].

Усе це позитивно впливає на формується впевненості у прокурора, принаймні, стосовно правильності обраної ним тактичної моделі підтримання

ним обвинувачення, а також дотримано законності всіх процедур, які передбачені КПК України щодо складання обвинувального акта та направлення матеріалів до суду. Хоча – й не зменшує рівня відповідальності у контексті якісного ставлення прокурора до подальшого доказування у межах майбутнього судового провадження.

Крім цього, особливу увагу прокурору необхідно звернути на заміну обвинуваченим захисника та/або здійснення захисту у судових стадіях кримінального провадження групою захисників. Наявність цього чинника навіть у сприятливій судовій ситуації свідчить про можливість кардинальної зміни тактики захисту, яка використовувалася під час досудового розслідування та з урахуванням якої була побудована тактична модель обвинувачення у конкретному провадженні.

Що ж до несприятливих судових ситуацій, то під час підготовчого провадження їх також може бути декілька. Зокрема, мало місце задоволення судом клопотання обвинуваченого чи його захисника щодо зміни запобіжного заходу із тримання під вартою на будь-який інших запобіжний захід, не пов’язаний з ізоляцією обвинуваченого; відбулось повернення обвинувального акта прокурору в межах вимог п. 3 ч. 3 ст. 314 КПК України.

Стосовно першої ситуації, то за її виокремлення назагал виправдано відштовхуватись від загальної тези, що у разі обрання під час досудового розслідування обвинуваченому запобіжного заходу у виді тримання під вартою існував увесь комплекс ризиків, які визначені у ч.1 ст.177 КПК України. Складність цього різновиду ситуації додатково зумовлюється тим, що КПК України надає право заявити таке клопотання безпосередньо під час підготовчого провадження, що унеможливлює детальне з ним ознайомлення прокурора. Тут прокурору необхідно, принаймні, вивчити клопотання про зміну запобіжного заходу у виді тримання під вартою, зокрема його мотивувальної частини та визначення тих обставин, які наводяться стороною захисту щодо усунення ризиків, передбачених ч.1 ст.177 КПК України; організувати оперативний контроль за обвинуваченим, звільненим із-під варти шляхом організації взаємодії із відповідними оперативними підрозділами, які внаслідок специфіки своєї діяльності володіють достатніми для цього можливостями шляхом проведення негласної роботи та використання допомоги осіб, які конфіденційно співпрацюють із оперативними підрозділами. Метою цього контролю є виявлення та своєчасне попередження спроб протидії кримінальному переслідуванню з боку обвинуваченого, який знаходиться на волі; встановлення кола спілкування обвинуваченого та виявлення його раніше невідомих зв’язків із подальшою їх перевіркою на причетність до вчинення злочину; виявлення

речових доказів, які не було отримано під час досудового розслідування; своєчасне виявлення ознак та вжиття заходів щодо перешкоджання обвинуваченому уникнути кримінальне переслідування та кримінальне покарання.

Диференціювання цієї ситуації як несприятливої все ж не унеможливлює випадки отримання нової інформації, яка має значення для тактики успішного підтримання прокурором обвинувачення в суді (що, зрозуміло, є позитивним аспектом доказування). Про що йдеться?

Скажімо, через певний час після вчинення обвинуваченим правопорушення й завершення щодо вчиненого ним діяння досудового розслідування, в нього формується переконання, що органи досудового розслідування допустили тактичні помилки та не виявили окремі докази та припинили усі дії, які спрямовано на встановлення фактичних даних, які свідчать про причетність особи до вчинення злочину тощо. У цьому випадку в обвинуваченого зменшується рівень обережності та з'являється впевненість у можливості уникнення чи мінімізації рівня кримінального покарання. Саме формування такого психологічного сприйняття дійсності призводить до вчинення обвинуваченим низки типових дій, скажімо, відновлює спілкування з особами, які причетні до вчинення злочину, але які з тих чи інших причин не були встановлені під час досудового розслідування (особливо актуально у кримінальних провадженнях, розпочатих за фактами незаконного обігу наркотичних засобів, в яких доволі часто під час досудового розслідування не вдається встановити осіб, стосовно котрих обвинувачений свого часу придбав виявлені у нього наркотичні засоби тощо); відновлює стосунки з особами, факт спілкування з якими засвідчує ставлення обвинуваченого до конкретного злочинного угруповання та/або його зв'язку із конкретним лідером кримінального середовища; відвідує місця зберігання майна, здобутого злочинним шляхом; відвідує схованки та місця зберігання знарядь вчинення злочину, зокрема вогнепальної зброї тощо [4, с. 327-362].

Аналіз тактичних аспектів судової ситуації за якої має місце повернення обвинувального акта прокурору (п. 3 ч. 3 ст. 314 КПК України) розпочнемо з листа Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 3 жовтня 2012 року «Про порядок здійснення підготовчого провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України». Там зазначено, що суд має право повернути обвинувальний акт, якщо він не відповідає вимогам ст. 291 КПК України, зокрема якщо у ньому містяться положення, що суперечать одне одному; наведено недопустиму натуралізацію акту злочину; вони не підписані слідчими (крім випадків, коли обвинувальний акт складено

прокурором особисто) чи не затвердженні прокурором; до них не додано передбачені законом додатки. Крім цього, у вказаному листі передбачено, що про повернення обвинувального акта прокурору суд постановляє відповідну ухвалу, якою зобов'язує усунути виявлені недоліки протягом визначеного ним розумного строку, який має бути достатній для виправлення допущених недоліків. Ухвала негайно направляється прокурору для усунення зазначених у ній недоліків обвинувального акта. Проведення будь-яких слідчих чи інших процесуальних дій, крім тих, що зазначені в ухвалі про повернення обвинувального акта, в кримінальному провадженні не допускається. В іншому випадку докази, отримані у ході виконання процесуальних дій, не визначені в ухвалі, згідно з ч.8 ст.223 КПК України, є недопустимими [5] .

Відомо й те, що ст. 314 КПК України не передбачено можливості виправлення технічних чи інших помилок, а також внесення додаткових відомостей до обвинувального акта після його надходження до суду. Законом також не передбачено поділу недоліків обвинувального акта на суттєві та несуттєві, чи такі, що перешкоджають розгляду або не перешкоджають розгляду справи за суттю. Винятків щодо можливості визнання несуттєвим недотримання прокурором чи слідчим будь-якої із вказаних вимог Законом не передбачено. Відтак, єдиним процесуальним шляхом виправлення недоліків обвинувального акта, передбаченим КПК України, є повернення обвинувального акта прокурору.

Відзначимо й те, що постановлення відповідної ухвали щодо повернення обвинувального акта прокурору, фактично, на підставі того, що на думку суду, дії обвинуваченого потребують перекваліфікації та/або додаткової кваліфікації (за суттю, формування додаткового обвинувачення) суд актуалізує не лише несприятливу судову ситуацію для прокурора обвинувача, а, фактично, у багатьох випадках робить її безвихідною.

Так, з тактичного боку вищеокреслена ситуація є несприятливою, адже демонструє, що суд оцінив відповідний сегмент діяльності сторони обвинувачення як неналежну, а відтак формально вважає неготовність прокурора до судового розгляду. З іншого боку є позитив. Адже суд фактично змушує прокурора переглянути сформовану тактичну модель обвинувачення шляхом посилення своєї процесуальної позиції за рахунок проведення окремих процесуальних дій, визначених в ухвалі.

Прокурорська практика має в своєму арсеналі низку варіантів вирішення такої судової ситуації, диференційованих змістом ухвали суду щодо повернення обвинувального акта прокурору.

Так, у випадку, якщо підставою для повернення обвинувального акта прокурору є необхідність перекваліфікації дій обвинуваченого у межах однієї

статті КК України, тоді прокурори змінюють зміст викладення обставин вчинення кримінального правопорушення, формулюють обвинувачення за відповідною частиною статті КК України та направляють обвинувальний акт до суду. У тактичному аспекті цей алгоритм не є бездоганним, оскільки часто породжує низку проблем, які в подальшому значно ускладнюють доведення обвинувальної тези у суді, зокрема: а) не встановлені досудово – слідчим шляхом обставини (приміром, спосіб проникнення особи до житла чи іншого володіння особи під час вчинення крадіжки тощо) мають ключове значення для обвинувачення особи за конкретною частиною статті КК України; б) не проведені в необхідній кількості слідчі (розшукові) та негласні слідчі (розшукові) дії, які підтверджують вчинення злочину у відповідний спосіб, ускладнюють доказування в суді аналогічну кваліфікуючу ознаку цього кримінального правопорушення тощо.

Значно така ситуація ускладняється тим, що відповідно до норм КПК України прокурор обмежений у заявлені клопотань під час підготовчого провадження, адже п. 4 ч. 2 ст. 315 визначає, що з метою підготовки до судового розгляду суд розглядає клопотання учасників судового провадження про здійснення судового виклику певних осіб до суду для допиту; витребування певних речей чи документів. Ще, учасники судового провадження можуть заявити вказані клопотання у випадку, якщо під час підготовчого засідання не будуть встановленні підстави для прийняття рішень, передбачених пунктами 1 – 4 частини третьої статті 314 КПК України. Тобто, фактично, у разі постановлення ухвали про повернення обвинувального акта прокурору він позбавляється права заявити будь-які клопотання.

Відтак, для прокурора утворюється судова ситуація, за якої необхідно: сформувати нове обвинувачення, ґрунтуючись на матеріалах, які наявні у кримінальному провадженні, адже можливість проведення слідчих (розшукових) дій відсутня; повторно проаналізувати матеріали кримінального провадження із урахуванням нової кваліфікації кримінального правопорушення; оцінити кількість та якість відомостей, містимих у матеріалах кримінального провадження і придатних обґрунтувати нове обвинувачення; переглянути тактичний підхід щодо порядку наданих обвинувальних доказів у суді; визначити обсяг і послідовність процесуальних дій та інших заходів, щодо проведення яких необхідно буде клопотати під час судового розгляду із метою отримання належних та допустимих доказів, які підтверджують обвинувальну тезу під час судового розгляду.

Наступний алгоритм має місце тоді, коли підставою для повернення обвинувального акта прокурору є необхідність додатково кваліфікувати дії

особи обвинуваченого. Тут прокурори вносять відомості до ЄРДР щодо вчинення особою відповідного кримінального правопорушення; проводять досудове розслідування, у межах якого особі повідомляється про підозру у вчиненні конкретного злочину; формують обвинувачення (складають обвинувальний акт); направляють матеріали справи до суду у загальному порядку, визначеному КПК України із подальшим клопотанням про об'єднання кримінальних проваджень.

Назагал, іншого шляху вирішення цієї ситуації не існує, оскільки особі не повідомлялося про підозру у вчиненні іншого кримінального правопорушення під час досудового розслідування; процесуальний механізм щодо повідомлення особі про підозру у межах цього ж провадження відсутній; фактичні обставини щодо вчинення особою діяння, яке потребує додаткової кваліфікації, не встановлювалися. Фактично, мова йде про необхідність проведення нового досудового розслідування. Водночас невирішеним залишається питання щодо часових меж дій прокурора у контексті поверненого йому судом обвинувального акта.

Необхідно зауважити, що КПК України не встановлює строку, протягом якого прокурор зобов'язаний усунути недоліки обвинувального акта. Проте, постановляючи такі ухвали суди відзначають, що такі недоліки повинні бути усунені протягом розумного строку. Відповідно до ст. 28 КПК України, під час кримінального провадження кожна процесуальна дія або процесуальне рішення повинні бути виконанні або прийняті в розумні строки. Розумними вважаються строки, що є необхідно об'єктивними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень. Розумні строки не повинні перевищувати передбачені КПК строки виконання окремих процесуальних дій або прийняття окремих процесуальних рішень. Виходячи із цієї парадигми, фактично, можна стверджувати, що у нашому випадку розумними строками є строки досудового розслідування, визначені у КПК України.

Крім того, у разі виникнення цієї ж судової ситуації та внесення після повернення прокурору обвинувального акта відомостей до ЄРДР та повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення вказані кримінальні провадження об'єднуються в одне на стадії досудового розслідування на підставі ч.1 ст.217 КПК України у випадку, якщо досудове розслідування зможе бути завершене у встановлені законом строки.

Зауважимо й те, що реалізація вищенаведеного алгоритму є доволі неоднозначною. Так, в одному із проваджень досудове розслідування закінчене складанням та направленням обвинувального акта до суду, а норми КПК України не містять вказівки на те, що у разі повернення обвинувального акта прокурору

з будь-яких підстав він втрачає значення як процесуальний документ. Тобто обвинувальний акт у конкретному кримінальному провадженні існує, і, лише на думку суду, потребує уточнення, тобто досудове розслідування фактично закінчене.

У випадку, якщо підставою для повернення обвинувального акта прокурору є необхідність усунення технічних недоліків обвинувального акта – прокурор опрацьовує ухвалу суду, визначає та аналізує встановлені судом недоліків, усуває ці недоліки і, зрештою, направляє доопрацьований обвинувальний акта до суду.

Коли ж підставою для повернення обвинувального акта прокурору є усунення окремих змістовних недоліків, приміром, опису діяння особи, скажімо, у зв'язку із надмірною натуралізацією акту злочину, алгоритм прокурора полягає також в опрацюванні відповідної ухвали суду, внесенні змістовних змін до обвинувального акта, з наступним направленням зміненого акта до суду.

Як третю несприятливу судову ситуацію можна виокремити випадки, коли суд у підготовчому судовому засіданні відмовляє у затвердженні угоди та повертає кримінальне провадження прокурору для продовження досудового розслідування. У контексті аналізу цього різновиду несприятливої судової ситуації заслуговує на увагу аналіз ч. 2 ст. 474 КПК України, яка визначає, що розгляд питання про угоду проводиться судом під час підготовчого судового засідання за обов'язкової участі сторін цієї угоди з повідомленням інших учасників судового провадження. Відсутність інших учасників судового провадження не є перешкодою для розгляду.

Назагал вважають, що прокурор є стороною лише в угоді про визнання винуватості, тому його участь у розгляді угоди про примирення не обов'язкова. Однак, враховуючи повноваження прокурора на оскарження вироку, постановленого на підставі угоди про примирення, означений підхід – сумнівний (тут вбачаємо одну з неузгодженостей чинного кримінального процесуального законодавства України, що потребує свого вирішення, скажімо, закріпивши обов'язкову участь прокурора під час кожного підготовчого провадження). Суб'єктом підтримання обвинувачення в суді, зокрема у кримінальному провадженні на підставі угод, є прокурор.

Тактичні особливості участі прокурора у питанні про затвердження угоди залежать насамперед від виду цієї угоди [6, с. 190-200]. Так, відповідність нормам закону та інтересам суспільства угоди про визнання винуватості, де прокурор є стороною, попередньо оцінюється ним під час її укладання. Крім того, ця угода перевіряється керівником органу прокуратури. Відтак, прокурор

має можливість попередньо забезпечити повну відповідність умов угоди вимогам КПК України та КК України [7, с. 16-22].

У судовому засіданні із розгляду угоди прокурор оголошує короткий або повний (якщо надійшло відповідне клопотання) зміст обвинувального акта. Головуючий, встановивши особу обвинуваченого, роз'яснює йому суть обвинувачення і запитує, чи зрозуміле йому обвинувачення, чи визнає він себе винним. Якщо після роз'яснення суті обвинувачення обвинувачений заперечує проти затвердження угоди, вона не може бути затверджена (п. 4 вже згадуваного Інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15.11.2012 р. «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод»).

У разі, якщо обвинувачений не заперечує проти затвердження угоди, то головуючий до вирішення питання про її затвердження повинен: з'ясувати в обвинуваченого, чи повністю він розуміє обставини, передбачені ч. 4 та ч. 5 ст. 473 КПК України; перед прийняттям рішення про затвердження угоди про примирення – з'ясувати у потерпілого, чи повністю він розуміє наслідки затвердження угоди, що передбачені ст. 473 КПК України; з'ясувати у обвинуваченого, чи зможе він реально виконати взяті на себе відповідно до угоди зобов'язання; переконатися, що укладення угоди є добровільним; перевірити угоду на відповідність вимогам КПК України і закону України про кримінальну відповідальність [7, с. 18].

Розглянемо для початку ситуацію, коли має місце укладення угоди про винуватість під час досудового розслідування, де сторонами виступають прокурор та підозрюваний. Як визначено в КПК України, прокурор повинен невідкладно направити до суду разом з обвинувальним актом підписану угоду про визнання підозрюваним своєї винуватості у вчиненні протиправного діяння, передбаченого КК України. Проте законодавець не наголошує на тому, яке значення в часовому проміжку має це «невідкладно». Ця законодавча дискреція, видається логічною. Адже, тільки-но між сторонами було укладено угоду, то відразу необхідно надіслати її до суду з обвинувальним актом.

Однак, тут ситуація ускладняється тим, що зазвичай обвинувальний акт складається не самим прокурором, а слідчим, прокурор в означеному випадку лише затверджує вказаний процесуальний документ, проте і сам наділений повноваженнями його складати, тобто на практиці поняття «невідкладно» є досить оціночним, як і тлумачення в межах КПК України «розумності процесуальних строків».

Все ж наголосимо, що КПК України передбачає також випадки, коли дозволено відкласти направлення до суду угоди з обвинувальним актом, зокрема,

ч. 1 ст. 474 передбачає право прокурора на відтермінування направлення до суду обвинувального акта з підписаною сторонами угодою до отримання висновку експерта або завершення проведення інших слідчих дій, необхідних для збирання та фіксації доказів, які можуть бути з часом втрачені, або які неможливо буде провести пізніше без істотної шкоди для їх результату у разі відмови суду в затвердженні угоди.

Переконуючи суд в необхідності затвердити угоду про визнання винуватості, прокурор має посилатися на обставини, визначені в ст. 470 КПК України, які враховують під час її укладення. Зокрема, щодо: ступеню та характеру сприяння підозрюваного/обвинуваченого у проведенні кримінального провадження щодо нього або інших осіб; характеру і тяжкості сформованого щодо нього обвинувачення (підозри); наявності суспільного інтересу в забезпеченні швидкого досудового розслідування і судового провадження, викриття більшої кількості кримінальних правопорушень; наявності суспільного інтересу в запобіганні, виявленні чи припиненні більшої кількості кримінальних правопорушень або інших більш тяжких кримінальних правопорушень і т.і..

Резюмуючи зазначимо: ефективна реалізація тактичної складової в діях прокурора (як для обраного нами сегмента аналізу) у подальших стадіях судового провадження у більшому зумовлена різновидом судових ситуацій підготовчого судового засідання та ефективності вирішення завдань, які виникають у кожній з них. А це передбачає обов’язкове докладне планування стратегії подальших дій, що охоплюють визначення необхідної для дослідження кількості доказів та правильний порядок їх розгляду під час судового засідання. Лише вдале і стратегічне, і тактичне планування дозволить прокуророві передбачити можливі варіанти дій і сторони захисту, і суду в досягненні мети кримінального провадження й обумовлених нею завдань.

Список використаних джерел:

1. Когутич І.І. Галузеві правові та теоретико – прикладні аспекти методики підтримання державного обвинувачення в суді: навчальний посібник. Дрогобич – Львів: “ Коло ”, 2015. 476 с.

2. Когутич І.І. Поняття судових ситуацій та їх вплив на розгляд кримінальних справ // Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2007. Випуск 44. С.315-323.

3. Когутич І.І. Окремі аспекти поняття та змісту підготовки (організації роботи) прокурора до підтримання державного обвинувачення // Прокуратура України в умовах європейської інтеграції: матеріали Міжнародної науково –

практичної конференції (19 травня 2016 р.). К.: Національна академія прокуратури України, 2016. С. 139-142.

4. Когутич І.І. Методика розслідування злочинів. У 2 Ч. Ч.І: тексти лекцій. Ч.ІІ: практикум. Львів: юридичний факультет ЛНУ імені І. Франка, 2020. 541 с.

5. Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод: лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15.11.2012 р. № 223-1679/0/4-12. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1679740-12#Text

6. Когутич І.І. Тактичні складові дій прокурора з укладення угоди про визнання винуватості обвинуваченим // Криміналістика і судова експертиза: міжвідом. наук.- метод. зб. / Київський НДІ судових експертиз; редкол.: Д.В. Журавльов (голов. ред.) та ін. Київ: Видавництво Ліра – К, 2021. Вип. 66. С.190 – 200.

7. Гловюк І.В., Андрусенко С.В. Проблемні аспекти участі прокурора у судовому провадженні на підставі угод. Вісник кримінального судочинства. 2015. № 2. С. 16-22.

УДК: 343.132

Багрій М. В.,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка

ІНСТИТУТ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ: ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

Однією з новел КПК України 2012 року (далі – КПК) [1] стало закріплення у ньому низки норм, які охоплюють новий, невідомий раніше вид процесуальних засобів доказування та названий – негласними слідчими (розшуковими) діями (далі – НСРД). Таке нововведення породило чимало дискусій серед науковців та практиків. Одні з них вважали, що це прогресивний крок законодавця, спрямований на удосконалення засобів кримінальної процесуальної діяльності, інші зазначали про недоцільність запровадження таких дій. Подальше застосування норм інституту НСРД у практичній діяльності органів досудового розслідування, прокуратури та суду лише посилювало зазначену дискусію. Поряд з цим, ефективність застосування норм зазначеного інституту важко заперечити на сьогоднішній день.

З моменту прийняття Кодексу, до Глави 21 «Негласні слідчі (розшукові) дії» було внесено понад 50 (п'ятдесят) змін і доповнень (останні – 15 березня 2022 року у зв'язку з прийняттям на набранням чинності Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та Закону України «Про електронні комунікації» щодо підвищення ефективності досудового розслідування «за гарячими слідами» та протидії кібератакам» [2]), що свідчить про підвищену увагу законодавця до зазначеного виду засобів доказування.

У доктрині кримінального процесуального права до проблем, пов'язаних із НСРД звертали свою увагу низка вчених-процесуалістів (у тому числі й провідних), зокрема: О. Білічак, Р. Благута, М. Грібов, С. Гриненко, І. Когутич, В. Колесник, С. Кудінов, Л. Лобойко, В. Луцик, Д. Никифорчук, В. Нор, П. Підюков, М. Погорецький, І Сервецький, Д. Сергєєва, О. Татаров, В. Тертишник, Р. Шехавцов, М. Шилін, О. Шило М. Шумило тощо. Про актуальність дослідження проблем НСРД свідчить чимала кількість захищених в останні роки кандидатських та докторських дисертацій щодо цієї проблематики (О. Білічак, Ю. Колесник, В. Комашко, О. Полюхович, Д. Сергєєва, С. Тарадойна, А. Ткачик, В. Шерудило, А. Шило, В. Шум, А. Щадило). Поряд з цим, розвиток суспільних відносин, зміна кримінальної процесуальної форми провадження НСРД, а також правозастосовна практика зумовлюють необхідність дослідження та пошуку оптимальних шляхів вирішення проблемних питань, пов'язаних із проведенням НСРД та використання їх результатів у доказуванні.

Метою статті є аналіз, дослідження та пошук шляхів вирішення деяких проблемних питань, пов'язаних із застосуванням інституту НСРД.

Проблема 1: розмежування НСРД та ОРЗ. Процесуальне закріплення інституту НСРД створило передумови для порівняння та розмежування їх із схожими за своєю природою засобами отримання відомостей – оперативно-розшуковими заходами (далі – ОРЗ). При цьому, зазначена проблема була особливо актуальною та гострою у перші місяці набрання законної сили КПК. Це створювало певні труднощі для правозастосувачів, оскільки не зовсім зрозумілою була відмінність окремих НСРД від однойменних ОРЗ, а також загальні умови, порядок їх застосування та використання у кримінальному провадженні. На допомогу практичним працівникам мала б стати прийнята 16 листопада 2012 року міжвідомча Інструкція про організацію та порядок проведення НСРД та використання їх результатів у кримінальному провадженні (далі – Інструкція) [3]. Зазначений підзаконний нормативно-правовий акт містив роз'яснення окремих положень Глави 21 КПК, які здебільшого мали загальний характер та стосувалися окремих питань щодо підстав та порядку отримання

дозволу на проведення НСРД, їх організації, а також деталізували процедуру засекречування та розсекречування матеріальних носіїв інформації щодо проведення НСРД. Проте, жодних відомостей щодо розмежування НСРД та ОРЗ у Інструкції не містилося.

Схожість правової природи, а також способів (методів) проведення створює необхідність порівняння НСРД і ОРЗ. Аналіз положень Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [4], а також Глави 21 КПК дозволяє розмежувати НСРД та ОРЗ за наступними критеріями.

1. *Правова основа проведення*. Якщо провадження НСРД регулюється нормами кримінального процесуального закону, то ОРЗ регламентовані Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність».

2. *Сфера поширення*. НСРД проводяться винятково у відкритому кримінальному провадженні, на відміну від ОРЗ, які здійснюються у межах заведеної оперативно-розшукової справи під час оперативно-розшукової діяльності.

3. *Характер діяльності*. НСРД є процесуальними діями, які є підставою виникнення (як правило) кримінальних процесуальних правовідносин, натомість ОРЗ кримінальних процесуальних правовідносин не породжують. Слід зазначити, що результати оперативно-розшукової діяльності можуть використовуватися як приводи для відкриття кримінального провадження (тобто, породжувати кримінальні процесуальні відносини), проте самі по собі ОРЗ такими приводами не є, а тому їх не можна розглядати як юридичні факти, що є підставою виникнення, зміни чи припинення кримінальних процесуальних правовідносин.

4. *Суб'єкти прийняття рішення та проведення*. Суб'єктами прийняття рішення щодо провадження НСРД є слідчий суддя, прокурор, а у деяких випадках – слідчий, натомість ОРЗ проводяться за рішенням керівника оперативного підрозділу, а у деяких випадках – слідчого судді. Крім того, безпосередньо проводити НСРД можуть слідчий (детектив) або за його дорученням відповідні оперативні підрозділи, натомість правом проводити ОРЗ наділені оперативні працівники, визначені керівником оперативного підрозділу.

5. *Фіксація ходу та результатів проведення*. За результатами проведення НСРД складається протокол, який повинен відповідати загальним вимогам щодо фіксації процесуальних дій (ст. 104 КПК). У той же час, за результатами ОРЗ також складається протокол з відповідними додатками, проте його структура та зміст чітко не визначені.

Проблема 2: оптимізація системи НСРД. Структурна побудова Глави 21 КПК дозволяє дійти висновку, що законодавець передбачив певну систему

НСРД, розділивши їх на дві окремі групи за критерієм втручання у приватне спілкування. У початковій редакції КПК до першої групи (пов'язані з втручанням у приватне спілкування) ввійшли чотири НСРД (аудіо-відеоконтроль особи; накладення арешту на кореспонденцію, її огляд та виїмка; зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж; зняття інформації з електронних інформаційних систем), до другої вісім (обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи; установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу; спостереження за особою, місцем або річчю; моніторинг банківських рахунків; аудіо-, відео контроль місця; контроль за вчиненням злочину; виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації; негласне отримання зразків для порівняльного дослідження). Проте, останні зміни до КПК [2] внесли певні корективи до системи НСРД. Зокрема, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж трансформувалася у зняття інформації з електронних комунікаційних мереж (ст. 263 КПК), а установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу – в установлення місцезнаходження радіообладнання (радіоелектронного засобу) (ст. 268 КПК). При цьому, зазначені зміни мають концептуальний характер та значно розширюють можливості органів досудового розслідування щодо здобуття відомостей про обставини вчинення злочинів (а в окремих випадках – і кримінальних проступків).

Аналіз системи НСРД дозволяє дійти висновку, що у доктрині кримінального процесу та правозастосовній практиці сформувалися різні підходи щодо їх розуміння. Пов'язано це насамперед із різним трактуванням природи таких дій та необхідністю розмежування НСРД від процесуальних дій, які мають негласний характер (негласних процесуальних дій). Зокрема, досить часто у спеціальній літературі висловлювалася позиція про те, що арешт, огляд і виїмка кореспонденції не є єдиною (уніфікованою) дією, а складається із двох різних, але пов'язаних між собою дій: а) накладення арешту на кореспонденцію; б) огляд і виїмка кореспонденції. Основним аргументом в обґрунтування такої позиції за переконанням її прихильників є те, що у КПК міститься дві різні статті, які регламентують такі дії (відповідно ст. 261 та ст. 262 КПК). Проте, цілком логічно припустити, що ці дві групи дій є нічим іншим як окремими етапами однорідної за своєю природою процесуальної дії. Адже, накладення арешту на кореспонденцію у цьому випадку є первинною процесуальною дією, яка трансформується у огляд такої кореспонденції. Результативність останнього визначає необхідність проведення завершального етапу – виїмки кореспонденції. Окрім того, арешт кореспонденції не може визнаватися окремою НСРД з огляду

на те, що його метою є лише заборона вручення кореспонденції відповідному адресату. Натомість, для НСРД характерним є пізнавальний характер, тобто можливість встановлення обставин вчинюваного або вчиненого кримінального правопорушення. При накладені арешту на кореспонденцію зазначені обставини не встановлюються, а отже за своєю природою це є негласна процесуальна, але не слідча (розшукова) дія. Слід зазначити, що таким шляхом йде судова практика, оскільки у більшості випадків слідчі судді виносять одну ухвалу про надання дозволу на арешт кореспонденції, її огляд і виїмку [5; 6; 7].

До системи НСРД досить часто відносять: втручання у приватне спілкування, конфіденційне співробітництво, утворення імітаційних засобів, дослідження інформації, отриманої при застосуванні технічних засобів тощо. Погодитися із цим досить складно виходячи із наступних міркувань.

Згідно ч. 4 ст. 258 КПК, втручанням у приватне спілкування є доступ до змісту спілкування за умов, якщо учасники спілкування мають достатні підстави вважати, що спілкування є приватним. З огляду на це, кримінальний процесуальний закон втручання у приватне спілкування закріплює як результат (у вигляді надання доступу до змісту спілкування), а не як спосіб (засіб) такого втручання. Натомість НСРД є способами отримання відомостей (процесуальним засобами) щодо обставин вчинення кримінальних правопорушень та осіб, які їх вчинили. Про це, також, зазначається у наведеній ч. 4 ст. 258 КПК, згідно якої різновидами втручання у приватне спілкування є певні НСРД. Тому, невиправдано ототожнювати спосіб отримання відомостей (НСРД) та їх результат (втручання у приватне спілкування).

Конфіденційне співробітництво за своєю природою не є НСРД. Це випливає із положень ст. 246 КПК. Закріплення відповідної норми у § 3 Глави 21 КПК «Інші види негласних слідчих (розшукових) дій» вказує на недосконалість законодавчої техніки та створює підґрунтя для визнання окремими науковцями такого співробітництва як НСРД. Законодавець чітко закріплює норму про те, що конфіденційне співробітництво є свого роду допомогою слідчому, яка надана йому у вигляді певних відомостей, які він може використати у процесі проведення НСРД. Ці відомості можуть бути залучені у кримінальне провадження як докази лише шляхом допиту особи, яка залучена до такого співробітництва. Крім того, слідчий отримує такі відомості не безпосередньо від конфідента, а як правило, від оперативного співробітника. З огляду на це, більш логічним є закріплення норм щодо конфіденційного співробітництва у § 1 Глави 21 КПК «Загальні положення про негласні слідчі (розшукові) дії».

У ст. 273 КПК передбачено можливість виготовлення, утворення ідентифікованих (помічених) та несправжніх (імітаційних) засобів. Метою їх

виготовлення та використання є забезпечення неочевидності, прихованості проведення окремих НСРД з однієї сторони, та отримання доказів (зокрема, речових доказів) у результаті проведення таких НСРД – з іншої. Зазначені дії щодо виготовлення та утворення таких засобів є процесуальними, адже рішення щодо них можуть прийматися спеціальними суб'єктами – прокурором або керівником органу досудового розслідування у визначеній кримінальним процесуальним законом формі. Поряд з цим, зараховувати їх до числа НСРД немає жодних підстав, адже вони не є засобами доказування.

Також, іноді однією з НСРД вважають дослідження інформації, отриманої при застосуванні технічних засобів. Згідно ст. 266 КПК, таке дослідження проводиться за участю спеціаліста (у разі необхідності) і за своєю суттю полягає у відтворенні відомостей, які зафіксовані на матеріальному носієві інформації під час проведення НСРД та зазначення таких відомостей (або їх частини) у відповідному протоколі. Така дія за своїм характером є процесуальною, проводиться негласно, проте позбавлена ознак слідчої дії, а тому не є засобом доказування і не належить до НСРД.

Ми поділяємо пропозицію щодо необхідності певної оптимізації системи НСРД. Зокрема, такі НСРД як: аудіо-, відеоконтроль особи; аудіо-, відеоконтроль місця та спостереження за особою, річчю або місцем пропонується об'єднати в єдину НСРД – візуальне спостереження та технічне документування. Серед основних аргументів на її користь слід вважати однакові об'єкти, предмет і методи дослідження при проведенні зазначених НСРД. Відмінність їх полягає лише щодо публічності (доступність чи недоступність) місця проведення та особливостях організаційно-тактичного та технічного забезпечення.

Проблема 3: тяжкість вчиненого злочину як підстава проведення НСРД. Важливою процесуальною гарантією недопущення втручання у приватне життя особи та обмеження інших її прав та свобод, захищених Конституцією України та міжнародно-правовими актами є можливість проведення НСРД у виняткових випадках та щодо тяжких чи особливо тяжких злочинів. Закріплення у КПК зазначеної моделі регламентації НСРД свідчить про пріоритет прав та свобод людини над публічними інтересами держави та суспільства. Поряд з цим, публічні інтереси у певних випадках вимагають застосування диференційованого підходу щодо такого обмеження. Це обумовлено співвідношенням оптимального балансу між публічними та приватними інтересами. Тому, сформований практикою ЄСПЛ підхід щодо можливості втручання у права людини шляхом проведення негласних засобів лише у певних виняткових випадках виглядає цілком виправданим. Зокрема, у рішеннях ЄСПЛ

сформульовано три основні вимоги для забезпечення законності проведення негласних заходів: 1) чи мало місце втручання у право, передбачене ст. 8 Конвенції про захист прав та основоположних свобод; 2) чи відбувалося втручання відповідно до Закону; 3) чи було втручання необхідним у демократичному суспільстві.

Слід зазначити, що КПК містить винятки із зазначеного правила. Зокрема, незалежно від тяжкості злочину можливе проведення НСРД, передбачених ч. 2 ст. 264 КПК (Зняття інформації з електронних інформаційних систем, або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем або не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту) та ст. 268 КПК (Установлення місцезнаходження радіообладнання (радіоелектронного засобу). Ці ж винятки відтворені у ч. 1 ст. 300 КПК щодо розслідування кримінальних проступків.

Про необхідність перегляду наведеної позиції законодавця звертають увагу окремі науковці. Так, О. Татаров в одній із своїх публікацій навів приклади із практики органів досудового розслідування щодо складності, а іноді неможливості розкриття окремих злочинів у зв'язку з неможливістю проведення НСРД. Зокрема, до таких злочинів належать т.з. «кіберзлочини» (передбачені Розділом XVI КК України), які за ступенем тяжкості у більшості належать до нетяжких. Розслідування таких злочинів без проведення НСРД, передбачених ст.ст. 263 та 264 КПК є значно утрудненим, а іноді зовсім неможливим. Така ж сама ситуація виникає під час розслідування злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної із наданням публічних послуг (Розділ XVII КК України), оскільки без проведення контролю за вчиненням злочину (зокрема, у формі спеціального слідчого експерименту) розкриття зазначених злочинів є малоймовірним [8, с. 27].

Тому, слушною є пропозиція щодо необхідності перегляду усталених підходів щодо тяжкості злочинів як підстави проведення НСРД у напрямку її диференціації, а саме надання можливості в окремих випадках проведення НСРД щодо нетяжких злочинів з обов'язковим судовим контролем при цьому.

Проблема 4: перекваліфікація діяння особи під час досудового розслідування та її вплив на допустимість доказів отриманих у результаті проведення НСРД. У практиці органів досудового розслідування іноді виникають ситуації, коли на початку досудового розслідування «вбачаються» ознаки тяжкого злочину, а після проведення НСРД – такі діяння перекваліфіковувались на нетяжкі. Відтак, виникає питання допустимості у даному кримінальному провадженні отриманих доказів, якими зафіксовано обставини нетяжкого злочину або кримінального проступку.

Цікавим є приклад із судової практики щодо зазначеного питання. Так, у постанові колегії суддів ККС Верховного Суду від 07 червня 2018 р., суд касаційної інстанції погоджується із висновками суду першої та апеляційної інстанції щодо визнання недопустимими результатів НСРД у результаті перекваліфікації діяння особи. Зокрема, суд у своєму рішенні зазначає: «Судом першої інстанції правильно встановлено, що негласні слідчі дії у вигляді контролю за вчиненням злочину, відповідно до ч. 2 ст. 246 КПК України, можуть проводитись щодо тяжких та особливо тяжких злочинів. Проте, інкриміноване ОСОБА_1 кримінальне правопорушення було перекваліфіковане за ч. 3 на ч. 1 ст. 368 КК України 20 червня 2014 року, тобто в день вчинення інкримінованого правопорушення. передбачений ч. 1 ст. 368 КК України є злочином середньої тяжкості, а тому результати негласних слідчих дії правильно визнані недопустимими доказами» [9].

Видається, у зазначеній ситуації слушною є пропозиція, висловлена у процесуальній доктрині, яка полягає у наступному: 1) якщо на момент проведення НСРД існували достатні підстави для обґрунтованого припущення щодо вчинення особою діяння, яке кваліфікується відповідно до закону про кримінальну відповідальність як тяжкий чи особливо тяжкий злочин, а при проведенні подальшого досудового розслідування кваліфікацію було змінено на таку, що передбачає відповідальність за злочин середньої тяжкості, то фактичні дані, отримані у результаті НСРД можуть бути доказами у кримінальному провадженні; б) якщо ж на момент проведення НСРД вказані підстави не існували (тобто кваліфікація була помилковою чи свідомо «завищеною»), отримані в їх результаті фактичні дані не можуть бути визнані доказами [10, с. 160].

Проблема 5: відкриття/невідкриття матеріалів НСРД та її вплив на допустимість доказів. Згідно положень ч. 2 ст. 290 КПК прокурор або слідчий за його дорученням зобов’язані надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є у його розпорядженні, у тому числі будь-які докази. Частиною 12 цієї ж статті передбачені наслідки недотримання попередньої норми, а саме, якщо сторона кримінального провадження не здійснить такого відкриття (не надасть доступу), суд не має права допустити відомості, що містяться в них як докази. Поряд з цим, у судовій практиці наявні неоднакові підходи щодо наслідків невідкриття стороні захисту після завершення досудового розслідування матеріалів, що стали підставою проведення НСРД (клопотань, постанов, доручень, а також ухвал слідчих суддів).

Так, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 р. міститься наступний правовий висновок: «За наявності відповідного клопотання

процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) і яких не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК, оскільки їх тоді не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не було розсекречено на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути відкриті іншій стороні, але суд не має допустити відомості, що містяться в цих матеріалах кримінального провадження, як докази» [11].

У постанові колегії суддів Другої судової палати ККС Верховного Суду від 25 червня 2019 р. міститься дещо інший підхід до аналізованої ситуації. Зокрема, колегія суддів мотивуючи своє рішення зазначила наступне: «Докази у вигляді результатів НСРД повинні бути безумовно відкриті стороні захисту у порядку, визначеному ст. 290 КПК. Однак процесуальні документи, а саме ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення НСРД можуть бути надані і під час судового розгляду справи у суді першої інстанції. Невідкриття таких процесуальних документів до моменту передачі кримінального провадження до суду не може стати безумовною підставою для визнання всіх результатів НСРД недопустимими доказами. Лише у випадку відсутності у сторони обвинувачення і ненадання суду під час розгляду справи у суді першої інстанції відповідних ухвал слідчих суддів про дозвіл на проведення НСРД, суд може поставити під сумнів допустимість отриманих результатів НСРД, як доказів» [12].

Своєю постановою від 16 жовтня 2019 р. Велика Палата Верховного Суду дещо відступила від раніше наданого висновку щодо допустимості невідкриття матеріалів, які стали підставою для проведення НСРД. Суть правового висновку, зазначеному у цій постанові зводиться до наступного: «Процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) та які на стадії досудового розслідування не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому статтею 290 КПК України з тієї причини, що їх не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не були розсекречені на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути відкриті іншій стороні під час розгляду справи у суді за умови своєчасного вжиття прокурором всіх необхідних заходів для їх отримання. Якщо сторона обвинувачення не вжила необхідних та своєчасних заходів, що спрямовані на розсекречення процесуальних документів, які стали процесуальною підставою для проведення НСРД і яких немає в її розпорядженні, то в такому випадку має місце порушення норм статті 290 КПК України. Якщо у ході розгляду кримінального провадження у суді було задоволене повторне клопотання прокурора про розсекречення процесуальних документів, які стали підставою для проведення НСРД, і розсекречено їх, то

відповідні процесуальні документи як такі, що отримані стороною обвинувачення після передачі справи в суд, повинні бути відкриті згідно з частиною одинадцятою статті 290 КПК України» [13].

Як бачимо з вищенаведеного, судова практика щодо питання відкриття матеріалів, які є підставою проведення НСРД та відповідно визнання їх (не)допустимими є різною, що не сприяє єдиному її застосуванню, зокрема судами першої та апеляційної інстанції.

Слід зазначити, що у контексті наведеного ЄСПЛ неодноразово зазначав у своїх рішеннях про те, що у деяких випадках може виникати необхідність не розкривати певні докази 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. Про це, зокрема, йдеться у рішеннях ЄСПЛ у справах «Леас проти Естонії» від 06 березня 2012 р. [14], «Якуба проти України» від 12 лютого 2019 р. [15]. Як доречно відзначається у деяких джерелах, у таких випадках у кримінальному провадженні виникають конкуруючі інтереси, такі як національна безпека або необхідність захищати свідків у випадку ризику переслідування або використання таємних методів розслідування злочину, які повинні бути протиставлені правам обвинуваченого [16].

Як видається, у зазначеній ситуації потрібно виходити з наступного:

1) статтею 290 КПК передбачено відкриття (тобто надання доступу) саме матеріалів досудового розслідування, а не лише доказів;

2) такими матеріалами (процесуальними документами) щодо провадження НСРД є постанови, клопотання, доручення, протоколи, а також ухвали слідчого судді (п. 1.9. Інструкції).

3) у прокурора – процесуального керівника відповідного кримінального провадження є усі можливості для забезпечення розсекречення матеріальних носіїв інформації щодо проведення НСРД, адже згідно п.п. 5.9.-5.10. Інструкції таке розсекречування відбувається за його рішенням. Винятком тут може бути розсекречування ухвал слідчих суддів про надання дозволу на проведення НСРД, оскільки такі процесуальні документи знаходяться у режимно-секретних кімнатах апеляційних судів.

Зазначене дає підстави для такого висновку: невідкриття прокурором або слідчим за його дорученням матеріалів, які стали підставою для проведення НСРД (за винятком ухвали слідчого судді) під час досудового розслідування згідно положень ст. 290 КПК може бути підставою для визнання недопустимими доказів, здобутих у результаті проведення НСРД.

Проблема 6: використання відомостей, здобутих у результаті НСРД в іншому кримінальному провадженні. КПК передбачає можливість використання відомостей, здобутих у результаті НСРД в іншому кримінальному провадженні. Зокрема, згідно ч. 1 ст. 257 КПК, якщо в результаті проведення НСРД виявлено ознаки кримінального правопорушення, яке не розслідується у даному кримінальному провадженні, то отримана інформація може бути використана в іншому кримінальному провадженні. Умовами допустимості таких відомостей є: а) отримана інформація має містити ознаки вчинення кримінального правопорушення; б) звернення прокурора з відповідним клопотанням; в) рішення слідчого судді.

Аналіз судової практики дозволяє дійти висновку про те, що у окремих випадках, за наявності порушення вищезазначених умов, суди визнають відповідні докази недопустимими. Так, у своїй постанові від 15 квітня 2020 р. колегія суддів Третьої судової палати ККС Верховного Суду дійшла висновку про те, що «на момент ухвалення рішення слідчим суддею у порядку статті 257 КПК можливість використання інформації, отриманої у ході проведення НСРД в рамках кримінального провадження № 1201705020000109 від 01 лютого 2017 року, у кримінальному провадженні стосовно ОСОБА_2 не розглядалася. А тому апеляційний суд дійшов обґрунтованого висновку, що докази покладені в основу обвинувачення ОСОБА_2 є недопустимими внаслідок порушення процедури їх отримання, з чим погоджується і колегія суддів» [17].

Іншим рішенням колегії суддів Другої палати ККС Верховного Суду встановлено, що «суд належним чином перевірив допустимість як доказів матеріалів за результатами аудіо-, відео контролю ОСОБА_2 з точку зору дотримання при їх одержанні та використанні вимог ст. 257 КПК. З'ясувавши, що зазначені докази отримані за результатами негласних слідчих (розшукових) дій, дозвіл на проведення яких надано щодо іншої особи, а у матеріалах кримінального провадження щодо ОСОБА_1 відсутня відповідна ухвала слідчого судді про використання результатів вказаних негласних слідчих дій у іншому кримінальному провадженні, як того вимагає ч.1 ст. 257 КПК, то всі докази, здобуті внаслідок проведених негласних слідчих (розшукових) дій відносно іншої особи, а саме ОСОБА_2, суд правильно визнав недопустимими» [18]. Як бачимо, у зазначених рішеннях, суди при виявленні порушень умов, передбачених ч. 1 ст. 257 КПК визнають недопустимими відповідні докази.

Замість висновків. Процесуальне закріплення інституту НСРД у вітчизняний кримінальний процес у цілому себе виправдало. Чинний КПК містить низку процесуальних гарантій особи, щодо якої проводяться НСРД, вони загалом відповідають міжнародно-правовим стандартам використання

негласних засобів у кримінальному провадженні. Проте, десятиліття правореалізації норм зазначеного інституту породило цілу низку проблем, як теоретичного, так і практичного характеру, деякі з яких було розглянуто вище. Звичайно, проблемних питань у застосуванні інституту НСРД є набагато більше.

Неабияке значення для їх вирішення має судова практика в цілому та Верховного Суду зокрема. Залишається сподіватися, що вона буде сталою, єдиною та узгодженою.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text (дата звернення: 05.11.2022 р.).

2. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та Закону України «Про електронні комунікації» щодо підвищення ефективності досудового розслідування «за гарячими слідами» та протидії кібератакам: Закон України № 2137-IX від 15 березня 2022 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2137-20#n53 (дата звернення: 05.11.2022 р.).

3. Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні : Наказ ГПУ, МВС, СБУ, ДПСУ, Мінфіну, Мінюсту від 16 листопада 2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12#Text (дата звернення: 05.11.2022 р.).

4. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 р. № 2135-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text (дата звернення: 05.11.2022 р.).

5. Ухвала Миколаївського апеляційного суду від 30.06.2020 р. (справа № 812/1085/19; провадження №11-кс/812/6372/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90109998

6. Ухвала Запорізького апеляційного суду від 22.01.2020 р. (справа № 4807/206/20; провадження № 11-кс/807/205/20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91149767

7. Ухвала Сумського апеляційного суду від 25.02.2020 р. (справа № 4816/290/20; провадження № 11-кс/816/870/20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91315972

8. Татаров О. Ю. Інститут негласних слідчих (розшукових) дій : проблеми протидії злочинності. *Науковий вісник Національної академії*

внутрішніх справ. 2015. № 3. С. 25-32. URL: http://elar.naiau.kiev.ua/bitstream/123456789/511/2/7.pdf

9. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 07 червня 2018 р. (справа № 604/1071/14-к; провадження № 51-809 км 18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/74630432

10. Панова А. В. Визнання доказів недопустимими у кримінальному провадженні : монографія / А. В. Панова. Харків : Право, 2017. 256 с.

11. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 р. (справа № 751/7557/15-к; провадження № 13-37кс18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79298340

12. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 25 червня 2019 р. (справа № 331/1898/16-к; провадження № 51-2644 км 18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/82826905

13. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 жовтня 2019 р. (справа № 640/6847/15-к; провадження № 13-43кс19). URL: https://reyestr.court.gov.ua/ Review/85174578

14. Справа «Леас проти Естонії» (заява № 59577/08) від 06 березня 2012 р. URL: https://www.echr.com.ua/translation/sprava-leas-proti-estoni%D1%97-tekst-rishennya/

15. Справа «Якуба проти України» (заява № 1452/09) від 12 лютого 2019 р. URL: https://www.echr.com.ua/translation/sprava-yakuba-proti-ukra%D1%97 ni-tekst-rishennya/

16. Морозов Є. О. Відкриття матеріалів, які стали підставою для проведення НСРД. URL: https://alibi.dp.ua/1159-vidkrittya-dokumentiv-yaki-stali-pidstavoyu-dlya-provedennya-nsrd

17. Постанова колегії суддів Третьої судової палати Касаційного кримінального суду від 15 квітня 2020 р. (справа № 229/4266/17; провадження № 51-3214км19). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88857314

18. Постанова колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 21 лютого 2019 р. (справа № 698/1151/15-к; провадження № 51-5763 км 18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/80112373

УДК 343.14

Калужна О. М.,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
кримінального процесу і криміналістики
Львівського національного університету імені
Івана Франка

НАЛЕЖНИЙ СУБЄКТ ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧОЇ (РОЗШУКОВОЇ) ДІЇ ЗА КПК 2012 РОКУ: ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОРОЗУМІННЯ У ПРАКТИЦІ ВЕРХОВНОГО СУДУ

1. Значення належного суб'єкта проведення слідчої (розшукової) дії для допустимості доказів.

Щоб отримані у ході проведення слідчої (розшукової) дії дані та протокол за результатом її складення з додатками як докази, вони повинні відповідати ***критеріям***, які традиційно називають ***властивостями доказів***. В науці властивостями доказів однозначно виділяють ***належність*** і ***допустимість*** [1, с. 418], а дехто ще й ***достовірність*** і ***достатність*** [2, с. 159-160].

Кримінальний процесуальний закон розкриває зміст лише двох – *належність* (ст. 85 КПК) і *допустимість* (ст.86 КПК), проте у ст. 94 КПК називає усі чотири: «слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному і неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожен доказ з точки зору *належності, допустимості, достовірності*, а сукупність зібраних доказів – з точки зору *достатності* та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення».

Такий підхід законодавця, вочевидь, пояснюється тим, *критерію достовірності* фактичні дані повинні відповідати, щоб надалі бути визнаними доказами (набути статусу доказу), пройшовши процедуру перевірки, судового дослідження в змагальному процесі та оцінки. Своєю чергою, якщо доказ отриманий у встановленому законом (допустимому) порядку, то існує презумпція (спростовна) його достовірності (правдивості). Якщо доказ не належний до провадження чи недопустимий, то питання його достовірності з'ясовуватися не повинно (процесуальна економія). А *критерій достатності* є категорією оцінною (диспозитивною) для прийняття конкретного процесуального рішення – проміжного чи кінцевого у провадженні – і береться до уваги при оцінці певної сукупності доказів і місця певного доказу у цій сукупності (доказовій базі), його взаємозв'язку з іншими доказами.

Отож, КПК розкриває *дві властивості*:

✓ *належність* (ст. 85 КПК України) – здатність доказу прямо чи непрямо підтверджувати існування чи відсутність обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, та інших обставин, які мають значення для кримінального провадження, а також достовірність чи недостовірність, можливість чи неможливість використання інших доказів;

✓ *допустимість* (ст. 86 КПК) – доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом (ч.1 ст. 86). Недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення (ч. 2 ст. 86 КПК)

Допустимість доказів – це єдина формалізована (зовнішня) властивість доказів. Зв'язок інформації з предметом доказування (належність), її відповідність об’єктивній дійсності (достовірність) та якість сукупності доказів, необхідних для встановлення обставин справи (достатність), становлять предмет та результат розумової (логічної) діяльності в процесі доказування у кримінальному провадженні. В той же час, у питанні допустимості (недопустимості) доказів розсуд суб’єкта, який веде процес, максимально обмежений законодавчими орієнтирами.

Своєю чергою допустимість, як властивість, хоча й має рамкове правове регулювання, проте не має чіткої нормативної визначеності. Це абсолютно нормально, адже закон апріорі не може охопити сотні-тисячі казуїстичних ситуацій, які щоразу у судовій практиці становлять новий виклик оцінки певного доказу на допустимість і поповнюють прецедентну судову практику новими додатковими нюансами. Інакше закон перетворився б на детальну робочу інструкцію і застарів би уже на момент набрання ним чинності. Проте, з іншого боку, як наслідок, в науці немає єдино узгодженого переліку (кількості) критеріїв допустимості, підходи науковців різняться ступенем узагальнення чи деталізації.

У найзагальнішому виді (типово) допустимість доказів оцінюється з погляду 3-х критеріїв:

1. належний суб’єкт,
2. належне джерело,
3. належна процесуальна форма [1, с. 420; 2, с. 159-160; 3, с.249-252]. Її можна деталізувати на:
   - 3.1. належний спосіб збирання
   - 3.2. належний порядок
   - 3.3. належне фіксування.
4. Дотримання прав і законних інтересів особи – дехто називає четвертою необхідною умовою допустимості доказів [1, с. 424]. Звісно, дотримання прав та законних інтересів особи презюмується, якщо дотримана

належна процесуальна форма збирання доказу. Водночас цю вимогу є сенс виділяти з точки зору спрощеного порядку визнання доказів недопустимими через її очевидність. Зокрема ч. 1 ст. 87 КПК зазначає, що *недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини*, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Частина 2 цієї ж статті дає перелік істотних порушень прав людини та її основоположних свобод, які спричиняють недопустимість доказів, про що йтиметься у подальшому викладі.

Зважаючи на вагомість такої обставини отримання доказів як – істотне порушення прав людини, – закон виділив 2 групи підстав і ввів 2 порядки визнання доказів недопустимими. А саме, на основі ст. 89 КПК підстави недопустимості доказів поділяють на *очевидні* і *неочевидні*. Виходячи із системного тлумачення КПК, *очевидні* підстави недопустимості доказів містяться у ч. 2 та 3 ст. 87 КПК. Таке бачення закріпив і ККС ВС:

❖ «*До першого виду* недопустимих, відносяться докази, які суд зобов`язаний визнати такими через їх отримання внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод.

❖ *До другого виду* недопустимих, відносяться докази, які суд може визнати недопустимими, це питання є оціночним, суб`єктивним і залишається на його розсуд» [4].

Залежно від групи підстав недопустимості доказів, КПК впровадив і 2 види процесуальних порядків визнання їх недопустимими:

❖ *«під час будь-якого судового розгляду у разі встановлення очевидної недопустимості доказу (ч. 4 ст. 87, ч. 2 ст. 89 КПК України)* – у випадках, коли такі докази, отримані внаслідок істотного та очевидного порушення прав та свобод людини і їх недопустимість обумовлена такими обставинами, які у будь-якому випадку не можуть бути усунуті в ході подальшого судового розгляду;

❖ *у нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення по суті (ч. 1 ст. 89 КПК України)* – якщо при отриманні доказів допущено процесуальні порушення, які тягнуть інші порушення прав людини та потребують оцінки на підставі всієї сукупності доказів зумовлюють сумніви у достовірності здобутих відомостей та суд має вирішити питання щодо можливості усунення вказаного сумніву на підставі сукупності інших зібраних допустимих доказів» [5].

Отже, належний суб'єкт проведення слідчої дії є неочевидним критерієм допустимості зібраних у її ході доказів, який не обов'язково може спричиняти

істотне порушення прав людини та автоматично не тягне негайний (скорочений) порядок визнання зібраних у її ході доказів недопустимими (ч.2 ст. 89 КПК). Отож питання про допустимість/недопустимість протоколу та зібраних у ході слідчої дії доказів має вирішуватися на завершальному етапі провадження – в нарадчій кімнаті під час ухвалення процесуального рішення.

2. Належний суб'єкт проведення С(Р)Д: законодавче регулювання.

Насамперед, щоб нагадати й обумовити значення терміно-понять, звернемо увагу, що термін «суб'єкти проведення слідчої дії» може вживатись у *власному* і *широкому* значенні – як коло усіх можливих суб'єктів, які беруть у ній участь. Своєю чергою, усіх суб'єктів (учасників) слідчої дії можна класифікувати за метою, яку вони реалізують у ході її проведення, на:

- які ініціювали проведення СРД (слідчий, дізнавач, прокурор, сторона захисту, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження);
- які безпосередньо проводять С(Р)Д (слідчий, дізнавач, прокурор, оперативні підрозділи);
- які здійснюють нагляд за додержанням законів під час проведення С(Р)Д (прокурор);
- які здійснюють судовий контроль за проведенням С(Р)Д і негласних слідчих (розшукових) дій (далі НСРД) (слідчий суддя);
- які мають власний (або представлюваний) інтерес у перебігу кримінального провадження у цілому (підозрюваний, потерпілий, їх захисники, представники, законні представники) або у перебігу даної слідчої дії (особа, у якої, щодо майна якої проводиться обшук, огляд, яка не є підозрюваним чи потерпілим);
- які сприяють проведенню СРД (спеціаліст, перекладач, свідок);

Метою ж ***статті*** є виокреслити правила, умови щодо належного суб'єкта проведення слідчої дії як її безпосереднього виконавця, які (правила і умови) власне і розкривають суть такого критерію оцінки допустимості зібраних і зафіксованих у ході слідчої дії доказів як – «належний суб'єкт».

Центральною, найбільш дієвою фігурою у стадії досудового розслідування є ***слідчий*** (у провадженнях про злочини), ***дізнавачі***, які при здійсненні дізнання у провадженнях про проступки наділяються повноваженнями слідчого, ***детективи***. Слідчі та дізнавачі здійснюють усю процесуальну діяльність у справі та несуть відповідальність за законність та своєчасність здійснення процесуальних дій (ч.1 ст.40 КПК, ч.1 ст. 40[1] КПК. Досудове слідство здійснюють слідчі одноособово або слідчою групою (ч. 4 ст. 38 КПК). Слідчий може збирати докази самостійно шляхом проведення слідчих (розшукових) та

негласних слідчих (розшукових) дій (п. 2 ч. 2 ст. 40 КПК), а також доручати проведення таких дій відповідним оперативним підрозділам (п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК) або своєю постановою доручати їх проведення на території, яка знаходиться під юрисдикцією іншого органу досудового розслідування (ОДР), цьому ОДР, який зобов'язаний її виконати (ч.6 ст. 218 КПК). Слідчий вважатиметься належним суб'єктом за умов:

- що він визначений керівником органу ОДР для здійснення досудового розслідування даного провадження (ч.1 ч.2 ст 39 КПК);
- у випадках здійснення досудового розслідування слідчою групою – керівником ОДР визначені члени та старший слідчої групи, який керуватиме діями інших слідчих (п.1 ч.2 ст. 39 КПК);
- у випадках утворення міжвідомчої слідчої групи під час дії воєнного стану – керівником ОДР вмотивованою постановою визначено склад та старшого слідчого групи, який керуватиме діями інших слідчих, за погодженням з керівниками інших ОДР (ч. 4 ст. 39 КПК за Законом № 2201-IX від 14.04.2022);
- дотримання правил предметної та персональної підслідності (ст. 216 КПК) про розподіл компетенції здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень між слідчими Національної поліції (НП), органів безпеки (СБУ), Державного бюро розслідувань (ДБР), детективами Національного антикорупційного бюро (НАБУ) та Бюро економічної безпеки (БЕБУ), правил підслідності за зв'язком справ (ч. 7-10 ст. 216 КПК) та територіальної підслідності (ст. 218 КПК).

Аналогічно ***дізнавач*** уповноважений проводити огляд місця події, обшук затриманої особи, опитувати осіб, вилучати знаряддя і засоби вчинення правопорушення, речі і документи, що є безпосереднім предметом кримінального проступку або виявлені під час затримання, а також проводити СРД та НСРД у випадках, установлених КПК (п.2 ч.2 ст. 40^1 КПК); доручати проведення СРД та НСРД у випадках, установлених КПК, відповідним оперативним підрозділам (п.3 ч.2 ст. 40^1 КПК).

Керівник ОДР поруч із своїм основним завданням у кримінальному судочинстві – організацією досудового слідства, здійснення дієвого контролю за ефективністю і своєчасністю процесуальних дій та слідства у цілому, усуненням процесуальних порушень закону слідчими, методичного, матеріально-технічного забезпечення слідчих підпорядкованого ОДР – уповноважений здійснювати і досудове розслідування, користуючись при цьому повноваженнями слідчого (п. 6 ч. 2 ст. 39 КПК). Тож у цих випадках він також є належним суб'єктом проведення слідчої дії.

Керівник органу дізнання (за аналогією з керівником ОДР) також виконує організаційні й контрольні повноваження – організовує дізнання і визначає дізнавача (ч. 1 ст. 39[1], ч. 1 ст. 214, ч. 4 ст. 218 КПК), усуває порушення законодавства у разі їх допущення дізнавачем, відсторонює дізнавача (п. 2, 4 ч. 2 ст. 39[1] КПК). Проте повноваженням особисто проводити дізнання, користуючись при цьому повноваженнями дізнавача, керівник ОД не наділений (ст. 39[1] КПК).

Прокурор виконує функцію організації і процесуального керівництва досудовим розслідуванням – є «господарем справи»: визначає напрямки розслідування для забезпечення його повноти, всебічності та об'єктивності, дає доручення та вказівки слідчому, ОДР та/чи оперативним підрозділам провести СРД та НСРД (ст. 36 КПК) здійснює нагляд за законністю рішень, дій актів, слідчого. Можливість давати такого роду доручення опосередковано робить прокурора суб'єктом збирання доказів, оскільки в результаті СРД за його вказівкою може бути здобуто доказову інформацію. В тому числі прокурор уповноважений і особисто проводити гласні СРД та інші процесуальні дії (п.4 ч.1 ст. 36 КПК), тож і він є належним суб'єктом проведення СРД. Проводити НСРД має право лише слідчий, який здійснює досудове розслідування кримінального правопорушення, або за його дорученням – уповноважені оперативні підрозділи НП, НАБУ, ДБР, БЕБУ установ виконання покарань та слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, органів Державної прикордонної служби України. За рішенням слідчого чи прокурора до проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть залучатися також інші особи (ч.6 ст. 346 КПК). Тож прокурор на проведення НСРД повноважень не має, проте він вправі отримати протоколи про їх проведення і вжити заходів щодо збереження отриманих під час їх проведення речей і документів, які планує використовувати у кримінальному провадженні (ст. 252 КПК). Тобто фінально прокурор вирішує, з яких матеріалів НСРД формувати доказову базу.

Повноваження в конкретному кримінальному у прокурора як процесуального керівника виникає з моменту призначенням керівником відповідного органу прокуратури. За необхідності керівник органу прокуратури може визначити групу прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному провадженні, а також старшого прокурора такої групи, який керуватиме діями інших прокурорів (ч.1 ст.37 КПК).

Оперативні підрозділи наділені законом повноваженням проводити СРД та НСРД за письмовим дорученням слідчого чи прокурора (ст. 41 КПК).

3. Належний суб'єкт проведення слідчої дії як передмова допустимості отриманих доказів у практиці Верховного Суду.

У системі джерел кримінального процесуального права в механізмі кримінально-процесуального регулювання важлива роль належить правовим позиціям Верховного Суду (уповноваженим усім його структурним підрозділам – колегіям, палатам, Об'єднаній палаті Касаційного кримінального суду (далі ОП ККС), Великій Палаті Верховного Суду (далі ВП ВС). У своїх правових висновках касаційна інстанція створює взірці вирішення правових ситуацій за умов неоднозначності, суперечностей тлумачення закону у правничій спільноті, колізійності або прогалин правового регулювання. Таким чином, завдяки правовим позиціям ВС норми КПК стають «живим правом», «право стає реальністю в суді», бо практика зумовлює конкретизацію (деталізацію) процесуальної форми. Це нормальний (закономірний) процес, адже яким досконалим з погляду законодавчої техніки, наукової обґрунтованості, практичної актуальності не видавався б процесуальний закон, корективи у його застосування вносять слідчі, дізнавачі, прокурори, адвокати, слідчі судді, суди, які привносять до нього своє тлумачення, базоване на їхній правосвідомості, на їхній правовій культурі.

Правові висновки ВС мають характер прецеденту – є «обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права» (ч.5 ст. 13 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» (далі – СіСС) та «повинні враховуватися іншими судами при застосуванні таких норм права» (ч.6 ст. 13 ЗУ Про СіСС) [6]. Тож відстеження їх щодо будь-якого кримінально-процесуального інституту чи під-інституту завжди актуальне, а особливо за відносно значні проміжки часу – 5-10 років, оскільки це дозволяє виявити проблеми у правозастовній практиці та тенденції підходів ВС до їх вирішення. При цьому за наявності протилежних правових висновків ВС слід виходити з того, що висновки судової палати ККС мають перевагу над висновками колегії суддів, висновки ОП ККС – над висновками палати чи колегії суддів цього суду, а висновки ВП ВС – над висновками ОП ККС, палати й колегії суддів ККС.

Щодо «належного суб'єкта проведення слідчої дії» правові висновки ВС можна умовно узагальнити на ***дві групи*** (назвемо їх умовно так): *а) класичні підходи до тлумачення норм КПК, які є розгортанням, деталізацією кримінально-процесуальної форми; б) оригінальні (або андеграундні[1]), які є обмежувальним (звужувальним) або поширювальним тлумаченням норм КПК.*

[1] *Андеграунд* — культура, альтернативна до офіційної, яка не є масовою, популярною, мейнстрімом, творчість, що суперечить усталеним філософським, етичним, естетичним кодам соціуму

3.1 До першої групи належить переважна більшість позицій ВС, які були у цілому позитивно сприйняті правниками або переважно не викликали особливих дискусій. Їх можна згрупувати за під-темами.

❖ ***Підтвердження повноважень слідчого, дізнавача, прокурора. Дилема суперечностей між відомостями про слідчого у ЄРДР над відомостями у постанові про призначення слідчого чи створення слідчої групи.***

***Повноваження слідчого та слідчих слідчої групи*:**

- «Оскільки слідчий не мав повноважень приймати рішення про призначення судово-медичної експертизи, бо він не входив до складу групи слідчих, яким доручено досудове розслідування. Таким чином, постанова про призначення судово-медичної експертизи винесена неуповноваженою особою. … Допущені порушення є істотними, висновок експерта як доказ є недопустимим, а вирок суду не може ґрунтуватися на такому доказі» (Постанова ВС від 07.08.2019 Справа N 555/456/18 Провадження N 51-2676км19) [7].

- *Перевага відомостей про слідчого у провадженні, зазначених у ЄРДР над відомостями в постанові про призначення слідчого:* «Проведення обшуку житла слідчим, який не мав повноважень у кримінальному провадженні, є порушенням вимог КПК та тягне недопустимість протоколу обшуку, згідно з вимогами ст. 87 КПК. Надана копія постанови начальника відділу поліції визнана неналежним підтвердженням повноважень слідчого, оскільки в реєстрі матеріалів кримінального провадження, наданому учасникам провадження, дані про наявність постанови про створення групи слідчих відсутні». (Постанова ВС від 29.01.2020 Справа N 473/3712/18 Провадження N 51-4540км19) [8]

- *Протилежна позиція:* «Відсутність у ЄРДР інформації про слідчого, який проводив огляд місця події, не виключає наявність у слідчого повноважень на вчинення цієї процесуальної дії». (Постанова ВС від 18.02.2020 Справа N 199/8582/18 Провадження N 51-6385км19*)* [9].

Як бачимо, практика ККС з цього питання була діаметрально протилежною, у постанові від 04.10.2021 р. Об’єднана палата ККС ВС (далі ОП ККС ВС) вирішила цю проблему, проте тепер у практиці постають нові питання щодо категоричності дотримання процесуальної форми постанови.

- «За приписами статей 39, 110, ч. 1 ст. 214 КПК *рішення про призначення (визначення) групи слідчих, які здійснюватимуть досудове розслідування, визначення старшого слідчої групи, який керуватиме діями інших слідчих, обов`язково приймається у формі, яка повинна відповідати визначеним кримінальним процесуальним законом вимогам до процесуального рішення у формі постанови.* Відсутність такого процесуального рішення в матеріалах

кримінального провадження обумовлює недопустимість доказів, зібраних під час досудового розслідування, як таких, що зібрані неуповноваженою на те особою.

Витяг з ЄРДР не є процесуальним рішенням, а отже, не породжує правових наслідків щодо визначення групи слідчих, які здійснюватимуть досудове розслідування.

Отже, процесуальне рішення про визначення групи слідчих, які здійснюватимуть досудове розслідування, визначення старшого слідчої групи, який керуватиме діями інших слідчих, має прийматися у формі, яка повинна відповідати визначеним кримінальним процесуальним законом вимогам до процесуального рішення у формі постанови. При цьому таке процесуальне рішення необхідно долучати до матеріалів досудового розслідування для підтвердження наявності повноважень слідчих, які здійснюють досудове розслідування. В аспекті застосування приписів ч. 2 ст. 39, ч. 1 ст. 214 КПК України у взаємозв'язку з положеннями ст. 110 КПК недотримання належної правової процедури спричиняє порушення гарантованого кожному ст. 6 ЄКПЛ права на справедливий суд» (Постанова ОП ККС ВС від 04.10.2021 р. (справа № 724/86/20)) [10].

7 грудня 2022 р. колегія суддів Третьої судової палати ККС ВС у справі № 385/619/16 врахувала, проте не застосувала позицію ОП ККС ВС, вказавши на розбіжність у фактичних обставинах у цих двох справах:

- «У постанові від 04 жовтня 2021 року у справі № 724/86/20 ОП ККС ВС сформулювала правовий висновок … *за обставин справи, де взагалі констатовано відсутність будь-яких відомостей про призначення слідчого* для здійснення досудового розслідування у кримінальному провадженні. … У матеріалах справи 385/619/16 *наявне письмове розпорядче рішення* заступника начальника Головного управління – начальника відділу з розслідування злочинів щодо корупційних діянь Генеральної прокуратури України ОСОБА_47 від 07.03.2014 р. про призначення слідчого ОСОБА_9 для здійснення досудового розслідування кримінального провадження (т. 9, а.к.п. 37), який того ж дня вніс відомості до ЄРДР за № 42014000000000071 та відповідно до ч. 6 ст. 214 КПК України розпочав досудове розслідування (т. 9, а.к.п. 38), котре здійснював самостійно до винесення 27.03.2014 р. ОСОБА_10 постанови про створення слідчої групи в кримінальному провадженні, до складу якої ОСОБА_9 увійшов уже як старший слідчої групи (т. 9, а.к.п. 39). Наведене вказує на відмінність обставин цього кримінального провадження від обставин справи № 724/86/20, а … певні недоліки форми вищезгаданого рішення про призначення слідчого у кримінальному провадженні не свідчать про його незаконність». Колегія суддів

Третьої судової палати ККС послалася на позиції ККС у постановах від 01 грудня 2020 року у справі № 318/292/18, від 01 листопада 2022 року у справі № 344/2995/15-к, від 08 жовтня 2019 року у справі № 639/8329/14-к, від 06 липня 2021 року у справі № 720/49/19 та на постанову ВП ВС від 31 серпня 2022 року у справі № 756/10060/17 про те, що «не будь-яке формальне недотримання вимог кримінального процесуального закону під час отримання доказу автоматично спричиняє визнання його недопустимим. Натомість закон зобов`язує суд дати оцінку доказу з точки зору його допустимості з урахуванням того, чи було допущене порушення КПК істотним та яким чином воно перешкоджало забезпеченню та реалізації прав і свобод особи» [11].

Повноважний прокурор

- «… за змістом статей 36, 37, 110 КПК *рішення про призначення (визначення) прокурора, який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні, та у разі необхідності групи прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному провадженні, обов`язково повинно прийматись у формі постанови,* яка має міститись у матеріалах досудового розслідування для підтвердження факту наявності повноважень. Така постанова має відповідати передбаченим КПК вимогам до процесуального рішення в формі постанови, у том числі, бути підписаною службовою особою, яка її прийняла. *Відсутність зазначеної постанови 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». (Постанова ОП ККС ВС від 22 лютого 2021 (справа № 754/7061/15)) [12].

- «Застосування належної процедури «fair procedure» (у європейській системі), «due process» (у американській системі) є одним із складових елементів принципу верховенства права, передбачає, у тому числі, щоб повноваження органів публічної влади були визначені приписами права, і вимагає, щоб посадовці мали дозвіл на вчинення дії і надалі діяли в межах наданих їм повноважень. … Недотримання належної правової процедури тягне за собою порушення гарантованого кожному ст. 6 ЄКПЛ права на справедливий суд. Із аналізу ст. 36, 37 КПК України вбачається, що визначення керівником органу прокуратури прокурора (групи прокурорів), який здійснюватиме повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні є кримінально-процесуальним рішенням, яке утворює, змінює чи припиняє права і обов`язки, тобто має правові наслідки, в конкретному кримінальному провадженні з його

початку до завершення та за процесуальною формою має бути передбачено (встановлено) кримінальним процесуальним законом. *Відсутність постанови про призначення групи прокурорів має наслідком визнання всіх, зібраних під час досудового розслідування, доказів недопустимими». (Постанова ККС у справі від 03.03.2021 № 522/11807/18)* [13].

❖ ***Час виникнення повноважень слідчого***

«Дані протоколів обшуку є недопустимими доказами, оскільки повноваження на проведення слідчих дій виникли пізніше, ніж фактично їх було розпочато». *(Постанова ВС від 14.05.2019 Справа N 266/1510/17 Провадження N 51-7082км18)* [14]/

❖ ***Чи повноваження на проведення обшуку набуває лише слідчий, який подав клопотання про обшук і вказаний в ухвалі слідчого судді?***

Позиція щодо цього напрацьовувалася з деталей» – ***хто може скласти протокол слідчої дії***, – згодом переросла у розгорнуте обґрунтування.

- «Складання протоколу обшуку слідчим, який входив до складу слідчої групи, а не слідчим, якому надавався дозвіл на обшук слідчим суддею, змісту цього процесуального документу не спростовують». (Постанова ККС ВС від 03.12.2019. Справа 536/2683/15-к. Провадження N 51-2015км19) [15].

- «Визначення в ухвалі слідчого судді конкретного слідчого або прокурора, які мають здійснювати обшук, знаходиться поза межами повноважень слідчого судді. Основною формою процесуальної взаємодії прокурора зі слідчим, яка вживається на всіх етапах досудового розслідування, є надання письмових вказівок та доручень. В той же час, якщо закон прямо не вимагає письмової форми, *прокурор має право надавати доручення та вказівки слідчому про виконання процесуальних дій усно*». *(Постанова ККС ВС від 07.10.2020. Справа N 725/1199/19. Провадження N 51-5720км19)* [16].

Приписи ст. 235 КПК України не зобов`язують слідчого суддю в ухвалі зазначати прокурора чи слідчого, який буде проводити обшук, натомість зазначена ухвала має містити відомості про прокурора, слідчого, який подав клопотання про обшук. Тобто, *процесуальний закон зобов`язує слідчого суддю встановити, що клопотання надійшло від уповноваженої особи – прокурора, включеного до групи прокурорів, або слідчого, якому доручено здійснювати розслідування, в порядку статей 37, 39, 216 КПК України*. Судовий контроль під час розгляду клопотання про проведення обшуку здійснюється з метою забезпечення права на недоторканність житла чи іншого володіння особи. Водночас, зміст норм цього Кодексу не дає підстав для твердження про те, що до повноважень слідчого судді належать, крім здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні (п. 18

ст. 3 КПК України), ще й інші, віднесені до повноважень прокурора та слідчого з організації досудового розслідування.

Із системного тлумачення статей 36, 40, 235, 236 КПК України не вбачається, що до компетенції слідчого судді належить визначення як конкретного слідчого або прокурора, які мають здійснювати таку слідчу (розшукову) дію, так й інших осіб, що будуть брати участь у проведенні обшуку (понятих, працівників оперативного підрозділу, спеціалістів та ін.). Питання про дотримання вимог КПК прокурором або слідчим щодо належного використання повноважень здійснювати обшук, залучення понятих, спеціалістів, працівників оперативного підрозділу, підозрюваного, захисника, інших учасників провадження вирішуються на етапі судового провадження (п. 24 ст. 3 КПК України), а не провадження у слідчого судді, і за умови надання суду протоколу обшуку як доказу винуватості у вчиненні злочину.

Таким чином, визначення в ухвалі слідчого судді конкретного слідчого або прокурора, які мають здійснювати обшук, перебуває поза межами повноважень слідчого судді з контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні та обмежується в цій частині перевіркою того, чи є належним суб`єктом учасник кримінального провадження, який звернувся з клопотанням про проведення обшуку» *(Постанова ККС від 17 лютого 2021 року, справа №263/10353/16-к)* [17].

Ця позиція формувалась під впливом того, що адвокати-захисники намагались доводити недопустимість доказів, зібраних обшуком, що проводився іншим слідчим, аніж той, що звертався з клопотанням до слідчого судді про дозвіл на обшук, висновуючи, що дозвіл на обшук надано саме цьому слідчому і жодному іншому. Така лінія тактики захисту є зрозумілою, адже природньо, що захисники шукають і використовують кожну нагоду вивести з доказової бази певні докази як недопустимі, а тим паче, коли йдеться про викривальні результати обшуку. Водночас завдання суду касаційної ланки (як суду права) – віднайти баланс інтересів (справедливості), і не лише сторін та учасників провадження (обвинувачених потерпілих), а й інтересу суспільства, інтересів правосуддя. В аналізованій позиції ККС ВС це вдалося. ККС ВС правильно й аргументовано диференціював завдання і компетенцію а) слідчого судді під час реалізації функції судового контролю, б) прокурора, слідчого, керівника ОДР з організації досудового розслідування та організації проведення конкретної слідчої дії (обшуку), зокрема, визначення складу її учасників, та в) суду під час розгляду справи по суді (дослідження й оцінки доказів). Понад те, аналізована позиція ККС відповідає і суті, закономірностям (потребам) організації досудового розслідування задля його ефективності, ергономіці (процесуальній

економії), організаційно-тактичним засадам групового обшуку. Адже інакше у провадженнях, що розслідуються бригадним методом (слідчою групою), чи плануючи груповий обшук, прокурор чи старший слідчий вже на етапі звернення з клопотанням до слідчого судді повинен був би чітко розподілити слідчих слідчої групи, хто піде на який об'єкт обшуку, вказуючи саме їхні прізвища у кожному відповідному клопотанні, і в подальшому будь-які робочі корективи, рокіровки слідчих у ході підготовки до обшуків стали б неможливими, бо тягнули б недопустимість доказів. Це був би тріумф пуризму, формалізму і параліч ефективного розслідування. Так само, у випадку заміни слідчого у провадженні, якщо ухвалу про дозвіл на обшук попередній слідчий ще не встиг виконати, то новому слідчому потрібно було б повторно звертатись з клопотанням про дозвіл на обшук до слідчого судді. Але такі витрати робочого часу слідчих, прокурорів, слідчих суддів не переслідують жодну легітимну мету. Таким чином, як звернув увагу ККС, КПК (de lege lata) не наділив слідчого суддю повноваженням визначати слідчого, який проводитиме обшук. Водночас таке повноваження слідчого судді не відповідало б і de lege ferenda. Для завдань кримінального судочинства важливо, аби обшук провів слідчий (чи слідчий слідчої групи), який веде провадження на момент виконання слідчої дії, а дотримання цієї вимоги має перевірити суд під час судового розгляду.

❖ ***Дотримання правил підслідності.***

Позиції ВС щодо впливу на допустимість доказів дотримання правил про підслідність належить до пулу найгостріших проблем у кримінальній юстиції, яка варта самостійного ґрунтовного дослідження. Водночас для питання про *належного суб'єкта проведення слідчої дії* позиції ВС щодо правил підслідності важливі, бодай на рівні огляду.

Позиція щодо підслідності також формувалась поступово, пройшла етап вироблення на рівні ОП ККС ВС у 2021 р., передавалася на розгляд ВП ВС у 2022 р., проте була повернута назад колегії ККС ВС. Таким чином наразі залишається актуальною позиція ОП ККС ВС, проте, цілком ймовірно, що у найближчому майбутньому вона буде уточнюватися, розвиватися.

Позиції ВС щодо підслідності започаткувалися не з бокових деталей (як, наприклад, попередня позиція щодо суб'єкта обшуку), а з центральної тези:

- «Передумовою реалізації прокурором передбачених ч. 5 ст. 36 КПК повноважень має бути здійснення відповідним органом, визначеним у ст. 216 КПК, досудового розслідування у кримінальному провадженні та встановлення за наслідками такого розслідування його неефективності. *(Постанова від 14.04.2020. Справа N 761/34909/17. Провадження N 51-10064км18)* [18].

- «Підслідність досудового розслідування у кримінальних провадженнях визначається виключно положеннями ст. 216 КПК. Докази, отримані за результатами НСРД з порушенням підслідності, є недопустимими та не можуть бути покладені в основу обвинувачення». *(Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 30.09.2020. Справа N 563/1118/16-к. Провадження N 51-1078км20)* [19, с. 24].

ОП ККС ВС розвинула позицію в частині зміни підслідності прокурором, яка має відбуватися виключно внаслідок встановлення неефективності досудового розслідування органом досудового розслідування, визначеного ст. 216 КПК, інакше уповноважені особи діятимуть поза межами своїх повноважень, що матиме наслідком визнання доказів недопустимими як таких, що зібрані (отримані) неуповноваженими особами (органом) з порушенням установленого законом порядку. (Постанова ОП від 24.05.2021 у справі № 640/5023/19 (провадження № 51-2917кмо20) [20].

Ця постанова ОП ККС ВС доволі примітна і знакова для судової практики. У ній ОП ККС зафіксувала значення для допустимості доказів «належної правової процедури» (яка фактично є наскрізною (універсальною) для всіх ситуацій, у яких йдеться про її дотримання), витлумачила процедуру зміни підслідності прокурором. Тож варто привести основні її тези.

«У теоретичному аспекті «належна правова процедура» – це форма здійснення правосуддя, яку утворюють сукупність гарантій прав людини процесуального характеру, спрямовані на досягнення процедурної справедливості правосуддя.

Застосування належної правової процедури у кримінальному провадженні – це встановлені кримінальним процесуальним законодавством способи реалізації норм кримінального процесуального права, що забезпечують досягнення цілей правового регулювання кримінальних процесуальних відносин у сфері порядку досудового розслідування та судового розгляду. Воно означає не лише те, що всі дії процесуальних суб’єктів мають відповідати вимогам закону, адже в такому випадку це завдання розчиняється в приписах засади законності. Такі дії мають виникати із наявних повноважень і перебувати в адекватному співвідношенні з конкретним процесуальним завданням, яке виникає в певний момент досудового розслідування і судового розгляду кримінального провадження. Таке адекватне співвідношення свідчить про принцип пропорційності. Належна правова процедура має застосування як під час судового розгляду, так і на стадії досудового розслідування. Недотримання належної правової процедури тягне за собою порушення гарантованого кожному ст. 6 Конвенції права на справедливий суд. …

… КПК не передбачає вимоги дотримання правил підслідності при внесенні відомостей до ЄРДР. Стаття 214 КПК не містить вимоги про дотримання при внесенні відомостей до ЄРДР правил підслідності і вказівки на можливість не вносити відомості, якщо кримінальне правопорушення не підслідне органу. Законодавець, розподіливши кримінальні правопорушення в межах підслідності різних органів досудового розслідування, виходив із презумпції, що саме цей орган здатний здійснити належне досудове розслідування кримінальних проваджень щодо зазначеного переліку кримінальних правопорушень: у силу характеристик кримінального правопорушення, організаційних можливостей органу, звичаїв, потреб у спеціалізації тощо. Законом резюмується, що досудове розслідування має здійснюватися із дотриманням правил підслідності. Адже стратегічна мета інституту підслідності полягає в забезпеченні права особи на об'єктивне й неупереджене розслідування і, як результат, – гарантуванні передбаченого Конвенцією права особи на справедливий суд. При оцінці ефективності досудового розслідування слід виходити з того, що ефективність досудового розслідування є співвідношенням процесуальних дій, процесуальних рішень, реалізованих учасниками кримінального провадження, а також їх результатів із положеннями КПК, що визначають підстави, умови і порядок їх проведення чи прийняття, з урахуванням оптимальних затрат часу та зусиль на це.

Для констатації неефективності досудового розслідування необхідна оцінка досудового розслідування для того, щоб прийняти рішення про доручення здійснення досудового розслідування будь-якого кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування, у тому числі слідчому підрозділу вищого рівня в межах одного органу.

Наявність відповідних відомостей, які стосуються конкретного кримінального провадження, щодо його неефективності відповідним прокурором може бути встановлена на будь-якій стадії досудового розслідування, у тому числі і на його початку, та бути підставою для прийняття рішення в порядку та відповідно до вимог ч. 5 ст. 36 КПК.

Надання прав, покладення обов'язків та визначення обсягу відповідальності за своєю юридичною природою потребує письмової форми заради уникнення суб'єктивізму та забезпечення правової визначеності. У кожному конкретному випадку наявність таких підстав має бути обґрунтована у відповідній постанові прокурора, адже зміна передбаченої законом підслідності, як видається, має розглядатися як екстраординарна процедура порівняно із загальним порядком визначення підслідності, за яким вирішення цього питання є предметом законодавчого регулювання, а не предметом дискреції.

Відповідна постанова Генерального прокурора, керівника обласної прокуратури, їх перших заступників та заступників про доручення здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування має відповідати вимогам ст. 110 КПК, у тому числі бути вмотивованою, надавати обґрунтоване пояснення щодо фактичних та юридичних підстав прийнятого рішення. …

Висновок: за змістом ч. 5 ст. 36, статей 86, 87, 110, 214, 216 КПК визначається належна правова процедура реалізації Генеральним прокурором, керівником обласної прокуратури, їх першими заступниками та заступниками повноважень, передбачених ч. 5 ст. 36 КПК, яка містить такі елементи: а) належний суб'єкт (Генеральний прокурор, керівник обласної прокуратури, їх перші заступники та заступники); б) оцінка досудового розслідування як неефективного; в) відображення такої оцінки у відповідному процесуальному рішенні – постанові; г) вмотивованість такої постанови.

Обов'язковою передумовою реалізації Генеральним прокурором, керівником обласної прокуратури, їх першими заступниками та заступниками повноважень, передбачених ч. 5 ст. 36 КПК, є оцінка досудового розслідування органом досудового розслідування, встановленим ст. 216 КПК, як неефективного та відображення такої оцінки в постанові з наведенням відповідного мотивування. …

… Постанова про доручення досудового розслідування іншому органу досудового розслідування, її обґрунтування та вмотивування має бути предметом дослідження суду в кожному кримінальному провадженні, яке здійснюється з урахуванням його конкретних обставин. Результати такого дослідження утворюють підстави для подальшої оцінки отриманих у результаті проведеного досудового розслідування доказів з точки зору допустимості.

У разі доручення Генеральним прокурором, керівником обласної прокуратури, їх першими заступниками та заступниками здійснення досудового розслідування кримінального правопорушення іншому органу досудового розслідування без встановлення неефективності досудового розслідування органом досудового розслідування, визначеним ст. 216 КПК, зазначені уповноважені особи діятимуть поза межами своїх повноважень. У такому випадку матиме місце недотримання належної правової процедури застосування ч. 5 ст. 36 КПК та порушення вимог статей 214, 216 КПК.

Наслідком недотримання належної правової процедури як складового елементу принципу верховенства права є визнання доказів, одержаних у ході досудового розслідування, недопустимими на підставі ст. 86, п. 2 ч. 3 ст. 87 КПК як таких, що зібрані (отримані) неуповноваженими особами (органом) у

конкретному кримінальному провадженні, з порушенням установленого законом порядку».

7 вересня 2022 року колегія суддів Третьої судової палати ККС ВС передала на розгляд ВП ВС кримінальне провадження, у якому вважала за доцільне відступити від висновку ОП ККС від 24.05.2021 року (справа № 640/5023/19) щодо застосування положень ч. 5 ст. 36, п. 2 ч. 3 ст. 87, ст. 216 КПК. Колегія ККС убачала ознаки виключної правової проблеми у правовій невизначеності щодо критеріїв оцінки допустимості доказів, отриманих ОДР з порушенням підслідності, та у суперечності підходів до цього питання ОП ККС та ВП ВС у справі № 756/10060/17 від 31.08.2022 р. (Цю постанову аналізуватимемо нижче, проте для розуміння предмета цієї дискусії потрібно зробити анонс, що у ній ВП визнала допустимим висновок судової експертизи, призначеної слідчим, який не входив до слідчої групи, і констатувала, що недопустимість доказів повинна визначатися через призму впливу допущених процесуальних порушень на конвенційні або конституційні права людини, наскільки процедурні недоліки «зруйнували» або звузили ці права або ж обмежили особу в можливостях їх ефективного використання [21]). На думку колегії ККС, навіть при порушенні підслідності прокурор та ОДР реалізують свої повноваження, якими вони наділені законом, тому порушення підслідності не є безумовною (не повинно бути категоричною) підставою для визнання доказів недопустимими, а оцінювати їх допустимість треба у кожному конкретному кримінальному провадженні відповідно до його обставин та чи було порушення підслідності поєднано з істотним порушенням прав та свобод людини, як зазначено в ч. 1 ст. 87 КПК, явним та грубим зловживанням з боку органу досудового розслідування[2].

ВП ВС 06.10.2022 р. розглянула питання про наявність підстав для передачі кримінального провадження на її розгляд і дійшла висновку про відсутність таких з процедурних мотивів (необґрунтованість ухвали колегії ККС): «зі змісту ухвали не вбачається окреслення саме виключної правової проблеми, … незгода з рішенням ОП ККС, відповідно до положень ст. 434-1 КПК не може слугувати безумовною підставою для відкриття провадження Великою Палатою». Таким чином, ВП ВС знайшла процедурну підставу (*de jure*) самоусунутись від вирішення правової проблеми (*de facto*), яку сама ж створила своєю постановою у справі № 756/10060/17 від 31.08.2022 р. Повертаючи кримінальне провадження назад колегії Третьої палати ККС для подальшого

[2] У Реєстрі відсутня ухвала колегії Третьої судової палати Касаційного кримінального суду від 7 вересня 2022 р. з невідомих причин. Мотивація колегії Третьої палати ККС ВС взята з описової частини ухвали ВП від 6 жовтня 2022 р. справі № 369/13131/18. https://reyestr.court.gov.ua/Review/106940568

розгляду, ВП ВС запропонувала колегії ККС самостійно застосовувати позицію ВП ВС у справі № 756/10060/17 від 31.08.2022 р.: «оскільки колегія суддів не вважає за необхідне відступити від висновку щодо тлумачення норм права, викладеного в раніше ухваленій постанові ВП, а навпаки, поділяє її підхід, немає перешкод для його застосування і при перегляді цієї справи ККС, який формує судову практику з метою її єдності та сталості» [22].

П'ятеро суддів ВП ВС виловили окрему думку, вважають, що «передане колегією суддів ККС кримінальне провадження як таке, що містить виключну правову проблему, ВП ВС повинна була прийняти й розглянути», а проблема ***допустимості доказів, отриманих із порушеннями чи можливими порушеннями правил підслідності ОДР і прокурорами, є масштабною та потребує вироблення критеріїв допустимості доказів*** **[23].**

Фактологічно – проблема порушення підслідності дійсно є масштабною і належить до найгостріших у кримінальному судочинстві, тому полишеною чи законсервованою у наявному стані залишатися не може, адже наслідки – катастрофічні. Суди постановляють діаметрально протилежні рішення за подібних фактичних обставин, обираючи позицію ВС, яку вважають за потрібне. Така ситуація не відповідає конституційним засадам рівності осіб перед законом, правовій передбачуваності як елементу верховенства права, позначається на довірі до суду, у спекуляціях про корупційну складову тощо. Так, наприклад, Вищий антикорупційний суд України (далі – ВАКС) 26.12.2022 р. у вироку проігнорував позицією ОП ККС і вийшов із позиції ВП ВС у справі № 756/10060/17 від 31.08.2022 р., вказавши, що (п. 4.2.20 вироку) «порушення правил підслідності не може мати наслідком визнання доказів не допустимими. Оскільки такі висновки можуть ґрунтуватись виключно на підставі встановлення істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК України). Однак, одне тільки прийняття уповноваженим суб'єктом у порядку, встановленому КПК України, рішення про визначення підслідності з недотриманням вимог ст. 216 КПК України істотно не порушує прав і свобод обвинувачених» [24]. Так само 21.11.2022 р. Третя судова палата ККС фактично застосувала позицію ВП ВС у справі від 31.08.2022 р. при вирішенні питання про недотримання строку передачі матеріалів до ОДР, обґрунтувавши, що перевірила «вплив цих порушень на ті чи інші конвенційні або конституційні права людини , зокрема встановила, наскільки процедурні недоліки «зруйнували» або звузили ці права або ж обмежили особу в можливостях їх ефективного використання» [25]. Таким чином, як бачимо, згадана позиція ВП від 31.08.2022 р. активно почала застосовуватися судами, минуючи позицію щодо належної правової процедури та підслідності ОП ККС і відбувається це поза спеціальною процедурою відступу

(434-1 – 434-2 КПК) від останньої. Такий стан справ є великою проблемою, адже підозрювані, обвинувачені, потрапляючи в орбіту кримінального судочинства не знають, чи процедура, яка прописана в законі, буде саме так, як це прописано в законі, застосована до них.

3.2. Оригінальні (поширювальні та звужувальні) позиції ВС.

Задля нерозривності логічного зв'язку з попереднім аналізом розпочнемо із позиції ВП ВС від 31.08.2022 р., яка по суті є відступом від вищезгаданої позиції колегії суддів Третьої судової палати ККС від 07.08.2019 р. у справі № 555/456/18: якщо рішення, на підставі якого проводилось експертне дослідження, прийняте слідчим, що не входить до групи слідчих, яким доручено розслідування, то висновок експерта є недопустимим доказом [7]. ВП ВС визнала допустим висновок експерта, проведення експертизи якому доручив слідчий, який не входив до складу слідчої групи. ВП ВС обґрунтувала:

- «У випадку **призначення експертизи слідчим, який не входить до складу визначеної у кримінальному провадженні слідчої групи,** суд, вирішуючи питання про допустимість даних висновку експерта як доказів, повинен у межах доводів сторін перевірити, чи призвів спосіб призначення експертизи до порушення тих чи інших прав і свобод людини, передбачених Конвенцією та/або Конституцією України. У разі визнання доказів недопустимими суд має вмотивувати свої висновки про істотне порушення вимог кримінального процесуального закону, зазначивши, які саме й чиї права і свободи було порушено і в чому це виражалося.

Оцінюючи докази на предмет допустимості відповідно до критеріїв, встановлених кримінальним процесуальним законом, суд виходить з обставин конкретної справи і також повинен вмотивувати своє рішення».

Зазначена позиція переважно не було сприйнята юридичним середовищем і щодо неї активно висловлювались низка правників. Аналіз цієї позиції варто поділити на юридичні аспекти та аспекти фактологічні (закуліси).

З юридичної точки зору:

➢ ВП ввела новий компонент оцінки допустимості доказів – необхідність встановлення зв`язку порушення процесуальної форми збирання доказів з фундаментальними правами і свободами людини, гарантованими Конвенцією та/або Конституцією України. Водночас це потребує вирішення іншої нової проблеми – які критерії порушення прав мають бути достатніми для визнання «руйнування» цих прав? ВП цих критеріїв не визначила. Відтак ВП породила ситуацію правової невизначеності як компоненту засади верховенства права.

➢ Невизначення критеріїв істотного «руйнування» фундаментальних прав і свобод людини, гарантованих Конституцією та/або Конвенцією, має низку шкідливих наслідків. Найперший і найнебезпечніший – це створення підстави для неоднакового застосування кримінально-процесуального закону і замість формування єдності судової практики, її різнобій. Як почуватимуться підозрювані, обвинувачені – засуджені або виправдані за однакових фактичних обставин? Чи стимулюватиме це в суспільстві відчуття справедливості? Отож, ВП ВС сама створила передумову для порушення фундаментального конституційного і конвенційного права – засади рівності (ст.21 Конституції України), відповідно до якої однопорядкові учасники кримінального провадження (в даному випадку підозрювані, обвинувачені) можуть розраховувати на однакове застосування закону за подібних фактичних обставин.

➢ Ст.2 КПК України, визначаючи *завдання кримінального процесу, окрім іншого, – охорону прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована* ***належна правова процедура***.. Тому сам факт порушення особою, яка веде процес, положень чинного КПК при отриманні доказів становить порушення права людини. Окрім цього, прокурори, слідчі, дізнавачі є суб’єктами владних повноважень і на них поширюються положення ст. 6, ч. 2 ст. 19, ст. 68 Конституції України:

✓ *органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України* (ст. 6 Конституції України);

✓ *органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України* (ч. 2 ст. 19 Конституції України).

✓ кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей (ст. 68 Конституції України).

Відповідно – чи призвів спосіб призначення експертизи до порушення тих чи інших прав і свобод людини, передбачених Конвенцією та/або Конституцією України? – Очевидно, що так, призначення експертизи неуповноваженою особою щонайменше порушує ст. 6, ч. 2 ст.19, ст. 68 Конституції України.

Для аналізу цієї ситуації годиться аналогія доктрини кримінального права про злочини з формальним і матеріальним складом. У злочинах з матеріальним складом для наявності об'єктивної сторони закон вимагає встановлення лише

діяння (дії або бездіяльності). Наслідки цих злочинів хоча і можуть іноді наставати, але перебувають за межами складу злочину. Вони не включаються до об'єктивної сторони як обов'язкова ознака і на кваліфікацію вчиненого не впливають. Злочини з матеріальним складом передбачають як обов'язкові ознаки настання певних суспільно-небезпечних наслідків.

Звідси відповідно інтуїтивно (як версія) в логіці міркувань ВП ВС при формуванні позиції впізнається аналогія – якщо порушення процесуального закону не призвело до певного видимого негативного наслідку (особу не катували, не принижували під час отримання доказу), то воно є допустимим і його можна виправдати незначним «руйнівним» впливом на права людини. Проте це не зовсім так. Не варто забувати ідею і зародження перших конституцій як «обмеження влади короля/государя/гетьмана». Сучасні конституції захищають особу від свавілля з боку суб'єктів владних повноважень.

- Так само, відповідно до рішення ЄСПЛ від 21 квітня 2011 року в справі № 42310/04 «Нечипорук і Йонкало проти України» докази, отримані в кримінальному провадженні з порушенням встановленого порядку, призводять до його несправедливості в цілому, незалежно від доказової сили таких доказів і від того, чи мало їх використання вирішальне значення для засудження обвинуваченого судом [26]. Тож з оцінкою відповідності Конвенції зазначеної позиції ВП ВС також не все однозначно, і може йтися про порушення ст. 6 ЄКПЛ.
- ВП ВС фактично переклала обов'язок доказування факту порушення права обвинуваченого при недотриманні порядку проведення процесуальної дії чи прийнятті процесуального зі сторони обвинувачення на сторону захисту. Таким чином, позиція ВП ВС не сприятиме захисту прав людини, а навпаки спрощує роботу сторони обвинувачення. «Сама закладена в постанові ВП ВС ідея охорони і захисту прав та свобод людини повертається проти центральної фігури кримінального процесу – підозрюваної (обвинуваченої) особи» [27].
- Раніше ВП ВС у своїх постановах від 16.01.2019 (751/7557/15-к)[10] та 16.10.2019 (справа № 640/6847/15-к)[11], сформулювала висновки щодо застосування норм процесуального права в розрізі допустимості результатів НСРД без необхідності аргументації які саме конвенційні чи конституційні права і свободи підозрюваного, обвинуваченого або інших осіб були знівельовані, звужені чи обмежені та в чому це виразилося. Тож аналізована постанова ВП ВС справді є революцією підходу до оцінки доказів.

З фактологічної точки зору:

Найперше, причиною несприйняття аналізованої позиції ВП ВС юридичним середовищем є її вкрай скромне обґрунтування з огляду на її революційний характер, значення для судової практики і забезпечення її єдності,

і як на рівень суддів найвищої організаційно-правової форми роботи касаційних судів.

При чому у зазначеній ситуації потрібно було знайти баланс між трьома конкуруючими завданнями (блоками):

а) матеріальною справедливістю (у даній справі йшлося про особливо тяжкий злочин – тяжкі тілесні ушкодження, які спричинили смерть потерпілого; факт його вчинення достовірний, достовірність доказів ніхто не оспорює; у випадку визнання висновку судмедексперта недопустимим доказом злочинець фактично уникає покарання);

б) процесуальною справедливістю – засудження з додержанням приписів КПК;

в) превентивною роллю ВП ВС щодо запобігання на майбутнє зловживань прокурорами, слідчими, керівниками ОДР, щоб позиція ВП ВС не давала підстав для вальяжності і розслабленості стороні обвинувачення вільно на власний угляд ставитися до процесуальної форми.

Відтак, щоб бути сприйнятим правничим середовищем обґрунтування цієї позиції ВП ВС повинно було бути різно(все)бічним і глибоким. Не суспільство в особі правників має проникатися ситуацією, емпатією до потерпілого, чи зважати на суспільний інтерес забезпечення неуникненності кримінальної відповідальності осіб, які вчинили злочини, і самостійно шукати й наводити аргументи для пояснення й виправдання позиції ВП на сторінках наукової й публіцистичної юридичної літератури. Суспільство має з цими аргументами ознайомитися в рішенні найвищої установи касаційного суду.

По-друге, варто усвідомлювати *за куліси (бек-стейдж)* справи, яка розглядалася.

Визнання висновку судмедексперта недопустимим доказом мало б наслідком виправдання обвинуваченого і потерпілі (родичі загиблої особи) мали б підстави звертатись до ЄСПЛ на порушення Україною ст.2 ЄКПЛ (право на життя), відповідно до якої на державу покладається позитивний обов’язок ефективно розслідувати кожен випадок насильницького позбавлення життя людини та притягнути винних до відповідальності. Тож, ВП фактично рятувала систему прокуратури та ОДР України, завдяки яким Україна отримала б чергове рішення ЄСПЛ проти України і суми компенсації родичам загиблої особи з державного бюджету.

Іншим важливим моментом закулісся є причини призначення судової експертиз слідчим не з числа слідчих слідчої групи. Про справжні причини цього достеменно відомо лише в колі професійної спільноти прокурорів і слідчих. Юристи з поза системи органів кримінального переслідування можуть лише

висновувати здогади про ці причини. Такими можуть бути, наприклад, а) доручення прокурором проведення слідчої дії іншому слідчому, коли він не довіряє слідчому (чи слідчій групі) у провадженні якого (их) перебуває справа, або з певних інших власних мотивів з наступною вказівкою слідчому, який веде провадження, долучити висновок експерта (чи протокол певної слідчої дії) до матеріалів кримінального провадження. Якщо причиною був цей момент, то він виявляє втручання прокурора в незалежність слідчого, який веде провадження, або реагування прокурором на неефективність розслідування не в порядку визначеної п. 8 ч. 2 ст. 36 КПК процедури. У всякому разі, ця причина виявляє проблеми професійної етики прокурорів. б) Або причиною могло бути фактичне залучення до розслідування кримінального провадження чималої кількості слідчих ОДР його керівником, проте постанова про визначення групи слідчих складалась на момент закінчення досудового розслідування (заднім числом), коли у постанові допущено неуважність (викриваючу це зловживання) до зазначення всіх фактичних слідчих, які проводили в провадженні ті чи інші процесуальні дії. Проте такий підхід суперечить ідеї і приписам КПК визначати уповноважених на розслідування слідчих на початку провадження у справі, і є грубим організаційно-управлінським порушенням керівників ОДР. в) Самостійно «в чужому провадженні» інший слідчий проводити певну слідчу дію, вочевидь, не вбачатиме резону, адже матеріали такої не будуть приєднані до кримінального провадження уповноваженим слідчим або прокурором. Тож подібні порушення процесуального закону відбуваються не без покривання, сприяння або й за спонукання керівниками ОДР і/або прокурорами – процесуальними керівниками. Тому, якщо, на де-чий погляд, подібні порушення процесуальної форми виглядають незначними, дріб'язковими, то, зважаючи на їх поширеність в слідчій практиці, таку їх лояльну, поблажливу оцінку складно назвати коректною. Ці порушення виказують серйозні проблеми з організацією досудового розслідування слідчими та керівниками ОДР, з їх повагою до процесуального закону. Відтак, практика судів касаційної інстанції повинна їх присікти, замість виправдовувати, а отже на майбутнє заохочувати й законсервувати їх.

Як підсумок до аналізу зазначеної позиції ВП ВС можна висловити сподівання, що вона буде уточнена ВП і якомога в найближчий час.

Звужене тлумачення належного суб'єкта проведення слідчої дії сформульоване спершу у 2019 році у постанові ККС у справі № 466/896/17 [28], а згодом підтверджене у постанові ОП ККС у справі №663/820/15-к [29].

Так, друга палата ККС вказала:

- «Як убачається з матеріалів кримінального провадження, ухвалою слідчого судді місцевого суду дозвіл на проведення обшуку у квартирі чоловіка було надано слідчому СВ поліції. Тобто саме він згідно з умовами дозволу був уповноважений на проведення вказаної слідчої дії *(ця думка суду, надалі була спростована в низці інших постанов ККС, про які йшлося вище – примітка моя, О.К.)*. Незважаючи на це, обшук у житлі особи фактично був проведений оперативним підрозділом управління кіберполіції без участі слідчого.

За змістом ч. 1 ст. 236 КПК України виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи покладається особисто на слідчого чи прокурора і не може бути доручене в порядку п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК України відповідним оперативним підрозділам. З метою одержання допомоги щодо питань, які потребують спеціальних знань, слідчий, прокурор для участі в обшуку мають право запросити спеціалістів, однак це не звільняє слідчого, прокурора від обов'язку особисто проводити обшук. Якщо обшук проводять інші особи, окрім слідчого чи прокурора, то це слід вважати суттєвим порушенням умов обшуку, результати такого обшуку відповідно до вимог статей 86, 87 КПК України не можуть бути використані при прийнятті процесуальних рішень, і суд не може посилатися на них як на доказ при ухваленні обвинувального вироку».

ОП ККС вказала:

- «системне тлумачення процесуальних норм, передбачених п. 3 ч. 2 ст. 40, ст. 236 КПК України дає підстави для висновку про те, що виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи покладається на слідчого чи прокурора і не може бути доручене відповідним оперативним підрозділам».

Коментуючи зазначену позицію, найперше варто відзначити, що вона було схвально сприйнята адвокатським середовищем, та й загалом ніхто недоліків у ній не зауважив. Проте, чи справді з системного тлумачення п. 3 ч. 2 ст. 40, ст. 236 КПК випливає, що обшук може проводити лише слідчий або прокурор? Зовсім ні. Ані з системного, ані з буквального тлумачення цих статей КПК такий висновок не випливає. Понад те, законодавча конструкція **«слідчим чи прокурором»** є універсальною (наскрізною), тобто стосується абсолютно всіх слідчих дій (див. ч.3 ст. 223, ч.9 ст. 224, ч. ст. 229, ч.1 ст. 236, ч.1 ст. 237, ч. 1 ст. 238 тощо). Так само універсальними є норми п. 3 ч.2 ст. 40 КПК та ст. 41 КПК, які не встановлюють винятків про неможливість передоручення слідчим виконання тих чи інших слідчих дій, а в конструкціях статей, які регламентують виконання всіх слідчих дій 223-245 йдеться про їх виконання слідчим і прокурором. Тож, за аналогією тлумачення Другої палати та ОП ККС до подібних правовідносин в майбутньому ніщо не заважає скерувати практику в новітнє русло і визнавати недопустимим проведення практично будь-якої слідчої

дії оперативними співробітниками за дорученням слідчого, як таких, що виконані неналежним суб'єктом. Адже про можливість виконання будь-якої слідчої дії оперативними співробітниками буквально не згадується в жодній зі ст. ст. 223-241 КПК. – Відтак, ця позиція може відкрити скриньку Пандори, адже в кінцевому наслідку ця позиція ККС може відкоригувати положення законодавця та знівелювати інститут доручень проведення слідчих дій оперативним підрозділам, як й інститут оперативних підрозділів як суб'єктів кримінального процесу і перетворити їх на «мертвих суб'єктів і мертве право».

Отже, застосоване ККС тлумачення не відповідає дійсній букві закону – ч.1 ст.236 КПК (не є буквальним) і не є системним, оскільки не випливає із системи норм КПК. Отож, за відсутності коректного обґрунтування цієї позиції, вона сприймається непереконливо. Тому, цілком слушно на зазначену постанову ОП ККС ВС суддя Н. Антонюк виклала окрему думку. Водночас сама по собі *ідея виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук слідчим або прокурором без права передоручення оперативним підрозділам є правильною.* Оскільки обшук є істотним втручанням і обмеженням конституційних прав обшукуваного та інших осіб, а тому відповідальність за його хід і результати мають лежати виключно на особі (особах), які здійснюють розслідування у даному провадженні. Особливо, зважаючи на так звану негативну практику обшуків «маски-шоу», коли вони проводилися оперативниками без участі слідчих й іноді могли мати справжньою метою тиск на бізнес, а не намір забезпечити неуникненність притягнення до кримінальної відповідальності (на що неодноразово реагував законодавець у спосіб доповнення ст. 236 КПК), обмеження в повноваженні на проведення обшуку лише слідчих і прокурорів є адекватним обставинам правового життя в Україні на даний час. Тож ККС варто було згадати про такий вид тлумачення закону як динамічне й обґрунтувати ним свій по суті справедливий висновок. До того ж, можна було сформулювати позицію більш універсально – про належного суб'єкта виконання слідчих дій за ухвалою слідчого судді, пов'язаних з втручанням у житло чи інше володіння особи – огляду, обшуку, слідчого експерименту – з обґрунтуванням персональної відповідальності слідчого (прокурора) за дотримання конституційних прав особи, порядку і результатів їх проведення.

Таким чином, позиції ВС щодо належного суб'єкта проведення слідчої дії переважно є плавним розгортанням змісту і духу положень КПК 2012 р., з окремими строкатими, скромно обґрунтованими або підходами, які не сприяють єдності судової практики.

Список використаних джерел:

1. Павлишин А.А. Розділ 5. Докази і доказування у кримінальному провадженні // Кримінальний процес України : Академічний курс : у 3 т. Т.1: Загальна частина / за ред. В.Т. Нора,. Н.Р. Бобечка. – Львів : ЛНУ ім. Івана Франка, 2021. С. 418. С. 400-452.

2. Панова А.В. §6. Властивості доказів / Глава 6. Кримінальне процесуальне доказування і докази // Кримінальний процес :. Підручник / за заг. ред. О.В. Капліної, О.Г. Шило. – Харків : Право, 2018. С. 159-162.

3. Кримінально-процесуальне право України: Підручник/ За заг. ред. Ю.П. Аленіна. – Х.:ТОВ «Одісей», 2009. – Тема 6 – Лукашкіна Т.В., Стоянов М.М. – С. 249-252.

4. Постанова Другої судової палати ККС ВС від 14 травня 2020 р. у *справі № 668/2604/15-к*. URL: https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/89345781.

5. Постанова ККС ВС. URL: https://reyestr.court.gov.ua/ Review/100734860 .

6. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р. в ред. від 31.10.2019 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#n56

7. Постанова ККС ВС від 7 серпня 2019 року у справі № 555/456/1815. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/83617115

8. Постанова ВС від 29.01.2020 Справа N 473/3712/18 Провадження N 51-4540км19. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/C017309?ed=2020_01_29

9. Постанова ВС від 18.02.2020 Справа N 199/8582/18 Провадження N 51-6385км19. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/C017311?ed=2020_02_18

10. Постанова ОП ККС ВС від 04 жовтня 2021 року (справа № 724/86/20, URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/100214751) .

11. Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС від 7 грудня 2022 р. у справі № 385/619/16 провадження № 51-2496км21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/107834205 /

12. Постанова ОП ККС ВС від 22 лютого 2021 у праві № 754/7061/15. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/95139651 .

13. Постанова ККС у справі від 03.03.2021 № 522/11807/18. URL: https://protocol.ua/.../vidsutnist_postanovi_pro.../

14. Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС 14 травня 2019 р. у справі N 266/1510/17. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/ C008382?an=1&ed=2019_05_14

15. Постанова ККС ВС від 03.12.2019 у **с**праві 536/2683/15-к Провадження N 51-2015км19. URL: _https://ips.ligazakon.net/document/view/C017310?ed=2019_12_03

16. Постанова колегії суддів Третьої судової палати ККС ВС 7 жовтня 2020 р. N 725/1199/19. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/C015804?ed=2020_10_07

17. Постанова ККС від 17 лютого 2021 року, справа №263/10353/16-к: URL: https://zakon.cc/court/document/read/95042547_3b541708 /

18. Постанова від 14.04.2020 Справа N 761/34909/17 Провадження N 51-10064км18. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/C013261?ed=2020_04_14

19. Узагальнення практики суду касаційної інстанції з питань проведення та оцінювання результатів НСРД у кримінальному провадженні. Тренінговий центр прокурорів. 2021. 93 с. URL: https://ptcu.gp.gov.ua/wp-content/uploads/2021/11/uzagalnennya_praktyky_sudu_po_nsrd_z_qrkodamy_1.pdf

20. Постанова ОП ККС від 24.05.2021 у справі № 640/5023/19 (провадження № 51-2917кмо20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97286253

21. Постанова ВП ВС 31 серпня 2022. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106141457

22. Ухвала ВП ВС від 6 жовтня 2022 р. справі № 369/13131/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106940568

23. Окрема думка суддів ВП ВС у справі № 369/13131/18 (провадження № 51-4776км21) від 06.10.2022 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106940569

24. Вирок Вищого антикорупційного суду України від 26.12..2022 р. у справі № 991/6143/21, Провадження 1-кп/991/51/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/108069017?fbclid=IwAR0ndRffeR8mhqBBroMKeLDDAd-d0j3eVkAGXV9u65vBBDMxhbErHvr8ECY

25. Постанова Третьої судової палати ККС від 21.11.2022 р. у справі №991/492/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/107805010

26. Справа "Нечипорук і Йонкало проти України" (Заява N 42310/04). Рішення ЄСПЛ від 21.04.2011. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_683#Text

27. Микола Стоянов. Зміна концептуального підходу у визначенні сутності та критеріїв допустимості доказів (у світлі висновку ВП ВС від 31.08.2022 у справі № 756/10060/17. 22 вересня 2022 року. URL: https://justtalk.com.ua/post/zmina-kontseptualnogo-pidhodu-u-viznachenni-sutnosti-ta-kriteriiv-dopustimosti-dokaziv-u-svitli-visnovku-vp-vs-vid-31082022-u-spravi--

7561006017?fbclid=IwAR22T5oNFQ2ezauurB3LWll5GGybbkVdJIHYSj8MsbvR229Y9ieoDJms8Xk

28. Постанова ККС ВС від 29 січня 2019 р. у справі № 466/896/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79601140

29. Постанова ОП ККС від 6 грудня 2021 р. у справі №663/820/15-к (провадження №51-2075кмо20). URL: http://reestr.court.gov.ua/Review/101829915

УДК: 343.1

Борейко Г. Д.,

кандидат юридичних наук, заступник прокурора Львівської області, асистент кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРИЧИНИ ТА УМОВИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Проблема зловживанням правом є не новою для сучасної доктрини. Проте, у зв’язку із збільшенням проявів використання права на свою користь та маніпулювання правом ця тема набувала особливої актуальності. Підвищений інтерес до проблем, пов’язаних із зловживанням процесуальними правами у кримінальному провадженні, також виник у зв’язку із закріпленням недопустимості зловживання процесуальними правами, власне, як засади здійснення цивільного, адміністративного, господарського судочинства, закріпленої у відповідному процесуальному законодавстві.

Досягнення стабільності суспільних відносин і забезпечення їх подальшого розвитку неможливо без врахування особливостей такого явища як зловживання правом, яке постійно перебуває у полі зору науковців. Відповідні дослідження проводились як на рівні теорії права, так і цивільного, сімейного, трудового, адміністративного, господарського, конституційного, кримінального, кримінального процесуального та інших галузей права, однак єдиного підходу до розуміння правової природи цього явища ще не вироблено. У сфері кримінального провадження дискусія щодо поняття зловживання процесуальними правами має свої особливості, передусім через особливий характер кримінальних процесуальних правовідносин.

Так, в теорії права зловживання правом розглядають як поведінку, яка ґрунтується на бажанні суб’єкта правовідносин задовольнити свої потреби, бажання всупереч законним інтересам інших осіб (фізичних, юридичних осіб,

держави тощо). Особливість ситуації із зловживання правом полягає в тому, що особа використовує його ззовні, ніби законним способом задоволення своїх потреб, тобто обґрунтовує правомірність здійснення свого суб'єктивного права для досягнення та реалізації «нібито законних цілей». Однак, насправді, особа переслідує приховані цілі, які не відповідають змісту, призначенню права, суперечать принципам права і своїми діями, спрямованими на реалізацію цих цілей, завдає шкоду або створює реальну загрозу завдання шкоди [1; с. 191]. Таким чином, зловживання правом завжди буде порушенням права як соціальної цінності.

У кримінальному провадженні зловживання правом визначають як дію або бездіяльність в ході реалізації учасником кримінального провадження своїх процесуальних прав без мети досягнення правомірного результату, всупереч їх змісту та призначенню, спрямовані на перешкоджання виконання завдань кримінального провадження. У будь-якому разі, зловживання правом вважається негативним проявом поведінки особи, який можна зрозуміти лише використовуючи знання цілого ряду наук – філософії, соціології, психології, правознавства та інших.

Незважаючи на відсутність нормативно-правової регламентації недопустимості зловживання процесуальними правами, таке явище у кримінальному провадженні існує і про це свідчить судова практика, тому визначити його причини та умови виникнення допоможе зрозуміти його природу та відшукати ефективний механізм зменшення його проявів.

Так, під причинами зловживання правом можна розуміти обставини, які безпосередньо сприяють виникненню зловживанню правом, а умовами є обставини (певні супутні явища), які сприяють його виникненню опосередковано. Якщо причина – це порівняно активний чинник, який приводить до настання наслідку, то умова – пасивний чинник, що впливає на результат, породжений причиною, але не є причиною такого наслідку [2; с. 87].

На думку Т.Т. Полянського [3; с. 6] передумови зловживання правом можна поділити на дві групи: конкретно-історичні та правові. Перші зумовлюються соціальними умовами, котрі впливають на кількісні та якісні показники цього явища і є основою для детальнішої характеристики та аналізу інших передумов і причин виникнення зловживання правом; другі ж проявляються у недосконалому нормативному правовому регулюванні суспільних відносин, тобто тоді, коли основні принципи природного права, які визначають справжні межі свободи поведінки особи, занадто абстрактно чи неадекватно закріплюються у нормах позитивного права. Причиною зловживання правом він називає таку оцінку суб'єктом суспільно-правових

відносин співвідношення власних потреб (інтересів) з потребами (інтересами) інших суб'єктів, коли перші ставляться вище над усіма іншими.

Всі соціальні чинники, що загалом впливають на виникнення зловживання правом О.О. Мілетич запропоновано класифікувати:

- за сферою впливу: економічні, управлінські (адміністративні), політичні, процесуальні, юридично-правові тощо;
- за характером виникнення: суб'єктивні (спричинені індивідуально суб'єктивним фактором, як-то внутрішнє ставлення, ідейні переконання, правова культура суб'єкта, що вчиняє зловживання правом); об'єктивні (спричинені зовнішніми факторами, соціальний та майновий стан суб'єкта тощо);
- за рівнем виникнення: соціальні чинники індивідуального рівня (щодо окремої особи, людини, громадянина); соціальні чинники рівня певної соціальної групи (чиновницький апарат, посадові та службові особи та інші); соціальні чинники, які стосуються всього суспільства (прикладом таких соціальних чинників, що можуть викликати зловживання правом на рівні всього суспільства можуть слугувати: низький рівень майнового та соціального забезпечення населення у державах перехідного типу, класове розташування суспільства, економічна криза тощо);
- за способом дії: активні (особисті потреби особи та інше); пасивні (відсутність юридичної відповідальності, низький рівень нормативно-правового регулювання суспільних відносин, прогалини у праві, низький рівень правової культури);
- залежно від ступеня розвитку суспільства: динамічні (залежні від розвитку суспільства та суспільних відносин, наприклад, соціальні, майнові, особисті блага: із розвитком суспільства діапазон та види таких благ збільшуються); статичні (сталі, незмінні та незалежні від суспільного розвитку категорії, наприклад: низький рівень моральності особи, особливості її індивідуального та психічного розвитку) [4; с. 15].

В юридичній літературі [5; с. 19-20] висловлюється також думка, що однією із причин створення ситуацій із зловживання правом виступає відношення особи до права лише як до інструмента, придатного чи непридатного для досягнення цілей конкретною особою. Автори зазначають, що присутність у вітчизняному законодавстві однойменних категорій права (наприклад, зловживання процесуальними правами) пояснюється процесом трансформації (який відбувається постійно) правової категорії «зловживання правом» у нормативно-правову систему країни.

Як зазначає М.А. Погорецький [6; с. 33] недосконалість процесуальної форми, як показує практика, є однією з причин зловживань у кримінальному

процесі, а також однією з причин судово-слідчих помилок. З позиції Т.Т. Полянського [3; с. 6-7] безпосередньою причиною зловживання правом є дефектність правосвідомості суб'єкта правових відносин.

На нашу думку однією із основних причин зловживань правом у кримінальному провадженні є відношення особи до права лише як до інструменту за допомогою якого можливо чи неможливо досягнути цілей саме цієї конкретної особи. Тому існує чимало факторів, які впливають на існування такого явища як зловживання правом і в першу чергу, це низький рівень правової культури та правосвідомості.

Правосвідомість людини формується через особливості її виховання, освіту, здібності, соціальне середовище, особисті потреби та інтереси, умови життя та інше. Вказані фактори впливають на людину через її психічну діяльність та спровоковують соціальну нерівність та несправедливість, яку людина намагається усунути через задоволення своїх інтересів. Таке зневажливе ставлення до права, що виявляється у його використанні для досягнення лише свої інтересів, розглядається як зловживання правом.

Зловживаючи правом, людина перестає поважати право, яким зловживає, нехтує його цінністю як реальним інструментом захисту законних інтересів. Тобто, право розглядається не як соціальна цінність, а як засіб досягнення особою своїх цілей, ігноруючи його істинне призначення. При зловживанні правом особа бажає задовольнити свої інтереси всупереч законним інтересам інших осіб шляхом створення видимості використання належного їй права за призначенням. Визнання права полягає в тому, що людина розуміє його зміст і значення, дотримується його вимог. Лише коли людина визнає право правосвідомість перебуває на належному рівні.

Формування правової культури та правової свідомості не відбувається стихійно. Це має бути результатом активної діяльності суспільства загалом, так і окремої людини зокрема. На їх формування впливає ряд факторів, а саме: процес правотворчості; реалізація та застосування правових норм усіма державними органами; правове виховання людини в дусі поваги до закону та законності; процес формування механізму поваги до права в цілому. Тому проблема правової свідомості та правової культури в соціумі ще тривалий час буде актуальною.

Реалізуючи свої права, людина не може діяти наперекір інтересам інших або обмежувати їх права. Наявність права тягне за собою обов'язок. Слушно згадати відому фразу: «Моя свобода розмахувати руками закінчується там, де починається ніс мого сусіда», яка досить точно окреслює наявність у людини не лише прав, але й обов'язку дотримуватись прав інших людей.

Для запобігання виникнення зловживанню правом важливим є забезпечити баланс прав усіх учасників кримінального провадження. Натомість в КПК України зроблено акцент на забезпечення права на захист підозрюваного, обвинуваченого, виправданого, засудженого, яке полягає у наданні йому можливості надавати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення, право збирати і подавати докази, брати особисту участь у кримінальному провадженні, користуватись правовою допомогою захисника, а також реалізувати інші процесуальні права, передбачені кримінальним процесуальним законом (ст. 20 КПК України). Аналіз наведених положень дає можливість констатувати, що у кримінальному провадженні немає чіткого положення про те, чи має потерпілий право на захист. Видається, що відсутність прямої вказівки в ст. 20 КПК України, яка передбачає як загальну засаду кримінального провадження забезпечення права на захист, гарантії цього права також і потерпілому зумовлює конкуренцією прав та законних інтересів потерпілого і підозрюваного, обвинуваченого, виправданого, засудженого. При цьому, застосування будь-яких заходів у кримінальному провадженні або захищають інтереси потерпілого, обмежуючи при цьому права особи, яка притягається до кримінальної відповідальності, або забезпечують захист прав підозрюваного, обвинуваченого, виправданого, засудженого, і, відповідно, зменшують міру захисту прав і законних інтересів потерпілого. В контексті досліджуваного питання варто звернути увагу на певний дисбаланс захисту прав та законних інтересів потерпілого та особи, яка притягається до кримінальної відповідальності. Звідси висновок, що забезпечення належного балансу прав усіх учасників кримінального провадження сприятиме зменшенню проявам зловживання правом.

Варто відзначити, що ще однією причиною зловживань правом у кримінальному провадженні є недосконалість правових норм (колізії, прогалини в законодавстві, тощо) та недоліки правозастосовчої діяльності. Економічна нестабільність у державі, політичні кризи, порушення принципу поділу влади і системи «стримувань і противаг», вихід органів держави за межі своїх повноважень та втручання в компетенцію один одного, судові помилки, довільне тлумачення нормативно-правових актів сприяє виникненню колізій в законодавстві, в тому числі і в кримінальному процесуальному. Вказані фактори призводять до недосконалості законодавства, судових помилок, що, своєю чергою, спонукає учасників кримінального провадження за будь-яку ціну захистити свої права та законні інтереси навіть якщо право «не на твоїй стороні».

На зміни в суспільстві найбільш чутливо реагує кримінальне процесуальне законодавство, яке підпадає під зміни з метою забезпечення законності та

ефективності кримінально-процесуальної діяльності в різні історичні періоди. Через повномасштабне вторгнення російських військ на територію України, з 24 лютого 2022 року в нашій державі був введений воєнний стан. Чинне кримінальне процесуальне законодавство не могло ефективно регулювати окремі суспільні відносини у такий складний час. Тому впродовж дев'яти місяців війни змінено та доповнено КПК України новими положеннями, які змінюють порядок проведення та фіксації слідчих та процесуальних дій, розширюють повноваження дізнавача, слідчого, прокурора, керівника органу прокуратури. Однією із суттєвих змін є наділення керівника органу прокуратури широкими процесуальними повноваженнями щодо вирішення питань про проникнення до житла чи іншого володіння особи, обшуку, розгляду клопотання щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій, обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою на строк до 30 діб щодо осіб, які підозрюються у вчиненні окремої категорії злочинів, продовження на строк до одного місяця дію ухвали слідчого судді про тримання під вартою у випадку, якщо відсутня об'єктивна можливість виконання слідчим суддею своїх повноважень.

Очевидно, що у ситуації, яка склалася, такі зміни є виправданими та необхідними, проте, відсутність законодавчого тлумачення таких оцінних понять, до прикладу, як «об'єктивна можливість» дає керівнику органу прокуратури можливість зловживати наданим правом, і такі випадки вже зустрічаються в правозастосовчій діяльності прокурора. Для прикладу, відповідним органом, що здійснює дисциплінарне провадження стосовно прокурорів накладено дисциплінарне стягнення на керівника окружної прокуратури, який виніс постанову про проведення обшуку у кримінальному провадженні, на підставі якої проведено обшуки приміщень м. Львові, в ході яких вилучено 30 тис. доларів США, жорсткі диски, 58 мобільних телефонів та інше майно. З врахуванням обставин кримінального провадження відповідний орган, який розглядав скаргу на дії прокурора вважає, що керівник окружної прокуратури під час прийняття рішень про проведення обшуків допустив довільне тлумачення норми, передбаченої ч.1 ст. 615 КПК України та скористався можливістю прийняття таких рішень у період часу поза межами графіку роботи районного суду, який своєї роботи не припиняв.

Допущення вказаних випадків можливе через незакріплення жодних критеріїв, які б визначали конкретні ознаки поняття «відсутності об'єктивної можливості» слідчого судді виконувати повноваження. У вищенаведеному випадку керівник окружної прокуратури пояснив, що надходження інформації про можливе знищення речей та документів, які можуть бути використанні як докази протиправної діяльності в позаробочий час суду, він визначив як

відсутність об'єктивної можливості виконання слідчим суддею повноважень та прийняв відповідну постанову [7]. Як показує практика, такі випадки щодо проведення обшуків на підставі постанови керівника органу прокуратури є непоодинокими.

Враховуючи надзвичайні обставини та стан під час яких здійснено відповідні зміни до положень ст. 615 КПК України, видається, що їх внесення здійснювалось не з метою зміни порядку проведення обшуку на всій території України, а лише на території ведення активних бойових дій, відсутності можливості суддів доступу до приміщень судів, руйнування приміщення суду, відсутності будь-якої можливості проводити судові засідання та інші обставини, через які у суддів відсутні можливості здійснювати свої прямі обов'язки. Тому варто погодитись з думкою науковця Хміль М.М. [8; с. 74], який відмічає, що наявність у законодавстві великого масиву диспозитивних норм, що надають суб'єкту повну свободу вибору способів реалізації суб'єктивного права, від початку створює передумови для зловживань.

Виходячи з наведеного, причини виникнення зловживання правом можна поділити на суб'єктивні, ті, які залежать від носія прав – низький рівень правової культури та правосвідомості, невміння користуватись своїми правами та об'єктивні, ті, які не залежать від носія прав – недосконалість правових норм, відсутність ефективного балансу прав усіх учасників кримінального провадження, недоліки правозастосовчої діяльності та інші.

Важливо відзначити, що особливою причиною виникнення зловживання правом, в тому числі і у кримінальному провадженні, є, на нашу думку, низька правова культура. Адже важко повірити, що за вищенаведених обставин проведення обшуку на підставі постанови керівника органу прокуратури прокурор мав сумнів щодо можливості виконування слідчим суддею своїх повноважень.

Вивчення результатів правотворчої та правозастосовчої діяльності дало можливість серед причини зловживання правом у кримінальному провадженні виділити наступні:

- низький рівень правової культури та правової свідомості учасників кримінального провадження;
- відсутність балансу між правами та обов'язками учасників кримінального провадження;
- відсутність належного і ефективного балансу прав усіх учасників кримінального провадження;
- недосконалість правових норм (колізії, прогалини в законодавстві та інше);

- відсутність законодавчого тлумачення нововведених оцінних понять в КПК України;

- наявність широких меж розсуду посадових осіб, які ухвалюють рішення в межах свого розсуду;

- недоліки правозастосовчої діяльності.

Крім вищеперелічених причин виникнення зловживання правом, що безпосередньо впливають на його виникнення, існують супутні явища (умови), які впливають опосередковано. Умови – це ті пасивні чинники, що впливають на результат, породжений причиною, але не є причиною такого наслідку. Умови зловживання правом у кримінальному провадженні мають об'єктивний характер і відображають недоліки роботи конкретних правових інститутів та прогалини в кримінальному процесуальному законодавстві. До таких умов можна віднести: нестабільність судової практики, в тому числі її неоднаковість; недостатня чіткість правової регламентації тих чи інших суспільних відносин; матеріальне забезпечення учасників кримінального провадження; конфліктність їх інтересів тощо.

Як не парадоксально, але зловживання правом є невід'ємною стороною самого права, «паразитом», що його супроводжує, показником вдосконалення правової системи, розвитку суспільства та держави. Чим більш якісні закони, тим витонченіші зловживання [9; с. 57].

Звичайно, повністю викорінити зловживання правом у кримінальному провадженні не можливо, однак можна зменшити кількість їх проявів завдяки науковим та загальнотеоретичним дослідженням, які в майбутньому можуть бути впровадженні у правотворчість.

Видається, що ефективними способами протидії проявам зловживання правом у кримінальному проваджені може бути внесення змін в кримінальне процесуальне законодавство, які будуть спрямовані на побудову ефективного балансу прав усіх учасників кримінального процесу, регламентацію механізму їх реалізації, чітке визначення випадків і меж обмеження цих прав, а також обмеження широких меж розсуду посадових осіб, встановлення в законі критеріїв, які б враховували посадові особи, ухвалюючи рішення в межах визначеного законом розсуду.

Підсумовуючи, можемо зазначити, що перелічені причини та умови зловживання правом у кримінальному проведенні не є вичерпними. Вони змінюються в залежності від змін в суспільстві. Виявлення ж його причин та умов надасть змогу попередити та певною мірою запобігти його проявам.

Список використаних джерел

1. Рогач О.Я. Зловживання правом: теоретико-правове дослідження. Ужгород: Ліра, 2011. 368 с.

2. Бойко А.М. Детермінація економічної злочинності в Україні в умовах переходу до ринкової економіки (теоретико-кримінологічне дослідження). монографія. Львів: Видавничий центр ЛНУ ім. Івана Франка. 2008. 380 с.

3. Полянський Т.Т. Зловживання правом: загальнотеоретична характеристика: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, Львівський національний університет імені Івана Франка. 2011. 15 с.

4. Мілетич О.О. Зловживання правом: теоретико-прикладний аспект: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України. 2015. 18 с.

5. Калюжний Р.А., Андрущенко І.Г. Зловживання правом: сутність та шляхи протидії. *Бюлетень Міністерства юстиції України.* 2006. № 8 (58). С. 16-22.

6. Погорецький М.А. Новий КПК України: політичні, теоретичні та юридичні питання. *Право України.* 2009. № 2. С. 29-35.

7. Рішення відповідного органу, що здійснює дисциплінарне провадження відносно прокурорів № 129дп-22 «Про накладення дисциплінарного стягнення» від 31.08.2022. URL: https://kdkp.gov.ua/decision/2022/08/31/ 2808.

8. Хміль М.М. Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти): дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2005. 199 с.

9. Мілетич О.О. Нормативно-правове регулювання протидії зловживанню правом: загальнотеоретичний аналіз. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* 2012. Серія Право. Випуск 20. Частин II. Том 1. С. 55-57.

УДК: 343.14

Конюшин Ю. І.,
асистентка кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРО НАВІДНІ ЗАПИТАННЯ У МЕЖАХ ДОСУДОВОГО ДОПИТУ

На перший погляд щодо проявів допустимості (недопустимості) застосування навідних запитань у межах досудового допиту не мало б бути варіантів. Адже унаслідок особливостей моделі кримінального процесу України [1, с.110-111; 2, с.209-218; 3], передусім, специфіки дії засад змагальності та безпосередності дослідження показань, речей і документів стадії досудового розслідування притаманний лише прямий допит. Відтак, навідні запитання мали б бути поза законом. Але не все так однозначно.

Дослідники генези навідних запитань констатують, що у КПК України 1960 р. положення, що забороняло ставити навідні питання, згадувалося аж тричі: у ст. 143 («Допит обвинуваченого»), у ст. 167 («Допит свідка») та ст. 171 цього Кодексу («Виклик і допит потерпілого»). Що ж до чинного КПК України 2012 р., то, як вже неодноразово було зазначено, лише в статті, яка регламентує процедуру допиту свідка в суді, сказано, що під час прямого допиту заборонено ставити навідні запитання (ч.6 ст. 352) та що лише після прямого допиту протилежній стороні надається можливість перехресного допиту свідка, у ході якого такі запитання допустимі (ч.7 ст. 352 КПК 2012 р.) [4, с. 337].

Відтак, у статтях чинного КПК України, які присвячені регламентації допиту на стадії досудового розслідування, немає безпосередньої заборони застосування навідних запитань, що дозволяє стверджувати – на цьому етапі кримінального провадження постановка навідних запитань є можливою, а точніше – не забороненою[5, с. 166]. І це – логічно, теоретично і практично обумовлено.

По – перше, чимало науковців, аналізуючи питання допустимості постановки навідних запитань і участі захисника під час проведення допиту підозрюваного звертають увагу на те, що практика застосування цих запитань є поширеною. На підтвердження цього, за результатами проведеного нами опитування 72,5% із загальної кількості опитуваних слідчих зазначили неодноразові випадки постановки захисником навідних запитань підозрюваному під час його допиту на стадії досудового розслідування. Своєю чергою, 80% адвокатів – захисників також зазначили, що виникали ситуації, за яких їм

необхідно було ставити навідні запитання і свідкам, і потерпілим під час проведення їх допитів на стадії досудового розслідування.

Такий результат можна пояснити, принаймні, тим, що в «… спеціальній літературі постійно дискутують стосовно положення про те, чи допустимі запитання навідного характеру. Зокрема, у сенсі завдань встановлення психологічного контакту під час допиту, або ж коли вони не пов'язані з обставинами того, що розслідується. Погодьмось, за цих ситуацій навіювальна їх дія аж ніяк не зачіпає «тіла» кримінального провадження. Наприклад, для підтримування психологічного контакту можна уточнити у допитуваного: «Ви ж цікавитесь футболом, політикою, чи не так»? У чому тут прояв недопустимого навіювального впливу?»[6, с.186-190; 7, с. 300; 8, с. 30-40]. Вочевидь, тут немає недопустимого навіювального впливу.

Що ж до виправданості постановки захисниками навідних запитань свідкам обвинувачення під час їх досудового допиту, в тім числі одночасного допиту з участю їх підзахисного, то як констатують дослідники, це випливає з права підозрюваного (а відтак, згідно ч.4 ст. 46 КПК) під час процесуальних дій ставити запитання (п.10 ч.3 ст. 42 КПК)[9].

По – друге, у цьому ж сенсі актуальним є питання про межі й допустимість повідомлення слідчим тієї чи іншої інформації допитуваним особам і, передусім, про те, чи має він право під час допиту зачитувати витяги з показань інших осіб?

Чинний КПК щодо цієї можливості не містить заборони. Лише абзац 3 ч.9 ст. 224 цього Кодексу зазначає, що «Оголошення показань наданих учасниками допиту (розумій, одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб для з’ясування причин розбіжностей у їхніх показаннях – Ю.К.) на попередніх допитах, дозволяється лише після давання ними показань». Але навіть ця норма, за суттю, не заперечує положення, що «під час допиту свідку можуть пред'являтися різні документи, зачитуватися витяги з показань інших осіб, відтворюватися відеозапис і звукозапис»[10, с. 485].

Звичайно, оголошення допитуваній особі протоколів її попередніх допитів під час будь – якого різновиду повторного її допиту, в тім числі одночасного допиту є правомірним у більшому за ситуації, коли вона змінила свої початкові показання. Тому, вважаємо, що слідчий має право на таке, адже без цього не можна визначити, яке з двох показань допитуваний вважає за правильні.

У чому ж сенс вищенаведеної тези для предмета нашого дослідження? Передусім в тім, що повідомлення слідчим тієї чи іншої інформації допитуваним особам у формі зачитування витягів з їх попередніх показань, як і показань інших осіб за суттю – навідні запитання [11, с. 14]. Враховуючи, що цей тактичний прийом допиту за ситуації «актуалізації забутого» є чи не найпоширенішим у

вітчизняній слідчій практиці [12, с. 111-118; 13, с. 113-118; 14, с. 178-182; 15, с. 295], то навідні запитання – неуникні, як би того їх опоненти не заперечували [16, с.136-138].

Третій аспект, що підтверджує допустимість застосування навідних запитань у межах досудового допиту, обумовлений міжнародно-правовими стандартами закріпленими, зокрема: п. d ч. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод: «Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права: …d) допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення»; п. е) ч. 3 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права: «Кожен має право у розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення як мінімум на такі гарантії на основі цілковитої рівності:...е) допитувати свідків, які дають проти нього показання, або мати право на те, щоб цих свідків було допитано, і мати право на виклик і допит його свідків на тих самих умовах, які існують для свідків, що дають показання проти нього»[17; 18].

За аналізом О.В. Капліної, правозастосовна практика стикається із складними випадками, коли свідка неможна доставити до суду та допитати, в тому числі й шляхом перехресного допиту. Відтак, Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ), по-іншому підходить до тлумачення положень п. d ч. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. На підтвердження цього вона прокоментувала відповідні рішення ЄСПЛ, зокрема у справах: «Луценко проти України», «Биков проти Росії», «Ісгро проти Італії», «Ферантеллі і Сантаджело проти Італії», «Майалі проти Франції», «Халки проти Туреччини», «Володимир Романов проти Росії»[19, с. 98-101].

Так чи інакше, за наслідками цього аналізу виправдано констатувати, що ЄСПЛ не вбачав порушення органами досудового розслідування вищезгаданих держав положень п. d ч. 3 ст. 6 Конвенції за ситуацій, коли: заявнику (розумій підозрюваному – Ю.К.) під час проведення на досудовій стадії прямого допиту потерпілих, свідків обвинувачення, експертів, в тім числі під час «очної ставки» з ними, була надана можливість ставити їм запитання, власне, за правилами перехресного допиту, себто навідних запитань (ЄСПЛ «… не дозволяє судам засновувати вирок на показаннях свідка обвинувачення, якого обвинувачений не мав можливості допитати за правилами перехресного допиту *на будь-якій стадії процесу*»[20, с. 95] (в тім числі на стадії досудового розслідування; курсив наш – Ю.К.). Головне, аби були враховані такі положення: чи була особа, яку через її відсутність в суді не вдалося допитати, ключовою і яка роль її показань для справи; причини, з яких неможливо було допитати свідка обвинувачення; чи

буде законним і обґрунтованим вирок без цього доказу; наскільки цей доказ достовірний і узгоджується з іншими; чи була у заявника (підозрюваного, обвинуваченого) можливість оспорити допустимість цього доказу і чи досліджував суд питання допустимості; які були умови дослідження доказу в суді і наскільки обмежені були можливості захисту під час дослідження; чи мали сторони рівні процесуальні можливості.

Список використаних джерел:

1. Толочко О.М. Типологічна характеристика кримінального процесу України //Вісник Національної академії прокуратури України, 2019, 1(58), С. 101–111.
2. Марочкін О.І. До питання про становлення системи кримінального процесуального законодавства України / Право і суспільство, № 6/2020. С. 209-218.
3. Концептуальні основи побудови сучасного кримінального процесу України / Н.В. Глинська, Л.М. Лобойко, О.І. Марочкін та ін.: монографія: за заг. ред. О.Г. Шило. Х., 2016. 264 с.
4. Навроцька В.В. Нормативна заборона постановки навідних запитань у ході прямого допиту // Теоретико-прикладні проблеми правового регулювання в Україні: збірник тез регіональної науково-практичної конференції (15 грудня 2017 року) / упорядник В. К. Грищук. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2017. С. 337-339. URL: https://www.lvduvs.edu.ua/documents_ pdf/biblioteka/nauk_ konf/15_12_ 2017.pdf.
5. Шингарьов Д.О. Правове регулювання постановки навідних запитань під час проведення допиту на стадії досудового розслідування // Вісник кримінального судочинства. 2016. № 1. С. 163–169. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/handle/ 123456789/12101.
6. Когутич І.І. Проблемні аспекти навідних запитань у кримінальному провадженні /Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали XXVI звітної науково-практичної конференції (6–7 лютого 2020 р.): у 2-ох ч. Ч. 2. Львів: Юридичний факультет ЛНУ ім. Івана Франка, 2020. С. 186-190.
7. Когутич І.І. Навідні запитання у кримінальному провадженні: окремі аспекти концепту /Часопис Київського університету права. 2019. №4. С.296-302.
8. Когутич І.І., Максимишин Н.М. Судовий допит: процесуальне і криміналістичне дослідження. Монографія. Львів: Видавництво ТзОВ «Колір ПРО», 2019. 240 с.
9. Актуальні проблеми тактичного забезпечення досудового розслідування. Лекція. Дніпро, 2017. URL: https://www.google.com.ua/ url?esrc&sa=U&url=https://dduvs.in.ua/wp-content/uploads/files/Structure/library/

student/2019/kksmp/2.doc&ved=2ahUKEwjumaCasLT2AhXjAxAIHRkrBek4ChAWegQIARAC&usg=AOvVaw1mhBSGBH5OkwEDzOqrZ1.

10. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко Х.: Одіссей, 2013. 1104 с. URL: http://kizman-tehn.com.ua/wp-content/uploads/2017/09/KPK-komentar.pdf.

11. Определение Военной коллегии Верховного Суда СССР от 27.07.1970 г. / Бюллетень Верховного Суда СССР. 1971. №2. С. 14.

12. Проданець Н. М. Система тактичних прийомів виявлення та подолання неправдивих показань неповнолітніх осіб / Публічне право. № 2 (42), 2021. С. 111-118.

13. Колесник І. А. Тактика нейтралізації добросовісних помилок у показаннях свідків 2010. Вип. 10. С. 113-118.

14. Гірук В.В. Зміст та особливості застосування прийомів актуалізації пам'яті малолітніх від насильницьких злочинів /Право і суспільство. 2017, № 4/2. С. 178-182.

15. Антонюк І.А. Особливості допиту в кримінальних провадженнях щодо шахрайства у сфері надання послуг із посередництва у працевлаштуванні. Науково-практичний господарсько-правовий журнал Підприємництво, господарство і право. 2020.№ 9 (295). С. 219–223.

16. Проблемы судебной этики / Зайцев Е.А., Киселев Я.С., Кореневский Ю.В., Строгович М.С.; Под ред.: Строговича М.С. М.: Наука, 1974. 272 с. URL:http://sun.tsu.ru/limit/2016/000114946/000114946.pdf.

17. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Європейська конвенція з прав людини) /підписана: 04.11.1950; ратифікована Україною: 17.07.1997; набрала чинності для України: 11.09.1997. URL: https://zakon.rada. gov.ua/ laws/show/995_004#Text.

18. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. Прийнятий: 16.12.1966; ратифікований Україною:19.10.1973; Набрав чинності для України: 23.03.1976. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ 995_043 #Text.

19. Капліна О.В. Імплементація міжнародно-правових стандартів у кримінальному провадженні України / Вісник Національної академії правових наук України № 3 (86) 2016. С.98-101. URL: https://scholar.google.com.ua/scholar?q=%D0%86%D0%9C%D0%9F%0&as_vis=1&oi=scholart.

20. Посібник зі статті 6 Конвенції – Право на справедливий суд (кримінально-процесуальний аспект): проєкт РЄ «Подальша підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні. 2020. С. 95. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_UKR.pdf.

УДК: 343.14

Піх Ю. Т.,
асистент кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка

РЕАЛІЗАЦІЯ ЗАСАДИ ВСТАНОВЛЕННЯ ОБ'ЄКТИВНОЇ (МАТЕРІАЛЬНОЇ) ІСТИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ В ПРАКТИЦІ КАСАЦІЙНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ ВЕРХОВНОГО СУДУ

На наше глибоке переконання, комплексне дослідження питань, пов'язаних з реалізацією концептів істини у кримінальному провадженні, є неможливим без належного опрацювання, аналізу та узагальнення релевантної судової практики у межах окресленої проблематики. Відтак, для цього нами було розглянуто судові рішення, ухвалені Касаційним кримінальним судом Верховного Суду як судом касаційної інстанції, у яких безпосередньо вживається термінопоняття «істина» (та похідні від нього), прямо чи опосередковано вказуються окремі гарантії її встановлення у кримінальному провадженні або ж іншим чином розкривається розуміння судами сутності цього поняття, зокрема і його концептів.

Перш за все, Верховний Суд як найвища інстанція серед національних судів, хоч і виступає переважно судом права, а не факту, проте неодноразово вдається до звернення у своїх постановах, якими вирішує справу за наслідками розгляду касаційної скарги по суті, до питань істини та її встановлення у кримінальному провадженні.

До слова, свого часу ще Верховний Суд України звертав увагу на те, що відмова суду заслухати свідка межувала з несправедливістю, оскільки провадження у суді апеляційної інстанції проводилося через дванадцять років з моменту вчинення злочину, який було інкриміновано обвинуваченому, а відтак кожний доказ (докази) мав бути чи не найголовнішим для *встановлення істини (виділено мною – Ю. П.)* у справі. Як зазначив суд, у даному разі громадський інтерес у засудженні обвинуваченого не міг виправдати використання апеляційним судом у процесі провадження неперевірених ним доказів. Отже, урахування апеляційним судом показань безпосередньо не заслуханих свідків, показання яких мали значення для вирішення питання про винуватість чи невинуватість засудженого, призвело до того, що весь розгляд справи щодо нього набув несправедливого характеру (постанова Верховного Суду України від 21 січня 2016 року у справі № 5-249кс15) [1]. Як бачимо, в аналізованому

рішенні суд, по-перше, визнав встановлення істини обов'язковим результатом доказування у справі, і, по-друге, безпосередньо пов'язав її невстановлення із несправедливістю.

Неодноразово й Касаційний кримінальний суд Верховного Суду прямо чи опосередковано наголошував на необхідності встановлення істини у кримінальному провадженні, з огляду на що вважаємо за необхідне узагальнити такі випадки шляхом виокремлення нижчевказаних підходів.

По-перше, найвища судова інстанція (що в подальшому яскраво простежується у практиці нижчих судів, які активно використовують сформовані Верховним Судом висновки) згадує у своїх рішеннях про встановлення істини крізь призму обставин, які пом'якшують покарання. Зокрема, однією з таких суд визнав правдиві послідовні показання обвинуваченого, надані в судовому засіданні, які сприяли встановленню істини у справі.

Так, під активним сприянням розкриттю злочину Верховний Суд пропонує розуміти «дії винної особи, спрямовані на те, щоб надати допомогу органам досудового розслідування і суду у *встановленні істини (виділено мною – Ю. П.)* у справі, у проведенні швидкого, повного і неупередженого розслідування вчиненого злочину і судового розгляду» (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 3 березня 2020 року у справі № 759/9910/18 [9], постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 21 липня 2020 року у справі № 545/1937/18 [10]).

Своєю чергою, сприяння правдивими і послідовними показаннями *встановленню істини (виділено мною – Ю. П.)* у справі, що з урахуванням позитивних відомостей щодо особи обвинуваченого, що стало підставою для призначення обвинуваченому покарання на менший строк, відповідно до висновків Верховного Суду, відповідатиме меті призначення покарання та особі обвинуваченого (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 15 серпня 2019 року у справі № 320/4398/17) [7].

І навпаки, на відсутність активного сприяння розкриттю злочину в якості обставини, що пом'якшує покарання, як випливає з аналізу практики Верховного Суду, вказує перешкоджання підозрюваним (обвинуваченим) встановленню істини. Серед іншого, в одній зі справ суд вказав, що поведінка засудженого під час розгляду кримінального провадження: образи, погрози на адресу суддів, присяжних та учасників судового провадження, неодноразове заявлення клопотань про ознайомлення з одними і тими ж матеріалами кримінального провадження, з якими в багатьох випадках він відмовлявся ознайомлюватися з надуманих підстав вже після доставки до приміщення суду в присутності працівників, захисника та перекладача, заявлення відводів складу суду з підстав,

за яких йому уже було відмовлено, тощо – свідчила про його «небажання сприяти *встановленню об'єктивної істини (виділено мною – Ю. П.)* у справі та намір максимально затягнути строки її розгляду» (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 26 червня 2019 року у справі № 487/4710/13-к) [26].

Понад те, в іншій справі Верховний Суд оцінив як обґрунтований висновок суду першої інстанції про те, що показання засудженого стосовно його непричетності до інкримінованих злочинів були непереконливими і нелогічними, та правильно розцінив таку позицію, як намагання завадити *встановленню істини (виділено мною – Ю. П.)* у справі та уникнути покарання за умисні злочини (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 19 лютого 2020 року у справі № 464/2954/17) [8].

Водночас, Верховний Суд погодився і з оцінкою суду першої інстанції стосовно того, що твердження обвинуваченого про вчинення відносно нього психологічного тиску з боку працівників поліції, які не знайшли свого підтвердження, у поєднанні з тим, що на запитання прокурора, чи обмовляв обвинувачений себе на слідчому експерименті або чи говорив неправду, він вмотивованої та чіткої відповіді не надав, – а тому суд розцінив вказаний факт лише як намагання уникнути *встановлення істини (виділено мною – Ю. П.)* в судовому засіданні (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 4 лютого 2021 року у справі № 570/957/19) [22].

При цьому, розглядаючи касаційну скаргу в одному із проваджень, Верховний Суд вказав, що судами першої та апеляційної інстанції належним чином не оцінено і не враховано того, що засуджений вчинив злочин вперше, повністю визнав свою вину, у зв'язку з чим кримінальне провадження було розглянуто в порядку ч. 3 ст. 349 КПК, надавав послідовні показання в суді першої інстанції, які сприяли *встановленню істини (виділено мною – Ю. П.)* у справі (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 20 квітня 2021 року у справі № 937/9803/19) [3].

По-друге, як випливає з наведеного, суд касаційної інстанції у своїх рішеннях не заперечує необхідності встановлення істини у кримінальному провадженні, в тому числі, й за результатами скороченого судового розгляду в порядку ч. 3 ст. 349 КПК.

З приводу останнього, фундаментальною, на наш погляд, є правова позиція Верховного Суду, висловлена у постанові Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 22 березня 2018 року у справі № 521/11693/16-к. У ній суд протлумачив положення ч. 3 ст. 349 КПК України, відповідно до якої суд має право, якщо проти цього не заперечують учасники судового провадження,

визнати недоцільним дослідження доказів щодо тих обставин, які ніким не оспорюються, таким чином, що ця дана норма не звільняє суд від обов'язку встановити обставини, які підлягають доказуванню в кримінальному провадження та визначені ст. 91 КПК України. Тобто законодавець зобов'язує суд встановити усі обставини, що мають значення для кримінального провадження, а ст. 349 КПК України лише визначає обсяг та порядок дослідження доказів на підтвердження цих обставин [32].

Іншими словами, можемо підсумувати, що диференціація кримінальної процесуальної форми у бік її спрощення, як це випливає із позиції Верховного Суду, жодним чином не конституює відмови від всебічного, повного й неупередженого встановлення всіх обставин кримінального провадження як засобу досягнення об'єктивної (матеріальної) істини. Відтак, у таких випадках недослідження судом доказів під час судового розгляду не є тотожним невстановленню ним фактів та обставин, що мають значення для правильного вирішення кримінального провадження та які, своєю чергою, повинні знайти відображення у відповідному судовому рішенні.

По-третє, Касаційний кримінальний суд Верховного Суду посилається на мету встановлення істини як елемент фактичної підстави для проведення слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні.

Так, Верховний Суд неодноразово звертається до встановлення істини у кримінальному провадженні як критерію оцінки правомірності відмови у задоволенні клопотання сторони захисту про виклик та допит свідків. Зокрема, оцінюючи обґрунтованість вищезгаданих клопотань, суд касаційної інстанції використовує трьохелементний тест, сформульований ЄСПЛ у справі Murtazaliyeva v. Russia [33]. Одним із питань, що підлягають встановленню за цим тестом, є те, чи було клопотання допитати свідка досить обґрунтовано і чи відноситься воно до суті обвинувачення, що вирішується шляхом посилання на належність показань цієї особи для *«встановлення істини» (виділено мною – Ю. П.)* у справі (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 21 жовтня 2020 року у справі № 180/2194/18) [6].

До певної міри схожий підхід Касаційний кримінальний суд Верховного Суду використовує і при встановленні наявності чи відсутності фактичних підстав для проведення інших слідчих (розшукових) дій. Наприклад, при оцінці факту непроведення експертизи в одному із кримінальних проваджень Верховний Суд погодився із висновком апеляційного суду про те, що призначення цитологічної експертизи для з'ясування питання про наявність під нігтьовими пластинами засудженого слідів крові чи біологічних слідів потерпілої у цій справі призведе лише до тяганини і не слугуватиме

встановленню істини (виділено мною – Ю. П.) у цьому кримінальному провадженні, оскільки як на той момент, так і на час затримання засудженого, який згідно з показаннями свідка після повернення від потерпілої ретельно вимив руки, а тому ймовірність виявлення під ними слідів крові потерпілої була незначною (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 13 грудня 2018 року у справі № 415/4346/14-к) [17].

Своєю чергою, Верховний Суд звертався до питання встановлення істини у кримінальному провадженні також й при оцінці фактичних підстав для проведення допиту малолітніх осіб, сформулювавши правову позицію, згідно з якою перехресний допит у суді малолітньої дитини допустимий лише у виняткових випадках, коли вичерпано всі інші способи *встановлення істини (виділено мною – Ю. П.)* (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 4 березня 2020 року у справі № 332/2216/17 [19], постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 30 листопада 2021 року у справі № 601/473/20 [20]).

По-четверте, Касаційний кримінальний суд Верховного Суду часто посилається на мету встановлення істини у кримінальному провадженні при оцінці доказового значення результатів проведення слідчих (розшукових), в тому числі негласних слідчих (розшукових) дій.

Так, Верховний Суд у своїх постановах нерідко згадує про значимість тих чи інших доказів для встановлення істини у кримінальному провадженні. До прикладу, в одній зі справ колегія суддів Касаційного кримінального суду зауважила, що дані результатів негласних (слідчих) дій були важливими для *встановлення істини (виділено мною – Ю. П.)* у кримінальному провадженні, проте не були ключовими доказами у доведенні винуватості засудженого (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 27 квітня 2021 року у справі № 243/11487/19) [23].

Також Верховним Судом наголошувалося, що таке джерело доказів як показання повинно відображатися судом в тому обсязі, який необхідний для *встановлення істини (виділено мною – Ю. П.)* у кримінальному провадженні, що не покладає на суди обов’язку дослівного написання в судовому рішенні показань допитаних ними свідків (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 16 листопада 2021 року у справі № 489/6110/17) [16].

Крім того, при розгляді однієї зі справ Касаційний кримінальний суд констатував належність з’ясування причин зміни показань свідком, який пояснив, що спочатку взяв вину за скоєне на себе внаслідок тиску та погроз зі сторони родичів обвинуваченого, які намагалися не допустити притягнення останнього до відповідальності, а в подальшому змінив свої показання з метою

встановлення істини (виділено мною – Ю. П.) у справі (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 7 лютого 2019 року у справі № 527/2738/15-к) [18].

По-п'яте, суд касаційної інстанції звертається у своїй практиці до встановлення істини у кримінальному провадженні при оцінці рішень судів першої та апеляційної інстанцій крізь призму тлумачення змісту підстав для скасування таких рішень.

Так, Верховний Суд наголосив, що за приписами ч. 1 ст. 412 КПК істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону є такі порушення цього Кодексу, які перешкодили або могли перешкодити суду ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення, – повно та всебічно з'ясувати обставини кримінального провадження, *встановити істину (виділено мною – Ю. П.)*, забезпечити права і законні інтереси учасників провадження тощо (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 15 квітня 2021 року у справі № 331/549/19 [15], постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 26 травня 2020 року у справі № 313/1391/17 [21]).

З огляду на це, Касаційний кримінальний суд нерідко оцінював питання повного та всебічного з'ясування судами фактів та обставин, що мають значення для правильного вирішення кримінальних проваджень, а відтак встановлення у них істини.

До прикладу, в одному із кримінальних проваджень Верховний Суд встановив, що суд першої інстанції, дослідивши та проаналізувавши надані стороною обвинувачення докази, використав усі можливі правові механізми для *встановлення істини (виділено мною – Ю. П.)* у справі, а також дійшов висновку, що сторона обвинувачення не здобула і не довела належними, достатніми та допустимими доказами вчинення засудженим указаного кримінального правопорушення (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 15 червня 2022 року у справі № 734/1656/19) [25].

В інших своїх постановах Касаційний кримінальний суд підтвердив висновки судів першої та апеляційної інстанції про те, що посилання захисника на поверхневий та однобічний розгляд матеріалів кримінального провадження щодо засудженого спростовується ретельним аналізом та дослідженням кожного доказу, який, на думку суду, мав істотне значення для *встановлення істини (виділено мною – Ю. П.)* у справі (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 5 червня 2018 року у справі № 658/2924/16-к) [12], постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 9 квітня 2019 року у справі № 127/5345/16-к) [13].

Аналізуючи матеріали ще однієї справи, суд касаційної інстанції навіть наголосив на конкретних засобах (у його розумінні) встановлення істини у відповідному кримінальному провадженні, підсумувавши, що з метою *встановлення істини (виділено мною – Ю. П.)* місцевим судом були використані такі кримінально-процесуальні можливості, як призначення комісійної експертизи, проведення другого слідчого експерименту за участю засудженого за клопотанням сторони захисту, а також огляд речових доказів за їх місцезнаходженням поза межами адміністративної будівлі суду (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 7 вересня 2021 року у справі № 673/413/17) [29].

Окрім цього, Верховний Суд визнав обґрунтованим та погодився із висновком апеляційного суду про те, що місцевий суд підставно прийняв рішення про закінчення дослідження доказів та переходу до наступної стадії судового розгляду – судових дебатів, яке не потягло за собою неповноту судового розгляду і не завадило *встановленню істини (виділено мною – Ю. П.)* у цьому кримінальному провадженні, за умови використання місцевим судом усіх передбачених КПК можливостей для виклику свідка у судове засідання за клопотанням сторони захисту для подальшого його допиту і за неможливості встановлення місцезнаходження вказаного свідка (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 9 листопада 2021 року у справі № 408/5225/19-к) [24].

Своєю чергою, у ще одній з постанов колегія суддів Касаційного кримінального суду констатувала, що при перегляді справи апеляційний суд не використав усіх наданих йому процесуальних можливостей та повноважень для *встановлення істини (виділено мною – Ю. П.)* у справі, а тому прийняте ним рішення про закриття кримінального провадження є передчасним. Допущені апеляційним судом порушення, згадані вище, Верховний Суд визнав істотними, тобто такими, які перешкодили цьому суду ухвалити законне та обґрунтоване судове рішення, що відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК є підставою для його скасування і призначення нового розгляду в суді апеляційної інстанції (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 січня 2019 року у справі № 752/21794/14-к) [14].

По-шосте, окрім безпосереднього звернення до термінопоняття «істина» у зазначених вище аспектах, Верховний Суд доволі нерідко вживає у своїх рішеннях й похідні від нього терміни, перш за все – «істинність» та «істинний». Останні найчастіше використовуються касаційним судом в контексті оцінки процесуальних позицій та показань учасників кримінального провадження.

Наприклад, за результатами касаційного розгляду Верховний Суд звернув увагу на те, що суд першої інстанції переконався у добровільності та *істинності (виділено мною – Ю. П.)* позиції засудженого, який також підтвердив у судових дебатах, що визнає свою вину у викраденні чужого майна з службового приміщення, а також, серед іншого, врахував надання допомоги суду у встановленні істини по справі, у зв'язку з чим дійшов обґрунтованого висновку про можливість призначення засудженому покарання в межах мінімальної санкції частини статті, за якою його визнано винним (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 24 травня 2018 року у справі № 643/5205/16-к) [4].

З матеріалів іншого кримінального провадження також убачається, що необхідною умовою здійснення судового розгляду в порядку, передбаченому ч. 3 ст. 349 КПК України є те, що обвинуваченому повинні бути роз'яснені наслідки розгляду провадження в скороченому порядку, а саме те, що він буде позбавлений права оспорювати ці фактичні обставини провадження в судах апеляційної та касаційної інстанцій. Відтак, суд повинен переконатися в добровільності та *істинності (виділено мною – Ю. П.)* позиції особи (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 1 березня 2018 року у справі № 756/11199/13-к) [5].

Своєю чергою, у ще одній своїй правовій позиції Касаційний кримінальний суд наголосив, що не вважається самообмовою та не є підставою для перегляду кримінального провадження за нововиявленими обставинами (ст. 459 КПК) повне визнання своєї вини у вчиненні кримінального правопорушення, неоспорювання обставин його вчинення засудженим, у добровільності та *істинності (виділено мною – Ю. П.)* позиції якого переконався місцевий суд (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 28 квітня 2021 року у справі № 203/1981/19) [31].

Нарешті, Верховний Суд визнав обґрунтованим та погодився із висновком місцевого суду, який визнав показання потерпілої та свідків, що були приведені до присяги, *істинними (виділено мною – Ю. П.)*, отриманими відповідно до вимог КПК України й такими, що узгоджуються між собою і дослідженими в судовому засіданні письмовими доказами, відповідають фактичним обставинам справи, а також не встановив у потерпілої та свідків, які попереджені про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиві показання, підстав обмовляти обвинувачену (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 6 липня 2022 року у справі № 464/5140/18) [30].

Наведене вище дозволяє стверджувати, що ведучи мову про істинність позиції обвинуваченого (зокрема, при визнанні ним своєї винуватості у вчиненні

інкримінованого кримінального правопорушення, при наданні ним згоди на здійснення скороченого судового розгляду, або ж при укладенні угод у кримінальному провадженні), Верховний Суд відмежовує її зміст від констатації добровільності такої позиції. Натомість коли у постановах касаційного суду йдеться про істинність показань, остання аналогічно не ототожнюється з їх взаємоузгодженістю та/або простою відповідністю іншим матеріалам справи. Відтак, використовуване термінопоняття «істинність» в описаному контексті вважаємо виправданим та обґрунтованим тлумачити саме як відповідність тверджень особи (що, серед іншого, проявляються у висловленні процесуальної позиції, а також показаннях чи поясненнях) реальній, тобто такій, що фактично мала місце в минулому, дійсності.

Втім, незважаючи на проілюстровані вище, до певної міри активні текстуальні посилання Верховного Суду на встановлення істини у кримінальному провадженні чи то як мету останнього, чи як мету доказування у ньому і т. д. – актуальним залишається питання про характер цієї істини у розумінні касаційного суду. Складність цього питання, серед іншого, зумовлюється й тим, що на сьогодні Верховний Суд ще не сформулював у своїх рішеннях чіткої правової позиції, в якій би дефініював використовуване ним поняття істини або ж окреслив певні його ознаки. Отже, з цього приводу можемо зробити висновок про певну обережність суду касаційної інстанції як у контексті визначення того, що він вважає істиною у кримінальному провадженні, так і якого її концепту він притримується – а, відтак, реалізовує у своїй судовій практиці.

Водночас, проведений нами аналіз постанов Касаційного кримінального суду Верховного Суду дозволяє навести приклади його рішень, у яких чітко наголошується саме на концепті матеріальної (об’єктивної) істини.

Зокрема, в одній зі справ було констатовано, що під час апеляційного розгляду не було ретельно перевірено питання, чи додержався місцевий суд вимог ст. 91 КПК щодо обставин, які належать до предмета доказування, замість чого апеляційний суд фактично обмежився згодою з наведеними у вироку суду доказами, яких не проаналізував у взаємозв’язку з іншими доказами, та не надав відповіді на важливі для *встановлення об’єктивної істини (виділено мною – Ю. П.)* у справі запитання (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 26 травня 2021 року у справі № 676/1887/17) [11].

Окрім цього, в іншій справі Верховний Суд, оцінюючи законність рішення суду першої інстанції, підтвердив обґрунтованість висновку останнього, що показання потерпілої, свідків не містять інформації щодо фактичних обставин подій та іншої інформації, яка б мала доказове значення для *встановлення*

об'єктивної істини (виділено мною – Ю. П.) у справі, а тому виправдано не поклав їх в обґрунтування вироку (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 9 листопада 2021 року у справі № 189/994/18) [28].

Тим не менш, на противагу зверненню Касаційного кримінального суду до концепту об'єктивної істини, не можемо не навести також його потенційно протилежний підхід, де йдеться вже про істину судову. Так, як зазначається в одній з постанов: «Згідно *концепції судової істини (виділено мною – Ю. П.)*, впровадженої в чинному кримінальному процесуальному законі, доведення винуватості особи покладається на органи досудового розслідування та прокурора, твердження яких в обвинувальному акті чи повідомленні про підозру є суб'єктивним припущенням сторони обвинувачення про наявність підстави для кримінальної відповідальності особи» (постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 25 листопада 2020 року у справі № 627/927/19) [27].

В той же час, на наше глибоке переконання, цитована вище правова позиція ані не місить усіх конститутивних ознак концепту істини судової (правової, юридичної), ані змістовно не заперечує істини об'єктивної (матеріальної). Більше того, висновок про те, що в чинному кримінальному процесуальному законі впроваджено саме концепцію судової істини, у названій постанові жодним чином не аргументований, що не створює достатніх підстав, аби з ним погодитися.

Таким чином, за результатами проведеного аналізу релевантних постанов Касаційного кримінального суду Верховного Суду можемо зробити такі обґрунтовані висновки з приводу вироблених його практикою підходів щодо реалізації засади встановлення об'єктивної (матеріальної) істини у кримінальному провадженні. По-перше, попри відсутність відповідного нормативного закріплення у тексті КПК, Верховний Суд не відмовляється від використання термінопоняття «істина» (та похідних від нього) у своїх рішеннях. По-друге, покликання судом на істину та мету її встановлення у кримінальному провадження є багатоаспектним та проявляється у низці напрямів, основними серед яких постають такі: а) при мотивуванні призначення обвинуваченому покарання, зокрема при тлумаченні змісту обставин, які пом'якшують покарання; б) при встановленні фактичних підстав для проведення слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій у кримінальному провадженні; в) при оцінці доказового значення конкретних фактичних даних, отриманих за результатами проведених у кримінальному провадженні слідчих (розшукових), т. зв. судово-слідчих та інших процесуальних дій; г) при оцінці рішень судів першої та апеляційної інстанцій крізь призму тлумачення змісту підстав для скасування таких рішень. По-третє, у своїй практиці Касаційний кримінальний

суд Верховного Суду неодноразово прямо та/або опосередковано наголошував на необхідності встановлення істини у кримінальному провадженні, в окремих рішеннях визнаючи це обов'язковими метою та результатом доказування у справі. По-четверте, при вживанні термінопоняття «істина» суд переважно має на увазі не просто встановлення фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження, а встановлення їх повно та всебічно, тобто так, як вони були у дійсності. По-п'яте, суд не формулює у своїх рішеннях чітких правових позицій, які містили б дефініцію використовуваного ними поняття істини або ж окремих його ознак. Це, серед іншого, може свідчити про певну його обережність як у контексті визначення того, що він вважає істиною у кримінальному провадженні, так і який її концепт реалізовує у власній судовій практиці. По-шосте, проведений аналіз постанов Касаційного кримінального суду Верховного Суду дозволяє навести приклади його рішень, у яких чітко наголошується саме на концепті матеріальної (об'єктивної) істини. По-сьоме, в окремих випадках суд безпосередньо пов'язує встановлення істини у кримінальному провадженні із справедливістю останнього.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. С. 88 (зі змінами та доповненнями).

2. Постанова Верховного Суду України від 21 січня 2016 року у справі № 5-249кс15. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/56580962 (дата звернення: 30.08.2022).

3. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 20 квітня 2021 року у справі № 937/9803/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96503091 (дата звернення: 30.08.2022).

4. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 24 травня 2018 року у справі № 643/5205/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/74342365 (дата звернення: 30.08.2022).

5. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 01 березня 2018 року у справі № 756/11199/13-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/72525378 (дата звернення: 30.08.2022).

6. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 21 жовтня 2020 року у справі № 180/2194/18. *Єдиний державний реєстр судових*

рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92458381 (дата звернення: 30.08.2022).

7. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 15 серпня 2019 року у справі № 320/4398/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/83775418 (дата звернення: 30.08.2022).

8. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 19 лютого 2020 року у справі № 464/2954/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87826996 (дата звернення: 30.08.2022).

9. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 3 березня 2020 року у справі № 759/9910/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88062846 (дата звернення: 30.08.2022).

10. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 21 липня 2020 року у справі № 545/1937/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90563135 (дата звернення: 30.08.2022).

11. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 26 травня 2021 року у справі № 676/1887/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97286287 (дата звернення: 30.08.2022).

12. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 5 червня 2018 року у справі № 658/2924/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/74598755 (дата звернення: 30.08.2022).

13. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 9 квітня 2019 року у справі № 127/5345/16-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/81203042 (дата звернення: 30.08.2022).

14. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 січня 2019 року у справі № 752/21794/14-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79615972 (дата звернення: 30.08.2022).

15. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 15 квітня 2021 року у справі № 331/549/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96406926 (дата звернення: 30.08.2022).

16. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 16 листопада 2021 року у справі № 489/6110/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/101211494 (дата звернення: 30.08.2022).

17. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 13 грудня 2018 року у справі № 415/4346/14-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/78680720 (дата звернення: 30.08.2022).

18. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 7 лютого 2019 року у справі № 527/2738/15-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79834909 (дата звернення: 30.08.2022).

19. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 4 березня 2020 року у справі № 332/2216/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88103419 (дата звернення: 30.08.2022).

20. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 30 листопада 2021 року у справі № 601/473/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/101673740 (дата звернення: 30.08.2022).

21. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 26 травня 2020 року у справі № 313/1391/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89564221 (дата звернення: 30.08.2022).

22. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 4 лютого 2021 року у справі № 570/957/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94738037 (дата звернення: 30.08.2022).

23. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 27 квітня 2021 року у справі № 243/11487/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96572259 (дата звернення: 30.08.2022).

24. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 09 листопада 2021 року у справі № 408/5225/19-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/101064435 (дата звернення: 30.08.2022).

25. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 15 червня 2022 року у справі № 734/1656/19. *Єдиний державний реєстр судових*

рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104827755 (дата звернення: 30.08.2022).

26. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 26 червня 2019 року у справі № 487/4710/13-к. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/82769686 (дата звернення: 30.08.2022).

27. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 25 листопада 2020 року у справі № 627/927/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/93171491 (дата звернення: 30.08.2022).

28. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 9 листопада 2021 року у справі № 189/994/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/101064496 (дата звернення: 30.08.2022).

29. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 07 вересня 2021 року у справі № 673/413/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99556531 (дата звернення: 30.08.2022).

30. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 6 липня 2022 року у справі № 464/5140/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/105218407 (дата звернення: 30.08.2022).

31. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 28 квітня 2021 року у справі № 203/1981/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96669430 (дата звернення: 30.08.2022).

32. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 22 березня 2018 року у справі № 521/11693/16-к (провадження № 51-380км17). *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72970201 (дата звернення: 30.08.2022).

33. Case of Murtazaliyeva v. Russia [GC], no. 36658/05, 18 December 2018.

УКД: 343.13

Шуневич К. А.,
аспірантка IV року навчання, асистентка кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка

ІСТОРІЯ ЗАКОНОДАВЧИХ ІНІЦІАТИВ ТА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРОВЕДЕННЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ З ЧАСУ ДІЇ КПК 2012 РОКУ

Відповідно до положень Конституції України виключно законами України визначаються засади судової експертизи, судочинство [4]. Як наслідок, правовою основою здійснення судово-експертної діяльності у кримінальному провадженні України є КПК України, Закон України «Про судову експертизу», які визначають порядок проведення судових експертиз та експертних досліджень, порядок атестації осіб, які бажають здійснювати експертну діяльність.

Процесуальні особливості проведення судової експертизи у кримінальному провадженні до вступу в дію 20 листопада 2012 року чинного Кримінального процесуального кодексу України 2012 року [5] (далі – КПК України 2012 року) визначались Кримінально-процесуальним кодексом України 1960 року [6]. Законодавство у цій частині зазнавало як суттєвих, так і «незначних» змін, що й ставимо за мету проаналізувати.

І. Правове регулювання судово-експертного забезпечення правосуддя до набрання чинності Кримінальним процесуальним кодексом 2012 року.

Процесуальні особливості залучення експерта для здійснення експертних досліджень у кримінальному провадженні визначались КПК 1960 року.

Відповідно до ч. 2 ст.75 КПК 1960 року експертом могла бути *«..будь-яка особа, що має необхідні знання для дачі висновку з досліджуваних питань».* Останній міг залучатися в провадження, якщо в справі були необхідні наукові, технічні або інші спеціальні знання. Не могли бути експертами особи, які перебували у службовій або іншій залежності від обвинуваченого, потерпілого або які раніше були ревізорами в справі. КПК 1960 року фіксував у своїх нормах можливість проведення *додаткової* (яка могла проводитися тим самим або іншим експертом/ами, у випадку визнання первісної експертизи неповною), *повторної* (проводилась іншим експертом/ами у випадках, якщо висновок експерта було визнано необґрунтованим чи таким, що суперечить іншим матеріалам справи або викликає сумніви в його правильності) експертизи.

Юридичною підставою для проведення експертизи на стадії досудового розслідування була *мотивована постанова слідчого*, в якій повинна була міститися серед іншого інформація про фактичні підстави для проведення експертизи, конкретного експерта або експертну установу, експертам якої доручається провести експертизу, питання, з яких експерт повинен дати висновок, об'єкти, які мають бути досліджені, а також перелік матеріалів, що пред'являлись експертові для ознайомлення (ст. 196 КПК 1960 року в редакції статті від 12.07.2001 р.).

Також КПК 1960 року передбачав особливості проведення експертизи не в експертній установі: слідчий, упевнившись в особі експерта, вручав йому копію постанови про призначення експертизи, роз'яснював обов'язки і права, і попереджав його про кримінальну відповідальність за відмову від виконання покладених на нього обов'язків, а також про відповідальність за дачу завідомо неправдивого висновку. Вчинення таких дій повинно було зафіксовано у відповідному протоколі, у якому повинна бути зазначена інформація про особу експерта, його компетентність у певній галузі знань і зроблені ним заяви. При цьому відповідь на запитання, яким чином слідчий «упевнювався в особі експерта» та що розуміти під цими діями залишається відкритим, оскільки жодних додаткових процедур щодо перевірки слідчим компетентності такої особи кримінально-процесуальним законодавством того часу не було передбачено.

В той же час ст.198 КПК 1960 року передбачала, що у випадку, якщо слідчий надав постанову про призначення експертизи керівнику експертної установи, останній доручав проведення експертизи одному або декільком експертам. Залишається незрозумілим, яким чином виконувалась вимога закону щодо «перевірки компетенції експерта» слідчим.

Складений висновок за результатами експертного дослідження в обов’язковому порядку пред’являвся підозрюваному/обвинуваченому, про що слідчий складав відповідний протокол, в якому містились пояснення, зауваження чи заперечення підозрюваного/обвинуваченого (Ст.202 КПК 1960).

Сторона захисту була позбавлена права залучати експерта самостійно на стадії досудового розслідування.

Також у КПК 1960 року було передбачено можливість проведення судової експертизи на стадії судового розгляду. Гарантувалась активна участь експерта під час судового засідання шляхом участі у дослідженні доказів, можливості поставити запитання підсудному, потерпілому і свідкам про обставини, які мають значення для складення ним висновку експерта. Юридичною підставою проведення судової експертизи на стадії судового розгляду була ухвала

суду/постанова судді, у якій зазначались питання, адресовані експерту (ст.310 КПК 1960).

ІІ. Зміни у процесуальному законодавстві в частині залучення експерта для проведення експертизи у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України.

Діяльність народних депутатів *Верховної Ради України VII скликання (2012-2014),* на яку припала криза українського парламентаризму під час Революції Гідності, проявилась у реєстрації 8 законопроектів, які стосуються проведення певних видів експертиз у різноманітних сферах.

У квітні 2012 року був прийнятий новий Кримінальний процесуальний кодекс України, в результаті чого Кримінально-процесуальний кодекс України 1960 року втратив чинність. Ця подія є важливою в контексті аналізу організації та проведення судової експертизи, адже в результаті було змінено підхід до порядку ініціювання експертизи у кримінальному провадженні та особливостей здійснення експертом своїх функцій.

У КПК 2012 року уточнено зміст поняття «експерт» в порівнянні з КПК 1960 року, де запропоновано під «експертом» розуміти особу, яка володіє науковими, технічними або іншими спеціальними знаннями, має право відповідно до Закону України «Про судову експертизу» на проведення експертизи і якій доручено провести дослідження об'єктів, явищ і процесів, що містять відомості про обставини вчинення кримінального правопорушення, та дати висновок з питань, які виникають під час кримінального провадження і стосуються сфери її знань. Дане визначення містить згадку про необхідність відповідати вимогам, зазначеним у Законі України «Про судову експертизу» як однієї з необхідних умов для залучення у кримінальне провадження для надання висновку експерта. Законодавець визначив статус судового експерта як самостійного учасника кримінального провадження.

Якщо відповідно до КПК 1960 року виключно слідчий міг ініціювати проведення судової експертизи шляхом складення відповідної мотивованої постанови, то КПК 2012 року розширює суб'єктів, уповноважених залучати експерта для проведення судової експертизи, включаючи в їх перелік сторону обвинувачення, сторону захисту та слідчого суддю у випадках відмови слідчого, прокурора в задоволенні клопотання сторони захисту про залучення експерта. Вочевидь ці зміни були спрямовані на посилення рівності сторін та забезпечення змагальності сторін на стадії досудового розслідування. Як зазначають дослідники Циганюк Ю., Кравчук О., Крушинський С., такі нововведення мали на меті «…ліквідувати нерівність сторін, за якої висновок експерта мав доказову

силу лише тоді, коли експертизу призначали постановою слідчого, прокурора чи ухвалою суду» [23, с.30].

Разом з тим, на підставі аналізу запропонованих законодавчих положень виникає чимало запитань: у яких випадках сторона захисту самостійно могла звертатися до експерта/експертної установи для проведення судової експертизи, а у яких випадках – до слідчого/прокурора з клопотанням про залучення останніми експерта для проведення експертизи, адже обидві можливості були передбаченні чинними на той час положеннями КПК України 2012 року.

Ще одним запитанням є порядок реалізації сторони захисту свого права на самостійне залучення експерта для проведення судової експертизи та можливості використання згодом отриманого висновку як доказу у кримінальному провадженні. Зокрема, як зазначають Лозовий А., Сімакова-Єфремян Е., сторона захисту не наділена повноваженнями попереджати експерта про кримінальну відповідальність при складенні/наданні завідомо неправдивого висновку чи відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов’язків, проте у висновку експерта обов’язково має бути зазначено, що його попереджено про таку відповідальність [7, с.198-199].

У листопаді 2013 року була здійснена перша спроба внести зміни до нещодавно прийнятого КПК України в частині удосконалення порядку залучення експерта шляхом прийняття проекту закону № 3637 [11], який згодом був відкликаний. Цим законопроектом пропонувалось, по-перше, передбачити ст. 242-1 КПК, у якій визначити види експертиз, які можуть бути проведені у кримінальному провадженні: первинна, повторна, додаткова, комісійна, комплексна. Хоча КПК 1960 року закріплював види судових експертиз та підстави їх проведення, проте станом на 2012 рік ці пропозиції не знайшли відображення у новому КПК України 2012 року. По-друге, законопроект пропонував деталізувати процедуру самостійного залучення стороною захисту експерта на договірних умовах: пропонувалось, що опісля того, як стороною захисту буде складений договір з експертом (експертною установою) про проведення судової експертизи, останній приєднується до матеріалів кримінального провадження. Далі слідчий не пізніше наступного дня з моменту подання стороною захисту такого договору повинен був винести постанову про залучення експерта (експертної установи), основною метою якої, як видається, мало слугувати повідомлення про кримінальну відповідальність експерта за складення/надання завідомо неправдивого висновку експерта та за відмову без поважних причин від виконання покладених на експерта обов'язків.

Незважаючи на те, що такі зміни не були підтримані парламентом, все ж потреба у визначенні особливостей самостійного залучення стороною захисту

експерта існувала, адже законодавство цього періоду не передбачало ані документів, які слугували б підставою проведення експертного дослідження, ані процедури в цілому залучення та в подальшому проведення експертизи (наприклад, питання передачі об'єктів судової експертизи, які потенційно могли знаходитись у сторони обвинувачення). Відповідно до положень КПК України, як вказує Тимошок І., Косякова О., залишалось під питанням, яким чином експерт зможе отримати об'єкт дослідження, для виконання експертизи призначеної стороною захисту, якщо об'єкти майбутнього експертного дослідження на стадії досудового розслідування вилучаються слідчим і долучаються до матеріалів кримінального провадження як речові докази [20, с.129-130].

Наступний період діяльності *Верховної Ради України VIII скликання (2014-2019)* ознаменувався підвищенням уваги законодавця до регулювання порядку проведення судових експертиз та залучення судового експерта в кримінальне провадження. Можна виокремити 8 законодавчих ініціатив в частині організаційних особливостей судово-експертної діяльності цього періоду, проте жодна з них не була підтримана парламентом.

Протягом запропонованого до аналізу періоду були прийняті зміни до кримінального процесуального законодавства України, які мали вплив і на організацію, і на проведення судової експертизи у кримінальному провадженні. *15 грудня 2017 року* шляхом прийняття Закону України №2147-VIII від 3 жовтня 2017 року відбулись значні зміни (відомі як «поправки Лозового») в частині організації та проведення судової експертизи у кримінальному провадженні, згідно з якими експертиза проводилась експертною установою, експертом або експертами виключно за дорученням слідчого судді чи суду, наданим за клопотанням сторони кримінального провадження або, якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання (редакція ст.242 КПК України від 03.10.2017) [9]. О. Калужна, розглядаючи проблему затягування строків розслідування шляхом призначення судових експертиз у кримінальному провадженні, зазначає, що такі законодавчі нововведення в частині призначення судової експертизи офіційно мали на меті «..запобігати залученню експертиз, якими безпідставно розширюються межі доказування по горизонталі і вертикалі (з питань не належних до предмету доказування або коли наперед відомо, що результатом експертизи буде висновок про неможливість дачі висновку чи ймовірний висновок, який матиме лише орієнтуюче значення для перевірки певної версії тощо)» [2].

Клопотання про призначення експертизи відповідно до положень КПК мало розглядатися слідчим суддею місцевого суду, в межах територіальної

юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування, не пізніше п'яти днів із дня його надходження до суду. Особа, яка подала клопотання, повідомлялась про місце та час його розгляду, проте її неприбуття не перешкоджало розгляду клопотання, крім випадків, коли її участь визнана слідчим суддею обов'язковою (ст.244 КПК України в редакції від 03.10.2017). При розгляді клопотання про призначення експертизи слідчий суддя мав право заслуховувати свідків чи досліджувати матеріали, якщо вони мають значення для вирішення клопотання. При цьому особу експерта або конкретну експертну установу, якій доручалось проведення експертизи, слідчий суддя обирав самостійно. Сторона ж, яка звернулася з відповідним клопотанням, була наділена правом подавати слідчому судді конкретні запитання, відповіді на які повинні бути отримані в результаті проведення експертизи. Проте в цьому аспекті слідчий суддя володів широкою свободою розсуду і міг не включати їх в ухвалу про призначення експертизи, якщо відповіді на них на його переконання не мали значення для судового розгляду, обґрунтувавши таке рішення в ухвалі. Зазначені зміни відповідно до пункту 4 параграфу 2 Розділу 4 прийнятого Закону вводились в дію через три місяці після набрання чинності цим Законом, тобто з 15 березня 2018 року.

Відповідно до підтриманого парламентом Закону України №2147-VIII від 3 жовтня 2017 року сторони були позбавлені права пропонувати слідчому судді конкретного експерта, якого необхідно залучити для проведення судової експертизи. Так, відповідно до ч.6 ст.244 КПК України у редакції Закону України №2147-VIII слідчий суддя самостійно визначав експерта/ів, експертну установу, якого необхідно залучити, або експертну установу, якій необхідно доручити проведення експертизи.

Цей підхід не позбавлений корупційних ризиків у вигляді підкупу сторонами або іншими учасниками кримінального провадження слідчого судді з метою залучення того експерта, який «вигідний» стороні. На додаток, «…визначення конкретного експерта чи експертної установи слідчим суддею є істотним обмеженням права сторін збирати докази та суперечить функції судового контролю слідчих суддів за дотриманням прав учасників кримінального процесу на стадії досудового розслідування» [21].

Ще однією новелою цього періоду було поширення зазначеного порядку призначення експертизи на стадії досудового розслідування на випадки обов'язкового проведення судової експертизи. Як стверджує В. Фастовець, це могло призводити до зниження ефективності досудового розслідування та надмірної завантаженості судової системи, адже факт призначення такої експертизи міститиме формальний характер у зв'язку з тим, що обов'язковість проведення таких експертиз встановлена законом [1]. Окрім того, це могло

впливати на строки досудового розслідування, адже незважаючи на те, що підстави проведення такої обов'язкової експертизи наявні в законі, слідчий все одно повинен пройти усі стадії ініціювання судової експертизи: і подати клопотання про проведення такої судової експертизи, і обґрунтувати доцільність такого клопотання у судовому засіданні.

Таким чином, відповідно до зазначених вище змін виключно слідчий суддя або суд міг приймати рішення про залучення експерта для проведення експертизи. Нагадаю, – до набрання чинності цим Законом таке рішення могли приймати сторона обвинувачення, сторона захисту, слідчий суддя у випадках відмови слідчого, прокурора в задоволенні клопотання сторони захисту про залучення експерта, суд. Як бачимо, змінами від 03.10.2017 року в кримінально-процесуальне регулювання, законодавець виключив можливості для сторін самостійно залучати експертів у кримінальне провадження. У зв'язку з цим виникає ряд питань щодо передумов та наслідків таких нововведень, зокрема, чи такими законодавчими змінами не було обмежено принцип змагальності та свободи у наданні сторонами доказів, ризик потенційного впливу на результати судового розгляду в частині об'єктивності, швидкості та повноти дослідження обставин справи, перевантаженості судової системи, і, відповідно, – можливостей неефективного її функціонування. Зрештою, слід звернути увагу на ризики неправомірного впливу на судового експерта при такій організації залучення експерта у провадження, адже інформація про особу експерта була заздалегідь відомою, містилася в ухвалі суду про призначення судової експертизи, яку сторони могли використовувати для спроб вплинути та достовірність висновку експерта.

Варто відзначити, що внесені у кримінальне процесуальне законодавство зміни не були підтримані частиною парламенту. Як наслідок, 51 народними депутатами України було підготовлено конституційне подання до Конституційного Суду України щодо відповідності положень цього закону Конституції України [3]. Суб'єкти конституційного звернення аргументували свою позицію тим, що прийняті зміни зазіхали на таку засаду судочинства як змагальність сторін та свободу в наданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом своєї переконливості та забезпечення обвинуваченому права на захист. Так, фактично, на переконання авторів конституційного подання, сторони позбавлені права *самостійно* збирати докази у встановленому законом порядку для доведення *своєї* правової позиції. На додаток, встановлення виключної монополії державних експертних установ на проведення судових експертиз у кримінальному провадженні, за своїм змістом «…фактично обмежили існуючі права одразу декількох суб'єктів:

✓ звуження права сторін кримінального провадження на вибір експерта в суді (експерта державної установи чи приватного, що працює самостійно на професійній основі, як такий, що внесений до Реєстру атестованих експертів). Це призвело до монополії державних експертних установ та позбавило право на професію приватних експертів, яке їм було надано статтею 7 Закону України «Про судову експертизу» з 1994 року, чим грубо порушено вимоги…ст. 22 Конституції України;

✓ звуження права сторін у кримінальному провадженні на захист…у зв'язку із встановленням вимоги подання та доведення своїх доказів опосередковано через слідчого суддю чи суд» [3].

Окрім цього, цими змінами «..як право на залучення експерта чи експертної установи, так і їхнє обрання надано слідчому судді чи суду, деформовано роль слідчого судді у кримінальному процесі. Так, слідчий суддя чи суд фактично перебрали на себе частину повноважень, які повинні належати сторонам кримінального провадження. Це порушує принцип змагальності сторін, адже вони не мають можливості використати усі надані їм можливості для обстоювання своєї правової позиції, а збирання доказів ставиться у залежність від рішення слідчого судді чи суду» [3].

Порушення законодавчих процедур під час прийняття Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 року було предметом розгляду Конституційного Суду України, ухвалу про закриття конституційного провадження через невідповідність конституційного подання його змісту, передбаченому законодавством, було прийнято 02.04.2020 року за його результатами [22]. Предметом розгляду було питання дотримання процедури прийняття проектів законів відповідно до Закону України «Про Регламент Верховної Ради України», зокрема в частині того, що парламент проголосував за «…один варіант законопроекту, а для підписання Головою Верховної Ради надали інший» [22]. Важливо, що на момент прийняття цього рішення законодавство в частині судово-експертного забезпечення правосуддя вже було змінено.

З метою скасування «поправок Лозового» щодо організації та проведення експертизи, у лютому 2018 року був зареєстрований законопроект №7547 для розгляду Верховною Радою України [12]. Автори цього законопроекту запропонували «повернути» сторонам можливість самостійно звертатися до експерта з метою отримання висновку експерта, тим самим скасувавши виключні повноваження слідчого судді щодо прийняття рішення про проведення

судової експертизи у кримінальному провадженні. Серед іншого пропонувалось, що сторона захисту може, до прикладу, або самостійно, або шляхом клопотання до сторони обвинувачення ініціювати залучення судового експерта у провадження. Єдиним випадком, відповідно до пропонованих змін, коли допускається прийняття рішення про залучення слідчим суддею експерта була відмова слідчого, прокурора в задоволенні клопотання сторони захисту про залучення експерта. Також законопроект пропонував скасувати монополію державних спеціалізованих установ на проведення судових експертиз у кримінальному провадженні. Однак у березні 2018 року цей законопроект було відхилено та знято з розгляду.

Деякі наступні спроби, спрямовані на скасування законодавчого надання слідчому судді невластивих йому функцій в частині «перебирання» останнім можливості збору доказів, що мало б здійснюватися сторонами, виходячи із засади змагальності, були також не успішними.

Йдеться про законопроект №8112, зареєстрований у березні 2018 року [13]. Цей законопроект передбачав надати, окрім слідчого судді, ще й слідчому, прокурору можливість звертатися до експерта/ів, експертної установи. Сторона захисту могла реалізувати своє право на залучення експерта для проведення судової експертизи лише або шляхом звернення з клопотанням до слідчого, прокурора або до слідчого судді. Також серед пропозицій законопроекту – надати право потерпілому, який відповідно до ст.3 КПК України не завжди є стороною обвинувачення, можливість звертатися до слідчого з клопотанням про проведення експертизи. Автори законопроекту пропонували передбачити положення, згідно яким «…у разі незгоди потерпілого, сторони кримінального провадження (крім сторони обвинувачення) із питаннями, поставленими перед експертом в постанові про призначення експертизи, винесеної слідчим чи прокурором, потерпілий, сторона кримінального провадження (крім сторони обвинувачення) мав право звернутись до слідчого судді із клопотанням про встановлення додаткових питань в межах вже призначеної експертизи» (проект ст.244-1 в редакції законопроекту №8112).

Фактично у цьому випадку слідчий суддя не приймає рішень щодо залучення експерта у кримінальне провадження, а наслідком його участі, як видається, мали б бути зміни до постанови слідчого, прокурора щодо призначення експертизи в частині доповнення питань, які необхідно поставити експерту. Проект закону передбачав, що якщо на момент розгляду слідчим суддею клопотання про встановлення додаткових питань експертиза вже проведена, особа може ініціювати проведення експертизи щодо того ж об’єкта дослідження. Разом з тим, незважаючи на розширення суб’єктів, уповноважених

залучати експерта у кримінальне провадження, сторона захисту залишалась обмеженою у праві самостійно залучати експерта у провадження на договірних умовах, що не сприяло реалізації засади змагальності та рівності перед законом та судом у кримінальному провадженні. Згаданий законопроект був відкликаний.

У березні 2018 року був зареєстрований законопроект №8166 [14], який був спробою повернути сторонам кримінального провадження автономію при прийнятті рішення про залучення експерта для проведення судової експертизи. Цей законопроект був прийнятий у І-му читанні, однак на цій стадії його розгляд був зупинений. Метою авторів законопроекту №8233 було прийняття нового закону про судову експертизу та самоврядування судових експертів з метою налагодження системи самоврядування та усунення залежності судових експертів від органів влади в їх роботі [16].

Ще однією законодавчою ініціативою Верховної Ради України VIII скликання, якою пропонувався аналогічний до законопроекту №8233 підхід до порядку залучення експертів у кримінальне провадження, є законопроект № 8249, зареєстрований у квітні 2018 року [17]. Автори законопроекту поділяють думку, зафіксовану у зазначеному вище конституційному поданні народних депутатів України [3], що прийняття Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» 3 жовтня 2017 року суддя перестає виступати арбітром, а перебирає на себе повноваження здійснювати досудове розслідування та збирати докази [8]. Однак пропоновані зміни підтримані парламентом не були.

У вересні 2018 року у І-му читанні був прийнятий Проект Закону № 8336 від 04.05.2018 р. про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення гарантій незалежності судового експерта та належного забезпечення здійснення судово-експертної діяльності, який передбачає додаткові гарантії для судових експертів при проведенні ними судової експертизи [18]. Зокрема, йдеться про криміналізацію відповідальності за втручання в діяльність судового експерта, а також за умисне знищення або пошкодження майна судового експерта. Пропонувалось надання «рівних прав» сторонам кримінального провадження в ініціюванні проведення судової експертизи: як сторона обвинувачення, так і захисту, мала б право залучати експерта державної спеціалізованої установи для проведення експертизи. Оскільки проведення судових експертиз у кримінальному провадженні залишається виключно за державними спеціалізованими установами. Зазначеним законопроектом пропонувалось створити Єдиний державний реєстр судових експертиз та експертних досліджень, у якому були б зазначені відомості про призначені

судові експертизи та експертні дослідження. Автори законопроекту передбачили можливість виключити можливість допиту судового експерта на стадії досудового розслідування, однак слідчий, прокурор, які призначали або зверталися із клопотанням про призначення відповідної експертизи відповідно про проекту закону мали право на отримання на стадії досудового розслідування письмових роз'яснень висновку експерта. Можливість отримання такого роз'яснення стороною захисту проектом закону не передбачена. При цьому такі роз'яснення виступали б таким процесуальним джерелом доказів як документи. В подальшому цей законопроект не розглядався та прийнятий не був.

Наступні спроби змінити законодавчий підхід, коли суб'єктом прийняття рішення про проведення судової експертизи на стадії досудового розслідування виступає виключно слідчий суддя, на стадії судового розгляду – суд, були здійснені під час роботи *Верховної Ради України IX скликання (2019 – досі).* Так у серпні 2019 року був зареєстрований законопроект № 0890 [10], який є доопрацьованою версією до внесення його на розгляд Верховної Ради України у другому читанні, проекту закону №8116 [14]. Законопроект мав на мені надати сторонам можливість залучати експерта/ів, експертну установу для проведення експертизи самостійно, без ухвали слідчого судді, проте вже у вересні 2019 року його було знято з розгляду.

Визначні зміни відбулись при прийняті проекту закону № 1009 про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення окремих положень кримінального процесуального законодавства *4 жовтня 2019 року* [19], адже ним було частково скасовано монополію на проведення судових експертиз у кримінальному провадженні державними спеціалізованими установами. Разом з тим, право на проведення криміналістичних, судово-медичних і судово-психіатричних експертиз залишено виключно державним спеціалізованим установам.

Окрім цього, зазначений законопроект змінив суб'єктів ініціювання проведення судової експертизи у кримінальному провадженні, надавши право залучати експерта у провадження сторонам або слідчому судді за клопотанням сторони захисту у випадках, визначених законом. Зокрема йдеться про ситуації, коли для вирішення питань, що мають істотне значення для кримінального провадження, необхідне залучення експерта, проте сторона обвинувачення не залучила його або для вирішення залученим стороною обвинувачення експертом поставлені запитання, що не дозволяють дати повний та належний висновок з питань, для з'ясування яких необхідне проведення експертизи, або існують достатні підстави вважати, що залучений стороною обвинувачення експерт внаслідок відсутності у нього необхідних знань, упередженості чи з інших

причин надасть або надав неповний чи неправильний висновок; сторона захисту не може залучити експерта самостійно через відсутність коштів чи з інших об'єктивних причин (ст. 244 КПК України в редакції від 15.10.2019). В той же час можливість залучення експерта у провадження потерпілим, його представником визначено не було.

Висновки. Підсумовуючи, можна згрупувати такі підходи до *організації залучення експерта у кримінальне провадження в Україні на основі пропонованих у різні роки змін до законодавства у сфері судово-експертного забезпечення правосуддя*:

— ті, які пропонували надати можливість приймати рішення про залучення експерта стороні обвинувачення. Стороні захисту гарантована можливість звертатись з клопотанням про проведення експертизи до сторони обвинувачення, проте самостійно вона позбавлена права залучати експерта на договірних умовах. Слідчий суддя у таких випадках також може приймати рішення про залучення експерта у кримінальне провадження у випадку, якщо сторона захисту звернеться з відповідним клопотанням та доведе, що сторона обвинувачення відмовилась задовольнити клопотання сторони захисту про призначення експертизи. За такого підходу є дискусійним можливість належного здійснення органами досудового розслідування призначення таких судових експертиз, зокрема щодо ризику ігнорування права сторони захисту на призначення таких судових експертиз, а також питання належного функціонування органів досудового розслідування в контексті виключення протиправного впливу таких органів на здійснення експертної діяльності судовим експертом;

— ті, які спрямовані на надання виключної можливості приймати рішення про залучення експерта у кримінальне провадження та обирати конкретного експерта/експертів експертну установу слідчому судді. У такому випадку виникає питання, чи не «перебирає» на себе суд повноваження сторін щодо збору доказів у кримінальному провадженні, а також, чи буде забезпечено повне, своєчасне та об'єктивне досудове розслідування, зважаючи на перевантаженість судів;

— ті, які спрямовані на надання свободи як стороні захисту, так і стороні обвинувачення у виборі експерта та залучені його у кримінальне провадження. Слідчий суддя при цьому може приймати рішення про проведення експертизи у виключних випадках, передбачених законом (наприклад, якщо сторона захисту не має достатньо фінансів, аби оплатити роботу експерта). За такого підходу найбільшою мірою реалізовується принцип змагальності та принцип рівності перед законом та судом при здійсненні кримінального провадження.

Список використаних джерел:

1. В. Фастовець. Оновлений порядок призначення судової експертизи у кримінальному провадженні: недоліки правової регламентації. Теорія і практика судової експертизи і криміналістики: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції з нагоди 85-річчя доктора юридичних наук, професора Ніни Іванівни Клименко (м. Київ, 27 лютого 2018 року). Київ-Маріуполь. 2018. С. 364-365.

2. Калужна О. Чи не (за)багато політики, (за)мало права у підходах до передання на вирішення слідчого судді питання про залучення експерта на стадії досудового розслідування (за законом №2147-VIII від 03.10.2017). Право і суспільство. 2018. № 2-2. ст. 211-222. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2018/2_2018/part_2/ (дата доступу: 09.11.2022)

3. Конституційне подання щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень підпунктів 16,17 пункту 7 та підпункту «а» підпункту 4 пункту 11 Параграфу 1 Розділу 4 Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства та інших законодавчих актів» від 03 жовтня 2017 року №2147а-VIII (офіційне опублікування: Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, №48, ст.436). URL:https://ccu.gov.ua/sites/default/files/3_3753.pdf (дата доступу: 14.06.2022)

4. Конституція України: офіц. текст. Київ : КМ, 2013. 96 с.

5. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651–VI. Голос України. 2012. № 90–91.

6. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 грудня 1960 р. № 1001–05. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1001–05 (дата звернення: 09.09.2022).

7. Лозовий А. І.,Сімакова-Єфремян Е.Б. Проблемні питання призначення та проведення судової експертизи в проекті нового Кримінального процесуального кодексу України. Теорія та практика судової експертизи і криміналістики.2011.Вип.11.С.190-200. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Tpsek_2011_11_28 (дата звернення: 09.07.2022).

8. Пояснювальна записка до закону № 8249 від 06.04.2018 про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедури проведення експертиз. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63818 (дата доступу: 14.06.2022)

9. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017, №2147-VIII/ВР України. Відомості Верховної Ради України, №48, ст.5. База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147%D0%B0-19#Text (дата доступу: 14.06.2022)

10. Проект закону № 0890 від 29.08.2019 про внесення змін до деяких законів України щодо підстав проведення експертизи. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66452 (дата доступу: 14.06.2022)

11. Проект Закону № 3637 від 19.11.2013 про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо визначення видів експертизи та удосконалення порядку залучення експерта. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=49099 (дата доступу: 10.06.2022)

12. Проект Закону № 7547 від 05.02.2018 про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення кримінального судочинства. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63408 (дата доступу: 14.06.2022)

13. Проект закону № 8112 від 13.03.2018 про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо порядку призначення експертизи. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63610 (дата доступу: 14.06.2022)

14. Проект закону № 8116 від 14.03.2018 про внесення змін до деяких законів України щодо підстав проведення експертизи. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63614 (дата доступу: 14.06.2022)

15. Проект закону № 8116 від 14.03.2018 про внесення змін до деяких законів України щодо підстав проведення експертизи. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63614 (дата доступу: 14.06.2022)

16. Проект закону № 8223 від 03.04.2018 про судову експертизу та самоврядування судових експертів. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63780 (дата доступу: 14.06.2022)

17. Проект закону № 8249 від 06.04.2018 про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедури проведення

експертиз. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63818 (дата доступу: 14.06.2022)

18. Проект закону № 8336 від 04.05.2018 про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення гарантій незалежності судового експерта та належного забезпечення здійснення судово-експертної діяльності. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=8336&skl=9 (дата доступу: 14.06.2022)

19. Проект закону №1009 від 29.08.2019 про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення окремих положень кримінального процесуального законодавства. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=1009&skl=10 (дата доступу: 14.06.2022)

20. Тимошок І.М, Косякова О.В. Порядок проведення судових експертиз у кримінальному процесі за ініціативою сторони захисту (відповідно до чинного Кримінального процесуального кодексу України). Криминалистика и судебная экспертиза. 2015. Вып. 60. С. 125-134. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/krise_2015_60_18 (дата доступу: 10.06.2022)

21. Удовенко Ж. Окремі питання проведення експертизи. Теорія і практика судової експертизи і криміналістики: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції з нагоди 85-річчя доктора юридичних наук, професора Ніни Іванівни Клименко (м. Київ, 27 лютого 2018 року).Київ-Маріуполь. 2018. С. 360-362.

22. Ухвала Великої Палати Конституційного Суду України про закриття конституційного провадження у справі за конституційним поданням 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 4 § 2 "Прикінцеві положення" розділу 4 Закону України "Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів" від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va02u710-20#Text (дата доступу: 14.06.2022)

23. Циганюк Ю. В., Кравчук О.В., Крушинський С.А. Процесуальний порядок залучення експерта стороною захисту у кримінальному провадженні. Криміналістичний вісник. 2014. № 2. С. 28-36. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/krvis_2014_2_6 (дата звернення: 09.07.2022).

Наукове видання

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ: ДЕСЯТИЛІТТЯ РЕАЛІЗАЦІЇ І ПРОБЛЕМИ СЬОГОДЕННЯ

ЗБІРНИК СТАТЕЙ ЗА МАТЕРІАЛАМИ

Всеукраїнської науково-практичної конференції
з нагоди 10-річчя вступу в дію
Кримінального процесуального кодексу України

18 листопада 2022 року
м. Львів

Видано в авторській редакції

Львівський національний університет імені Івана Франка.
вул. Університетська, 1, м. Львів, 79000